



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

## **TRES DERECHOS CULTURALES POCO EXPLORADOS**

Una aproximación a su contenido normativo

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

Alumno: Sebastián Micco Hernández

Profesor Guía: Edmundo Vargas Carreño

Departamento de Derecho Internacional

2019

*A mis padres.*

## TABLA DE CONTENIDO.

Resumen.....	4
Introducción.....	5
Capítulo I: Consideraciones generales sobre los Derechos Culturales.....	8
1.- Evolución del concepto de cultura en el marco del Derecho Internacional.....	8
1.1.- Desde un derecho a la cultura a un derecho de las culturas.....	8
1.2.- La aproximación tradicional: la cultura como Bellas Artes.....	9
1.3.- La primera ampliación del concepto: la cultura popular.....	10
1.4.- La segunda ampliación del concepto: la cultura como “modo de vida”.....	11
2.- Hacia una definición de Derechos Culturales.....	13
3.- Clasificación tentativa de los Derechos Culturales.....	16
3.1.- La protección de la libertad creadora.....	17
3.2.- La protección del acceso y la participación en la vida cultural.....	18
3.3.- La protección de la identidad cultural.....	19
4.- Sobre la dificultad de establecer un catálogo.....	21
Capítulo II: Tres derechos culturales poco explorados.....	24
1.- Derecho a la ciencia.....	24
1.1.- Alcance.....	26
1.2.- Contenido normativo.....	28
1.2.1.- El acceso de todos a los beneficios de la ciencia.....	28
1.2.2.- La indispensable libertad para la investigación científica.....	30
1.2.3.- Participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones.....	32
1.2.4.- Entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia.....	32
2.- Derecho a la protección de la autoría.....	34
2.1.- Contenido normativo.....	35
3.- Derecho a la libertad artística.....	40
3.1.- Censura corporativa.....	44
3.2.- Censura ideológica.....	47
Conclusiones.....	50
Referencias bibliográficas.....	54

## **RESUMEN.**

Los tres derechos culturales, materia de esta memoria, han tenido la desventura de ser los menos explorados de una categoría de derechos que, hace no tanto tiempo, solía ser juzgada como la más postergada de los derechos humanos. La presente memoria pretende contribuir, en la medida de sus posibilidades, a que tal situación se revierta, a través del acopio y la sistematización de la literatura existente. Con tal objeto, se procederá a esbozar, en un primer momento, una serie de cuestiones relativas a los derechos culturales que servirán de marco teórico de esta materia. De modo sucinto, se procurará seguir la evolución del concepto de 'cultura' desde que fuere abordado por el derecho internacional de los derechos humanos. A continuación, se ofrecerá al lector una definición de los derechos culturales y una clasificación tentativa de los mismos. Gracias a ello, el lector podrá tomar conocimiento de las directrices fundamentales que guían a esta categoría de derechos. Para culminar con la primera sección, se realizará un breve comentario sobre las dificultades que comporta efectuar un listado definitivo de los derechos culturales. Tal como se podrá apreciar, la naturaleza de ciertos derechos humanos todavía suscita cierto debate. Ello no impide, sin embargo, que exista un núcleo de derechos cuya naturaleza cultural resulta incontrovertida. Entre ellos, desde luego, se hallan los tres derechos culturales cuyo contenido normativo será tratado en detalle en la segunda sección de esta memoria. En ella, se procurará determinar el contenido y alcance de los derechos culturales escogidos, teniendo en particular consideración lo señalado por la literatura especializada y los órganos internacionales a los que se ha arrogado la interpretación oficial de estos derechos.

## INTRODUCCIÓN.

Por largos años, pocos fueron los trabajos especializados que se abocaron a desentrañar el contenido y alcance de los derechos culturales, motivo por el cual se volvió una suerte de lugar común referirse a ellos como la categoría más desatendida de los derechos humanos; y a menudo se los tildó de ser el pariente pobre de los mismos<sup>1</sup>. Múltiples fueron las razones de la persistencia de este fenómeno. Entre ellas se suele esgrimir el carácter particularmente inasible de la noción de ‘cultura’<sup>2</sup>, lo cual ha dificultado que los derechos culturales puedan erigirse sobre un cimiento sólido y ha promovido que hasta el día de hoy no exista unanimidad respecto a qué derechos deben ser incluidos en un posible catálogo de esta categoría. Por largo tiempo, además, esta familia de derechos fue considerada como una suerte de bien suntuario, cuya realización debía ser postergada, en tanto no se diera cobertura a aquellas necesidades —usualmente juzgadas— más básicas y urgentes. Se ha aducido, por último, que su desarrollo teórico fue deliberadamente pospuesto, durante décadas, por numerosos Estados, quienes veían en esta categoría —y, en particular, en el derecho a la identidad y/o diversidad— un aliciente a la secesión, un peligro a la unidad nacional<sup>3</sup>.

Sin embargo, los múltiples cambios que ha experimentado desde entonces el escenario global han suscitado un vuelco radical en la apreciación de estos derechos. Los flujos migratorios masivos, el creciente multiculturalismo de nuestras sociedades han posicionado a los derechos culturales en el centro del debate. Y si bien se trata todavía de un fenómeno relativamente reciente, el auge de estos derechos ya se ha expresado en un estudio extenso y pormenorizado de varios de ellos.

Otros derechos culturales, sin embargo, aún presentan considerables lagunas, reclaman ser analizados con mayor detenimiento. El derecho a la ciencia, el derecho a la protección de la autoría y el derecho a la libertad artística se hallan entre estos últimos. El número de estudios consagrados a su esclarecimiento continúa siendo relativamente escaso. De manera que toda contribución, siquiera modesta, en estos ámbitos, debiese ser bien recibida. Tal es el propósito de la presente memoria.

---

<sup>1</sup> SYMONIDES, Janusz (1998). “Cultural rights: a neglected category of human rights”. EN: “International social science journal”, Vol. 50, Issue 58, p. 559.

<sup>2</sup> NIEC, Halina (2001). “Sentar las bases para la realización de los derechos culturales”. EN: Niec, Halina (editora), “¿A favor o en contra de los derechos culturales?”, p. 282.

<sup>3</sup> SYMONIDES, Janusz (1998). “Cultural rights: a neglected category of human rights”. EN: “International social science journal”, Vol. 50, Issue 58, p. 562.

Con miras a ello, se procederá a seguir, en un primer momento, la evolución del concepto de 'cultura' desde que fuere abordado por el derecho internacional de los derechos humanos. Una ampliación sostenida de su contenido ha marcado la trayectoria de esta noción. Referida y concernida con cuestiones tan distintas y distantes como el lenguaje y las costumbres, la vestimenta y las tradiciones ancestrales, la noción de 'cultura', esa segunda naturaleza del hombre, pareciera ser tan plural y diversa como la naturaleza en torno suyo. La considerable amplitud, casi consustancial a esta noción, no debiera con todo amedrentar al especialista en derecho, pues pareja indeterminación todavía rodea a la noción de 'hombre' y, ciertamente, ello no ha impedido el desarrollo minucioso de los derechos humanos.

En buena medida, las dificultades con que el especialista se confronta al intentar delimitar la noción de 'cultura' son las mismas a que se enfrentará al conceptualizar los 'derechos culturales'. No es sorprendente, pues, que se hayan efectuado pocas tentativas tendientes a definir esta categoría, en el marco del derecho internacional. Sin embargo, la definición que recogeremos, en el segundo apartado del primer capítulo, bien podría aportar algo de orden a esta materia, en vista que insinúa las directrices fundamentales que, en nuestra interpretación, deben guiar a esta familia de derechos.

Tales directrices nos permitirán esbozar, en el apartado siguiente, una clasificación tentativa de los derechos culturales. La libertad creadora, la identidad cultural y el acceso al patrimonio serán expuestos como los ejes fundamentales en torno a los cuales se agrupan y subsumen los diversos derechos culturales. Gracias a ella, así lo creemos, el lector podrá orientarse de mejor manera en el panorama general de los derechos culturales, materia a la cual, como toda disciplina que recién comienza a perfilarse, aún le hace falta una mayor sistematización.

El primer capítulo de esta memoria culminará con una breve disquisición sobre las dificultades que comporta realizar un listado de estos derechos. Tal como se expondrá, en vista que la totalidad de los derechos humanos presentaría un cierto componente cultural, no es extraño que exista disparidad de opiniones respecto a qué derechos deben ser incluidos en un catálogo oficial de esta categoría. Ello no impide, no obstante, que exista un núcleo de derechos cuya naturaleza cultural no despierta discusiones, pues los enunciados mismos que los consagran, hacen referencia expresa a la noción de 'cultura'. Entre ellos se hallan, por cierto, los tres derechos que serán objeto de un estudio más acabado en el segundo capítulo de esta memoria, el cual pretende ser el aporte sustantivo de la misma.

A lo largo de este trabajo, se tendrá en particular consideración lo planteado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y por la Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales. En vista que ambos han sido investidos por la ONU con la responsabilidad de estudiar e interpretar estos derechos, las declaraciones que realicen al efecto son absolutamente insoslayables para quienes deseen adentrarse en la disciplina en ciernes que es el derecho cultural. Sin perjuicio de lo anterior, también se apelará a la literatura especializada que se encuentre disponible, la cual, aunque no es profusa como en otras materias y no es todo lo exhaustiva que a veces se quisiera, no deja de ser por ello una ayuda innegable en la elucidación de los derechos mencionados.

En contra de cierto filisteísmo imperante que tiende a interpretar los derechos culturales como meras declaraciones de buena cortesía, la convicción que inspira este trabajo es que ellos son indispensables en cuestiones tan cruciales como la construcción del sentido de la propia vida y la progresiva pertenencia a un imaginario común<sup>4</sup>. La presente memoria quisiera contribuir, siquiera modestamente, a que dicha convicción sea compartida, cada vez más, por un mayor número de personas.

---

<sup>4</sup> ROMAINVILLE, Céline (2013). "Le droit à la culture. Une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international". EN: "Annales de Droit de Louvain", Vol. 73, N° 3, p. 353.

# CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS CULTURALES.

## 1.- EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULTURA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

### 1.1.- Desde un derecho *a* la cultura hacia un derecho *de* las culturas.

En la literatura especializada, se ha vuelto una suerte de lugar común hablar del carácter inasible, completamente polisémico del concepto de cultura. Sin embargo, precisar los contornos del mismo —o al menos intentarlo— es un asunto de primera importancia, pues si algo se puede desprender de la historia de los derechos culturales en la esfera de los derechos humanos, es que adoptar una determinada acepción conlleva a privilegiar, casi inevitablemente, un subconjunto de derechos culturales en desmedro de otros.

La historia de los derechos culturales en cuanto derechos humanos da cuenta de estas vicisitudes. Si, en un principio, la cultura fue entendida en un sentido más bien restringido, según el cual ella estaría conformada por las más altas expresiones del intelecto y la creatividad humana, y los derechos culturales se centraron más que nada en salvaguardar y dar acceso a dicho patrimonio cultural, a través de bibliotecas, teatros y museos; la realidad hoy en día es otra. La concepción restrictiva de cultura ha sido lenta pero firmemente ampliada —e, inclusive, algunos podrán decir sustituida<sup>5</sup>— por una concepción de cultura de raigambre antropológica, comprensiva de elementos tan distintos y distantes como el lenguaje y las costumbres, la vestimenta y las tradiciones ancestrales; en otros términos, compuesta por aquel conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a un determinado grupo social<sup>6</sup> y lo distinguen de otros.

Desde luego, un deslizamiento semántico como el recién descrito, en virtud del cual ya no se habla tanto de un derecho *a* la cultura, sino de un derecho *de* las culturas<sup>7</sup>, no se encuentra

---

<sup>5</sup> BUI-XIAN, Olivia (2009). “La destinée universaliste des droits culturels: les articles 22 et 27 de la Déclaration universelle des Droits de l’homme”. EN: “Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux”, Vol. 7, Lauréline Fontaine (éditeur), p. 137.

<sup>6</sup> UNESCO (2001), “Declaración universal sobre diversidad cultural”.

<sup>7</sup> BUI-XIAN, Olivia (2009). “La destinée universaliste des droits culturels: les articles 22 et 27 de la Déclaration universelle des Droits de l’homme”. EN: “Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux”, Vol. 7, Lauréline Fontaine (éditeur), p. 135.

exento de polémicas. Desde la academia, una posición minoritaria argumenta que los derechos culturales, así entendidos, corren el serio peligro de ver mermada su operatividad jurídica<sup>8</sup>. No obstante, un creciente número de instrumentos internacionales<sup>9</sup>, centrados en la identidad y/o diversidad cultural, y por tanto legitimadores de esta postura, se han firmado en las últimas décadas. Quizás sea plausible sostener que no hay vuelta atrás. Cualquiera sea el sentido en que esta discusión se resuelva, lo cierto es que la cultura ha sido un concepto en disputa, cuya evolución en el marco del derecho internacional de los derechos humanos merece ser estudiada con algún detalle. A ello nos abocaremos, brevemente, en las páginas que siguen.

## **1.2.- La aproximación tradicional: la cultura como Bellas Artes.**

El artículo 27 de la DUDH fue el primer instrumento internacional en hacer mención a los derechos culturales tal cual los conocemos hoy. Se trata, si se me permite la expresión, de la partida de nacimiento de esta categoría de derechos y, como suele suceder, su configuración inicial estuvo fuertemente signada por el contexto histórico.

En aquel entonces, la sombra reciente de la segunda guerra mundial llamaba a realizar un profundo examen de conciencia de parte de la sociedad en su conjunto y, en particular, de su clase dirigente. Se creyó, de acuerdo a un pensamiento de larga data, que la ignorancia mutua había sido la causa subyacente de la guerra entre los pueblos y que, en consecuencia, un conocimiento acabado de las culturas propias de los mismos, permitiría llegar a una suerte de comprensión mutua; permitiría entrever la unidad en la diversidad del ser humano y sería, en definitiva, la llave de la paz<sup>10</sup>. Sin embargo, fácil era percatarse que las más altas expresiones del intelecto y las artes eran todavía patrimonio y privilegio de un reducido grupo de personas: la élite de cada pueblo. En este escenario, la DUDH quiso plantear las

---

<sup>8</sup> DE REYMAEKER, Baptiste (2014). "Des droits culturels au droit de participer à la vie culturelle. Entretien avec Céline Romainville". En: "Le Journal de Culture & Démocratie", N° 36, p. 6.

<sup>9</sup> Entre los cuales cabe mencionar, como los más significativos, a la "Declaración universal sobre diversidad cultural", UNESCO (2001), y la "Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales", UNESCO (2005).

<sup>10</sup> STENOUE, Katerina (2001). "L'UNESCO et la question de la diversité culturelle: bilan et stratégies, 1946-2000. Étude réalisée à partir d'un choix de documents officiels". EN: "La pierre angulaire, le fou crucial des droits culturels", Marco Borghi, Peter Meyer-Misch (éditeurs), p. 120.

bases de un impulso contrario: democratizar de una buena vez las obras capitales de la humanidad, esos tesoros de la cultura, de manera que estuviesen por fin al alcance de todos<sup>11</sup>.

Sin embargo, aún quedaba un largo camino por recorrer para democratizar la cultura. Es más, el concepto mismo de cultura necesitaba ser democratizado. Por aquel entonces, la única cultura merecedora de ser protegida y difundida, era aquella compuesta por las Bellas Artes<sup>12</sup>. Fuera quedaban las múltiples vertientes del folclore y la así llamada cultura de masas.

### **1.3.- La primera ampliación del concepto: la cultura popular.**

Al término de la década de los sesenta, se comenzó a presenciar una primera ampliación del concepto de cultura. Ya por entonces se comenzó a sentir una fuerte inclinación a definir la cultura en términos no-elitistas<sup>13</sup>. Se hacía necesario profundizar la democratización de la cultura. Si, en un primer momento, el proceso democratizador se tradujo en una ampliación del acceso a la misma; en un segundo momento, éste se tradujo en una ampliación del concepto mismo de cultura. Según se consideró, las masas no sólo tenían derecho a acceder a aquella cultura que otrora fue el privilegio de una élite, sino que además tenían el derecho de elegir a qué cultura deseaban tener acceso.

En este sentido, la “Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural”, emitida en 1976, por la Unesco, marcó un hito en este proceso, por cuanto reafirmó de manera expresa esta tendencia, al señalar:

*“la cultura ha dejado de ser únicamente una acumulación de obras y de conocimientos que produce, compila y conserva una minoría selecta para ponerlos*

---

<sup>11</sup> O'KEEFE, Roger (1998). “The right to take part in cultural life. Under article 15 of the ICECSR”. EN: “International and Comparative Law Quarterly”, Vol. 47, p. 912.

<sup>12</sup> DONDEERS, Yvonne (2008). “Cultural life in the context of human rights”. En: “Day of General Discussion. Right to take part in cultural life (article 15 (1) (a) of the Covenant)”. E/C.12/40/13, p. 4.

<sup>13</sup> UNESCO (1970). “Les droits culturels en tant que droits de l'homme”, véase p. 12: “Plus importante encore est le fait que la ‘culture’ n'est plus considérée comme réservée à quelques-uns. On répugne de plus en plus à définir la culture comme le privilège d'une élite; on admet maintenant qu'il existe des valeurs, des réalisations et des formes culturelles diverses, même dans le cadre d'un seul pays”, fragmento que se puede traducir como: “Aún más importante es el hecho que la ‘cultura’ ya no es considerada como reservada para algunos pocos. Repudiamos, de más en más, definir la cultura como el privilegio de una élite; hoy por hoy admitimos que hay diversos valores, logros y formas culturales, incluso en el marco de un solo país”.

*al alcance de todos (...) la cultura se amplía a todas las formas de creatividad y de expresión de los grupos o los individuos*<sup>14</sup>.

De ahí en más, el derecho a la cultura no sólo significó el acceso a museos y bibliotecas, sino también a la radio y la televisión, los periódicos y las revistas<sup>15</sup>. Así, la ampliación del concepto de cultura implicó, a su vez, una ampliación de los medios, considerados aptos, para transmitir la misma.

Sin lugar a dudas, la legitimación de la cultura popular supuso una considerable ampliación de los bienes resguardados por los derechos culturales. No obstante, con el correr del tiempo, ni siquiera ella habría de ser considerada lo suficientemente comprensiva. La cultura, según se comenzó a entender, era más que un conjunto de bienes materiales, dotados de valor simbólico antes que instrumental, y ligados principalmente al rubro creativo. La cultura debía comprender también los sistemas de creencias, las prácticas ancestrales, el patrimonio inmaterial. La progresiva adopción de la noción antropológica de cultura habría de resguardar este conjunto de expresiones respecto de las cuales el derecho se había desentendido.

#### **1.4.- La segunda ampliación del concepto: la cultura como “modo de vida”.**

Tanto en su vertiente elitista como popular, la cultura siguió estando ligada a un área aún delimitada de actividades dentro de la sociedad, identificables por servir de vehículo a la creatividad y la imaginación, a la expresión artística e intelectual. Ello habría de cambiar significativamente con la aceptación progresiva de la noción antropológica de cultura. En efecto, de ahí en más, la cultura abarcará la suma de rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, diferenciándolo de otros; comprenderá su entero “modo de vida”<sup>16</sup>.

Desde entonces, los derechos culturales han sido llamados a tutelar virtualmente toda actividad social o expresión que sea propia de una comunidad: literatura escrita u oral, religión o sistemas de creencias, deportes y juegos, artesanía y vestimenta, gastronomía y

---

<sup>14</sup> UNESCO (1976), “Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural”. Sección 1, número 3, letra a).

<sup>15</sup> O’KEEFE, Roger (1998). “The right to take part in cultural life. Under article 15 of the ICECSR”. EN: “International and Comparative Law Quarterly”, Vol. 47, p. 914.

<sup>16</sup> O’KEEFE, Roger (1998). “The right to take part in cultural life. Under article 15 of the ICECSR”. EN: “International and Comparative Law Quarterly”, Vol. 47, p. 916.

tradiciones ancestrales<sup>17</sup>. En contra del efecto uniformador de la globalización, los derechos culturales estarían llamados a proteger la multiplicidad de usos y costumbres. Cada vez más, el derecho a la cultura se homologará con el derecho a la diversidad y/o identidad cultural y, en dicho sentido, hasta cierto punto, se superpondrá y confundirá con la protección de las minorías, pueblos migrantes e indígenas.

La “Declaración de México sobre las Políticas Culturales”, emitida en 1982, puede ser considerada como el hito fundante de este tercer estadio en la evolución del concepto. En ella se recoge, abiertamente, la noción de cultura recién comentada, en tanto ella englobaría “*además de las artes y las letras, los modos de vida (...), los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias*”<sup>18</sup>. Por su parte, la “Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural”, emitida en 2001, no sería sino su consolidación, pues entiende la noción de cultura en iguales términos<sup>19</sup>. Por último, la Observación General N° 21, emitida en 2009, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>20</sup> —órgano expresamente encargado de velar por la interpretación e implementación del PIDESC—, pareciera haber llevado esta postura aún más lejos, pues, según se declara, la cultura sería un concepto abarcador de “*todas las expresiones de la existencia humana*”<sup>21</sup>.

Pese a su vigorosa consagración, la expansión del concepto de cultura, en los términos ya descritos, ha sido objeto de ciertas resistencias. Así, se ha argüido que la extrema amplitud de la noción adoptada dificultaría significativamente su explotación en términos jurídicos<sup>22</sup>, por cuanto no permitiría distinguir con claridad la titularidad de los derechos que propone ni tampoco las obligaciones de los Estados Parte<sup>23</sup>. Asimismo, se ha objetado que la misma noción antropológica de cultura habría sido superada en la disciplina que le dio a luz. Por último, se ha debatido el énfasis que se ha concedido a la protección de la identidad cultural de los pueblos migrantes, grupos indígenas y, en general, de las minorías, habida consideración que ello ya se encontraría protegido por instrumentos internacionales

---

<sup>17</sup> CODESC (2009), “Observación general N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, E/C.12/GC/21, párrafo 13.

<sup>18</sup> “Declaración de México sobre las Políticas Culturales”, párrafo 6.

<sup>19</sup> UNESCO (2001), “Declaración universal sobre la diversidad cultural”, párrafo 5.

<sup>20</sup> En adelante, también referido como el ‘CODESC’ o simplemente ‘el Comité’.

<sup>21</sup> E/C.12/GC/21, párrafo 11.

<sup>22</sup> ROMAINVILLE, Céline (2013). “Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international”. EN: “Annales de Droit de Louvain”, Vol. 73, N° 3, p. 364.

<sup>23</sup> DE REYMAEKER, Baptiste (2014). “Des droits culturels au droit de participer à la vie culturelle. Entretien avec Céline Romainville”. EN: “Le Journal de Culture & Démocratie”, N° 36, p. 6.

especializados en la materia<sup>24</sup>. Algunas de estas críticas no han sido contestadas, de manera clara y directa, a la fecha.

## **2.- HACIA UNA DEFINICIÓN DE DERECHOS CULTURALES.**

Como se pudo apreciar, y pese a los innegables esfuerzos que se han realizado en orden a clarificar su contenido, la cultura seguiría siendo un concepto líquido, de contornos algo imprecisos. La cultura, esa segunda naturaleza del hombre, pareciera ser tan plural y diversa como la naturaleza en torno suyo. No es extraño, entonces, que aquél que intente precisar lo que se deba entender por derechos culturales se vea confrontado a una tarea igual de compleja. La pluralidad de aproximaciones que admite —y a que incluso obliga— el concepto de cultura, es también observable en la conceptualización de esta categoría de derechos. Lo anterior no es para nada trivial, pues el acercamiento que se escoja conducirá por fuerza a un resultado distinto. Así lo ha constatado una variedad de autores<sup>25</sup>: si la cultura es considerada ante todo como un patrimonio, los derechos culturales se orientarán a salvaguardar y brindar acceso a aquél; si la cultura es considerada como un proceso creativo, los derechos culturales se dirigirán a proteger la libertad con que los creadores se expresan, como también los intereses de los creadores mismos; si la cultura es considerada, por último, como un modo de vida, los derechos culturales aspirarán a proteger el amplio espectro de expresiones identitarias a través de las cuales aquél se manifiesta.

En razón de lo antedicho, no es ninguna sorpresa que se hayan efectuado pocas tentativas tendientes a definir los derechos culturales, por parte de la comunidad internacional. Quizás el único instrumento internacional en que se ha ensayado algo parecido sea la Carta Cultural Iberoamericana de 2006, en la cual se lee:

*“Los derechos culturales deben ser entendidos como derechos de carácter fundamental según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Su ejercicio se desarrolla en el marco del carácter integral de los*

---

<sup>24</sup> ROMAINVILLE, Céline (2013). “Le droit à la culture, une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international”. EN: “Annales de Droit de Louvain”, Vol. 73, N° 3, p. 364.

<sup>25</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo (2001). “Derechos culturales: el punto de vista de las ciencias sociales”. EN: “¿A favor o en contra de los derechos culturales?”, Halina Niec (editor), pp. 22-27; DONDERS, Yvonne (2008) “Cultural life in the context of human rights”, E/C.12/40/13, p.2.

*derechos humanos, de forma tal, que ese mismo ejercicio permite y facilita, a todos los individuos y grupos, la realización de sus capacidades creativas, así como el acceso, la participación y el disfrute de la cultura. Estos derechos son la base de la plena ciudadanía y hacen de los individuos, en el colectivo social, los protagonistas del quehacer en el campo de la cultura*<sup>26</sup>.

Si bien la definición ofrece elementos rescatables, como el hecho de reafirmar el rango de derechos humanos que ostenta esta categoría de derechos, así como el de recoger la esencial indivisibilidad e interdependencia con que ésta se encuentra ligada a las categorías restantes, lo cierto es que ella nos parece insatisfactoria, en base a las siguientes razones: en primer lugar, porque pareciera reducir el campo de la cultura al mero ámbito creativo, de lo cual se podría seguir que expresiones caras al derecho cultural, no necesariamente incorporables bajo este concepto, quedarán fuera de su ámbito de protección (véase los sistemas de creencias, las prácticas ancestrales, el patrimonio inmaterial, etcétera); y, en segundo y último lugar, porque no hace referencia alguna al papel crucial que la cultura desempeña en la conformación de la identidad de las personas, lo cual resulta indispensable para tener un entendimiento global de esta categoría de derechos, conforme al parecer de un número importante de especialistas en la materia.

Harto más adecuada, en este sentido, nos parece la definición esbozada por quien fuere designada Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales, por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; quien señalare en un informe especial formulado al efecto:

*“Los derechos culturales protegen los derechos de todas las personas, individualmente y en comunidad con otros, (...) para desarrollar y expresar su humanidad, su visión del mundo y el significado que dan a su existencia (...) 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”*<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> OEI (2007). “Carta Cultural Iberoamericana”, Sección de “Principios”.

<sup>27</sup> ONU, Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales (2010), “Informe de la Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales, Sra. Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos”, A/HRC/14/36, párrafo 9.

Pese a que la definición adolece de un defecto, por lo demás común a este tipo de tentativas, consistente en la enumeración algo excesiva de elementos, lo que en cierta medida entorpece la comprensión general de la noción, en nuestro criterio, ella constituye uno de los esfuerzos más satisfactorios e imparciales que se hayan realizado a la fecha, en orden a delimitar el concepto, por las razones que a continuación se refieren, sucintamente.

En tiempos en que, por obra de la influencia del Grupo de Friburgo<sup>28</sup>, es posible constatar una marcada tendencia a subordinar y subsumir los derechos culturales al derecho a la identidad<sup>29</sup>, de manera tal que se produce una suerte de invisibilización de los restantes objetivos a que ellos deben propender, la definición en comento resalta por su voluntad conciliadora, observable en el hecho que formule los tres ejes que deben guiar estos derechos, sin establecer jerarquías o privilegios entre los mismos, enunciando la protección de (i) la libertad creativa (véase, a este respecto, que la definición asegura el derecho de todas las personas a “*expresar su humanidad (...) mediante, entre otras cosas, (...) las artes*”); del (ii) acceso y la salvaguarda del patrimonio; y del (iii) derecho a la identidad cultural.

Igualmente meritorio nos parece que ella adopte una noción de cultura indubitablemente amplia, comprensiva de la visión de mundo y forma de vida de todo individuo o grupo, abarcando, entre otras expresiones, sus creencias y valores, instituciones e idiomas, en concordancia con las últimas aproximaciones que se han realizado a este concepto. En este aspecto, ella es sin duda un notorio avance, por cuanto no limita el campo de la cultura al mero ámbito artístico, como en cambio sí lo hacía la definición anterior que comentamos.

Desde luego, no se trata de una definición oficial. Ninguna categoría de los derechos humanos cuenta de momento con una<sup>30</sup>. El anhelo de que estos derechos respondan, de manera satisfactoria, a las distintas necesidades de cada época, en cierto modo impide que

---

<sup>28</sup> Agrupación internacional compuesta por académicos y expertos en la esfera de los derechos culturales. Nacida en 1991, como consecuencia de la celebración del “VIII Coloquio Interdisciplinario de Derechos Humanos”, organizado por el Instituto Interdisciplinario de Ética y de Derechos del Hombre (IIEDH) de la Universidad de Friburgo, desde entonces, se ha ocupado de brindarle una base teórica sólida a esta categoría de derechos humanos. Dentro de su labor, destaca la “Declaración de Friburgo”, instrumento que tiene por objeto sistematizar, esclarecer el contenido y recalcar la importancia de esta familia de derechos, y que ha servido de precedente insoslayable para estudios posteriores sobre la materia.

<sup>29</sup> Véase, a este respecto: FERRI, Marcella (2011). “La tutela dei diritti culturali nel diritto internazionale dei diritti umani”, en particular cuando señala: “*i diritti culturali sono i diritti che permettono alla persona di costruire la propria identità (...)*”, es decir: “los derechos culturales son los derechos que permiten a la persona construir la propia identidad”, p. 40; MEYER-BISCH, Patrice (2008). “Analyse des droits culturels”, en particular: “*Les droits culturels désignent les droits (...) de choisir et de d’exprimer son identité*”, es decir: “los derechos culturales se refieren a los derechos (...) para elegir y expresar su identidad”, p. 6.

<sup>30</sup> A/HRC/14/36, párrafo 4.

se fije su contenido. Aun así, la definición aquí recogida no deja de ser, a nuestro parecer, un ilustrativo primer acercamiento, pues ya insinúa la clasificación de derechos culturales que analizaremos a continuación.

### 3.- CLASIFICACIÓN TENTATIVA DE LOS DERECHOS CULTURALES.

En este punto, el lector se habrá podido percatar que un cierto grado de controversia e indefinición acaso sea consustancial a la materia que nos convoca. No le sorprenderá, en consecuencia, saber que no existe una clasificación indiscutida, largamente consensuada, de estos derechos. Mal podría existir, si como hemos visto aún persiste el debate sobre asuntos que necesariamente le anteceden, tales como el contenido y alcance de los mismos y el eventual listado de derechos que debiesen ser incorporados a esta categoría.

Ello no ha impedido, no obstante, que se hayan realizado algunas propuestas. De seguro, la clasificación que ha tenido mayor circulación es aquella elaborada por el Grupo de Friburgo. De acuerdo a ella, existirían ocho grandes grupos de derechos culturales, dentro de los cuales se subsumirían derechos culturales más específicos, y que, en definitiva, se han sintetizado de la siguiente forma: “*a) el derecho a la identidad cultural y patrimonial; b) el derecho a la identificación con la comunidad cultural, c) el derecho al acceso y participación en la vida cultural; d) el derecho a la educación y formación; e) el derecho a la información y comunicación; f) el derecho a la cooperación cultural; g) el derecho a la libertad de investigación, actividad creadora y propiedad intelectual; h) el derecho a la participación en la formulación, aplicación y evaluación de las políticas culturales*”<sup>31</sup>.

No se negará aquí el encomiable trabajo que ha realizado el Grupo de Friburgo en la investigación, sistematización y divulgación de los derechos culturales. Sin embargo, creemos que la categorización ofrecida puede ser abreviada y reducida aún más. Así, por ejemplo, los derechos enunciados en las letras *a)* y *b)* bien podrían condensarse en tan sólo un derecho: el así llamado derecho a la identidad. Otro tanto se podría señalar respecto de los derechos formulados en las letras *h)* y *f)*, los cuales podrían ser subsumidos sin mayor inconveniente en la letra *c)*, por cuanto no parecieran ser sino una especificación de este último; de lo cual podría servir de indicio el hecho de que ambos utilicen el mismo verbo

---

<sup>31</sup> GRUPO DE FRIBURGO (2007). “Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales”, art. 3 y ss.

rector (“participar”) y se refieran a la esfera pública. En lo que concierne a las letras *d*) y *e*), sostenemos que, si bien la educación y la información son una condición y factor indispensables para la existencia y desarrollo de la(s) cultura(s), a tal punto que se ha dado en plantear que la plena observancia de estos derechos humanos supone ponderar un componente cultural, ello no altera la naturaleza eminentemente social y civil de los mismos, razón por la cual se podrían exceptuar de un análisis abocado, de modo exclusivo, a los derechos expresamente culturales.

Así las cosas, en lugar de examinar la clasificación anterior, hemos optado por estudiar la clasificación que sigue. En nuestra consideración, ella se desprende de manera casi natural de la noción de derechos culturales con que hemos decidido trabajar y, además, presenta el mérito de exponer, con gran claridad, los tres grandes fines que deben orientar esta categoría de derechos. Procedamos, sin más, a revisarla.

### **3.1.- La protección de la libertad creadora.**

Un primer conjunto de derechos culturales estaría centrado en proteger la libertad creadora. Esta familia de derechos se caracterizaría, ante todo, por proteger una dimensión particular del fenómeno de la cultura, a saber, el proceso que lleva a la creación artística y científica<sup>32</sup>. De manera congruente con su ámbito de protección, los principales beneficiarios de esta categoría serían un grupo acotado de personas dentro de la sociedad, esto es, los creadores y artistas.

El derecho internacional reconoce esta categoría de derechos. Una primera consagración de la misma se podrá hallar en el artículo 19 del PIDCP, en el cual se menciona directamente a la expresión artística como uno de los medios comprendidos dentro de la libertad de expresión<sup>33</sup>. Una segunda manifestación se puede desprender de la lectura del artículo 15 del PIDESC, en virtud del cual los Estados Parte se comprometen a respetar “*la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora*”<sup>34</sup>. Ambas disposiciones, si bien pueden parecer similares, protegen estadios distintos del proceso de creación artística y científica. En efecto, la primera disposición busca proteger el momento en que el objeto

---

<sup>32</sup> DONDERS, Yvonne (2010). “Do cultural diversity and human rights make a good match?”, pp. 5-6.

<sup>33</sup> ONU, Asamblea General (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A/RES/21/2200A.

<sup>34</sup> ONU, Asamblea General (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A/RES/21/2200A.

artístico o descubrimiento científico se socializan, mientras que la segunda disposición busca resguardar la instancia que le antecede, a saber, el proceso mismo de creación o investigación, sin importar si éste culmina en un obra terminada o un descubrimiento.

Por último, también se agrupan dentro de esta categoría aquellos derechos que se desprenden del derecho de autor<sup>35</sup>, en la medida en que no resulta razonable esperar que exista un nutrido desarrollo de la producción artística y científica, si sus autores no pueden vivir, siquiera modestamente, del producto de su trabajo. Fomentar la contribución activa a las artes y las ciencias, supone resguardar la situación material de sus creadores<sup>36</sup>.

### **3.2.- La protección del acceso y participación en la vida cultural.**

La dimensión del fenómeno de la cultura que se pretende tutelar por medio de esta categoría de derechos es sustancialmente distinta. Si la primera categoría se encargaba, ante todo, de proteger el proceso de creación artística y científica, esta segunda categoría se encargará de proteger y brindar acceso al patrimonio cultural, entendido este último como el conjunto de bienes tangibles e intangibles, caracterizados por presentar un valor simbólico antes que instrumental. De igual manera, los principales beneficiarios de esta categoría también serán distintos. Si la primera categoría favorecía, de manera prioritaria, a creadores y artistas, esta segunda categoría buscará favorecer a un grupo más amplio de personas, a saber, el público de aquéllos: los consumidores de cultura.

Nuevamente, la más importante consagración de esta categoría de derechos se podrá hallar en el PIDESC, el cual, en su artículo 15, señala expresamente el derecho de toda persona a “*participar en la vida cultural*”<sup>37</sup>. La exclusión de la voz ‘acceso’ en la formulación de este derecho, no debe llamar a error, pues debe entenderse incorporada en el enunciado<sup>38</sup>, tanto es así que la falta de infraestructuras culturales, esto es, ‘medios de acceso’, se ha interpretado como una situación vulneratoria del derecho recién citado<sup>39</sup>. Similares

---

<sup>35</sup> DONDERS, Yvonne (2010). “Do cultural diversity and human rights make a good match?”, pp. 5-6.

<sup>36</sup> CODESC (2005), “Observación general N° 17. 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”, E/C.12/GC/17, párrafo 4.

<sup>37</sup> ONU, Asamblea General (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A/RES/21/2200A.

<sup>38</sup> E/C.12/GC/21, párrafo 15, letra b).

<sup>39</sup> CODESC (1991), “Directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, E/C.12/1991/1, p. 22.

formulaciones se podrán hallar en otros convenios internacionales<sup>40</sup>, de cuya lectura se podrá concluir que a la comunidad internacional le preocupa particularmente que la participación y el acceso sean ejercidos en condiciones de igualdad y no-discriminación por los así llamados grupos vulnerables, véase, personas con alguna discapacidad, niños, cesantes y adultos mayores, entre otros.

Como ya se adelantó en un apartado anterior, el contenido y variedad de la ‘vida cultural’ que aquí se resguarde dependerá forzosamente de la noción de cultura que se maneje. En la actualidad, ella comprende un espectro amplísimo de expresiones y, en consecuencia, resulta lícito demandar que dicha pluralidad tenga cabida en los espacios de difusión cultural que se creen al efecto.

### **3.3.- La protección de la identidad cultural.**

El imperativo de resguardar la identidad cultural reúne a la tercera y última agrupación de derechos culturales. Sin lugar a dudas, esta última familia de derechos es la que se encuentra más en boga. Ello tiene una fácil explicación: en un contexto de flujos migratorios masivos, urge la necesidad de que distintas culturas puedan convivir, de manera pacífica, dentro de un mismo Estado-Nación, alejadas tanto de la estandarización de los usos como del choque civilizatorio puro y duro, vale decir, el terrorismo, la secesión, la guerra. Dicha misión ha sido encomendada a los derechos culturales: proteger la pluralidad de los modos de vida, sin perder de vista la esencial universalidad de los derechos humanos.

La paulatina introducción de esta categoría de derechos ha significado, como hemos visto, un nuevo entendimiento de los derechos culturales. En efecto, originariamente, éstos tendieron a promover el acceso, la participación y la salvaguarda del patrimonio, entendido este último concepto en un sentido estrecho, no comprensivo de manifestaciones culturales ajenas al ámbito artístico. Con su introducción, en cambio, los derechos culturales comenzarán a ser considerados como aquéllos que permiten a las personas acceder a las referencias simbólicas que les permiten construir y expresar su propia identidad<sup>41</sup>. El rol que

---

<sup>40</sup> Véase a este respecto E/C.12/GC/21, párrafo 3.

<sup>41</sup> FERRI, Marcella (2014). “L’evoluzione del diritto di partecipare alla vita culturale e del concetto di diritti culturali nel diritto internazionale”. EN: “La comunità internazionale”, Vol. 2, en cuya obra se lee: “*i diritti culturali possono essere definiti come i diritti ad accedere ai riferimenti a partire dai quali la persona può costruire ed esprimere la propria identità*”. Fragmento que puede ser traducido de la siguiente manera: “Los derechos culturales pueden ser definidos como aquellos derechos que permiten acceder a las referencias simbólicas a partir de las cuales la persona puede construir y expresar su propia identidad”, p. 216.

cumple la cultura en la construcción de la identidad pasa a ser fundamental y, en vista que los elementos que constituyen nuestra identidad son múltiples, se pasará a proteger el entero modo de vida de un determinado grupo social, bajo el concepto de cultura.

La principal consagración de esta categoría de derechos podremos encontrarla en el artículo 27 del PIDCP, en el cual leemos:

*“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”<sup>42</sup>.*

Como se puede apreciar, el enunciado anterior se puede descomponer en tres derechos principales: el derecho a llevar su propia vida cultural, profesar su propia religión y emplear su propio idioma. A su vez, estos derechos han sido desglosados por la doctrina, dando nacimiento a otros derechos subordinados, tales como el derecho de los padres a escoger para sus hijos una institución educativa conforme a sus creencias<sup>43</sup>, el derecho a modificar su propia religión o sistema de convicciones<sup>44</sup>, el derecho a que el idioma practicado sea reconocido por las instituciones gubernamentales, entre otros. Es de esperar que, en años venideros, este conjunto de derechos crezca aún más, habida consideración del creciente multiculturalismo de nuestras sociedades.

Una última precisión resulta necesaria, previo a introducirnos en el examen de los derechos culturales, materia de este trabajo. Si bien la protección de la identidad cultural de las minorías es del todo loable, ella deberá ejercerse con ciertas restricciones. En primer lugar, la diversidad cultural no deberá ser invocada como un pretexto para limitar el ejercicio de los derechos humanos de los propios miembros de la comunidad<sup>45</sup>. Así, por ejemplo, no deberán entenderse comprendidas dentro de la esfera de protección del derecho en comento, aquellas prácticas culturales que, si bien ancladas en la tradición y en la historia de una comunidad, atenten contra los derechos de las mujeres que formen parte de ella, tales como la existencia de matrimonios forzados, de desigualdades arbitrarias en materias sucesorias o la ablación del clítoris<sup>46</sup>. La diversidad cultural deberá tener por límite la universalidad de

---

<sup>42</sup> ONU, Asamblea General (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A/RES/21/2200A.

<sup>43</sup> FERRI, Marcella (2011). “La tutela dei diritti culturali nel diritto internazionale dei diritti umani”, p. 174.

<sup>44</sup> Ídem, p. 158.

<sup>45</sup> CUSTODIO CASTAÑEYRA, Timanfaya (2014). “Aproximación dogmática a los derechos culturales. El derecho a la cultura como derecho fundamental”, p. 30.

<sup>46</sup> DONDERS, Yvonne (2010). “Do cultural diversity and human rights make a good match?”, p. 17.

los derechos humanos. Por último, el derecho a la identidad de las minorías debe ejercerse de manera tal que no vuelva prisioneros de dicha identidad a sus miembros, lo cual resulta particularmente probable si el Estado en cuestión tiene una visión estática o, peor aún, retrógrada, de sus culturas. El derecho a la identidad debe coexistir con el derecho a identificarse con una o diversas comunidades culturales y el derecho a modificar tal elección.

#### **4.- SOBRE LA DIFICULTAD DE ESTABLECER UN CATÁLOGO.**

Un rápido examen de las tentativas emprendidas en orden a establecer un catálogo de estos derechos, no puede llevar sino a la conclusión que ellas distan bastante de asemejarse entre sí<sup>47</sup>. No podía ser de otro modo, atendido que, como hemos visto, las demarcaciones que en este sentido se realicen dependerán en grado sumo de la noción de cultura —y, consiguientemente, de derechos culturales— que se decida utilizar.

Sin embargo, no deja de ser curioso observar que, aun aceptando la noción antropológica de cultura, como si ya hubieren sido superadas las controversias que rodearon su implementación, las dificultades para definir con propiedad qué derechos deben ser considerados culturales, persisten. Y es que, atendido el carácter amplísimo de ella, el cual, recordemos, permearía todos los ámbitos de la sociedad —civil, político, económico—, se ha vuelto cada vez más habitual sostener que todos los derechos humanos tienen algún componente cultural<sup>48</sup>.

Pese a que la aseveración anterior puede parecer algo desmesurada, ella no deja de apuntar a una cierta verdad. Los derechos humanos no son ejercidos ni implementados en favor de

---

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, la especialista Lyndel Prott sostuvo, en una primera aproximación a esta cuestión, que el listado de derechos culturales debía incluir once derechos; casi veinte años después, consideró, sin embargo, que el catálogo se había ampliado a dieciséis derechos, habida consideración de que en el intertanto se habían firmado otros instrumentos internacionales sobre la materia. Por su parte, y según refiere Halina Niec, la especialista Birgitta Leander, en un intento de compendiar un listado amplio de esta categoría de derechos, habría llegado a la nada despreciable cifra de cincuenta derechos culturales. Elsa Stamatopoulou defiende, en cambio, un listado harto más acotado, señalando que cinco son los derechos usualmente entendidos como culturales, entre los cuales se hallarían: (i) el derecho a la educación; (ii) el derecho a participar en la vida cultural; (iii) el derecho a la ciencia; (iv) el derecho a la protección de la autoría; (v) el derecho a la libertad creadora. Véase: PROTT, Lyndel (1986). "Cultural rights as people's rights in international law", p. 8; PROTT, Lyndel (2001). "Entenderse acerca de los derechos culturales". EN: "¿A favor o en contra de los derechos culturales?", Halina Niec (editora), p. 264; STAMATOPOULOU, Elsa (2008). "The right to take part in cultural life", E/C.12/40/9, p. 3.

<sup>48</sup> MEYER-BISCH, Patrice (2008). "Analyse des droits culturels", p. 7; "Declaración de Friburgo", artículo 9, letra d).

sujetos abstractos, indiferenciados. Todo ser humano es portador de una identidad cultural que amerita ser considerada y que obliga a variar, en ciertos eventos, la implementación de los mismos, en orden a aumentar su efectividad y vigencia. La justa ponderación del componente cultural, presente en todo derecho humano, exigiría admitir una cierta adecuación a dicha identidad, al momento de su ejercicio<sup>49</sup>. Así se ha considerado respecto de derechos en apariencia distantes al ámbito de la cultura, como lo son los derechos a la salud, vivienda y alimentación<sup>50</sup>. Con mayor razón, cabría sostener lo mismo respecto de aquellos derechos que presentan una relación aún más estrecha con la materia que nos convoca, como lo son los derechos a la libertad de credo, asociación<sup>51</sup>, vida privada y a la libre determinación de los pueblos.

Así las cosas, no resulta extraño que se haya vuelto cada vez más difícil establecer un listado de los derechos agrupables bajo esta categoría. La creciente aceptación de la dimensión cultural, presente en todo derecho humano, habría tornado borrosa la línea divisoria entre esta clase de derechos y los restantes derechos humanos. Incluso una especialista internacional como Yvonne Donders pareciera tener dificultades para trazar esta línea. En su opinión, cabría dividir en dos grandes grupos los enunciados susceptibles de ser calificados como culturales. El listado de derechos agrupables dentro de la primera categoría —esto es, aquélla conformada por los derechos culturales en sentido estricto— no suscitaría mayores controversias, por cuanto los derechos aquí incluidos se caracterizarían por una circunstancia objetiva, a saber, la referencia expresa a la noción de cultura en los enunciados que los contienen<sup>52</sup>. Por el contrario, el listado de derechos que conformarían la segunda categoría —aquélla integrada por los derechos culturales en sentido lato— admitiría un amplio margen de discrecionalidad, por cuanto éstos se caracterizarían por una circunstancia sumamente interpretable, como lo es poseer “*una relación con la cultura*”<sup>53</sup>. Dentro de esta categoría, la autora pareciera inclinarse por admitir tan sólo a aquellos derechos que serían una suerte de presupuesto jurídico de aquélla, como lo son los derechos a la libertad de credo, expresión, asociación y educación. Sin embargo, concede que otras disposiciones, que

---

<sup>49</sup> GRUPO DE FRIBURGO (2007). “Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales”, artículo 1, letra e).

<sup>50</sup> CODESC (2000), “Observación General Nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E/C.12/2000/4, párrafo 12, letra c); CODESC (1991), “Observación General Nº 4. El derecho a una vivienda adecuada”, E/1992/23, párrafo 8, letra g); CODESC (1999), “Observación General Nº 12. El derecho a una alimentación adecuada”, E/C.12/1999/5, párrafos 7, 8 y 11.

<sup>51</sup> MARKS, Stephen (2003). “Defining cultural rights”. EN: “Human rights and criminal justice for the downtrodden. Essays in honour of Asbjorn Eide”, Morten Bergsmo (editor), p. 300.

<sup>52</sup> DONNERS, Yvonne (2010). “Do cultural diversity and human rights make a good match”, p. 19.

<sup>53</sup> Ídem.

también cumplen un rol en la protección de la cultura, podrían ser agregadas a esta categoría, tales como los derechos a la vida, salud y vivienda.

Definitivamente, aún resta mucho por realizar para alcanzar una mayor claridad en esta materia. En éste y otros asuntos, el derecho cultural aún se encuentra en ciernes. De momento, el único catálogo verdaderamente incontrovertido que se podría efectuar, es aquél que se limite a los derechos estrictamente culturales, a saber, los derechos enunciados en el artículo 15 del PIDESC y el artículo 19 y 27 del PIDCP. Es de esperar, no obstante, que este reducido catálogo tienda a ampliarse con el correr del tiempo, a medida que ciertas ideas se consoliden. De seguro, en años venideros, se terminará por asentar la doble naturaleza — política y cultural— de algunos derechos humanos, como la libertad de credo, asociación, vida privada, etcétera, en vista de que son prácticamente indisociables del derecho a la identidad cultural. No creemos que sea correcto, sin embargo, que otro tanto ocurra con aquellos derechos cuya dimensión cultural no es lo suficientemente decisiva para alterar la naturaleza misma de éstos, como podría suceder con los derechos a la salud, vivienda y alimentación. Cabe confiar en que, a medida que el derecho cultural se desarrolle, se establezca una serie de criterios que permitan evaluar la magnitud del componente cultural, presente en cada derecho humano, y, en definitiva, determinar si el derecho en cuestión debe ser considerado cultural o no.

Por el momento, habremos de contentarnos, sin embargo, con analizar tres de los derechos cuya naturaleza cultural no despierta discusiones, esto es, los derechos culturales en sentido estricto. A ellos abocaremos nuestro estudio en las páginas que siguen.

## CAPÍTULO II: TRES DERECHOS CULTURALES POCO EXPLORADOS.

### 1.- DERECHO A LA CIENCIA.

La presencia constante —se diría indefectible— del derecho a la ciencia en los distintos catálogos de derechos culturales, puede causar cierta sorpresa, algo de perplejidad. Para quien no se haya adentrado en estas materias, bien puede dar la impresión de ser un elemento extraño en estos listados, no del todo emparentado con los restantes derechos de esta categoría.

Buena parte de esta perplejidad, a nuestro parecer, no es sino la consecuencia de un entendimiento estrecho —desafortunadamente generalizado— del concepto de cultura, que asocia y limita esta última a la esfera artística y patrimonial de nuestras sociedades. Sin embargo, y como ya lo hemos estudiado, desde que fuere abordada por la comunidad internacional, la noción de cultura siempre abarcó y buscó proteger tanto a las obras artísticas como *intelectuales* de la humanidad, de manera no era insólito, sino del todo coherente que ella fuese protegida por los derechos culturales, en la medida en que es sin duda una de las cumbres de la labor intelectual del hombre.

Así y todo, otros argumentos<sup>54</sup> han sido aportados por la comunidad académica para justificar la inclusión del presente derecho en la principal disposición relativa a esta categoría. De acuerdo al más convincente de ellos, artes y ciencia no serían sino productos de la creatividad humana, y el propósito fundamental del artículo 15 del PIDESC no sería otro que garantizar el derecho de todos a beneficiarse de dicha creatividad, cualquiera sea la forma en que ella se presente, ya sea se materialice en obras científicas, literarias o artísticas<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> De acuerdo a la Relatora Especial, el derecho a la ciencia se encontraría emparentado con los derechos culturales, por cuanto uno y otros se relacionan “*con la búsqueda del conocimiento y la comprensión y con la creatividad humana en un mundo en constante cambio*”. Asimismo, uno y otros se encontrarían vinculados por cuanto requieren, para su perpetuación, que sus actores puedan ejercer libremente el pensamiento crítico, tanto respecto de sí mismos como del mundo que los rodea. Por último, uno y otros se encontrarían relacionados con la capacidad de “aspirar” de las personas, esto es, con la capacidad de concebir un futuro mejor. Véase: ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafos 17, 18 y 20.

<sup>55</sup> SHAHEED, Farida (2015). “The human right to science: new directions for human rights in science”, p. 2.

Pese a que estas consideraciones nos puedan parecer del todo razonables, lo cierto es que no han obtenido más que un éxito escaso. El derecho a la ciencia continúa siendo uno de los derechos culturales menos estudiados, lo cual no deja de ser elocuente, pues, como se sabe, por largo tiempo, los derechos culturales fueron a su vez la categoría más desatendida de los así llamados ‘derechos de segunda generación’<sup>56</sup>. El abandono en que se encuentra sumido no es por ende desdeñable. A la fecha, es uno de los pocos derechos culturales que no ha sido objeto de un Comentario General de parte del CODESC, de modo que aún no se dispone de una interpretación oficial de su contenido normativo<sup>57</sup>. Sin embargo, ello no quiere decir que debamos partir de cero. El informe presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por quien fuere la Relatora Especial en la Esfera de los Derechos Culturales, y destinado por entero al esclarecimiento de este derecho, bien puede haber sentado las bases de toda su interpretación futura. En él habremos de apoyarnos, principalmente, a efectos de analizar su contenido y alcance, en las páginas que siguen.

Previamente, sin embargo, acaso sea necesario señalar los motivos por los cuales resulta pertinente referirse a este derecho con una denominación genérica, de amplio alcance, como lo es hablar de un ‘derecho a la ciencia’. A primera vista, ello puede no ser del todo evidente, por cuanto la letra b) del artículo 15 del PIDESC pareciera tener un contenido más bien acotado, limitado a garantizar que todos puedan beneficiarse de los frutos del progreso científico, quedando en apariencia excluido de su ámbito de protección el que todos puedan acceder y eventualmente contribuir a los conocimientos que posibilitan tal progreso.

En opinión de la doctrina, sin embargo, bastará con que se interprete la letra en cuestión en relación con los puntos restantes del mismo artículo, para que el contenido de este derecho se vea considerablemente ampliado y pase a incluir una pluralidad de materias, que en definitiva permitiría hablar de un auténtico ‘derecho a la ciencia’; tales como el fomento de la divulgación científica, la indispensable libertad con que se debe contar en las labores de investigación, la participación en la creación de conocimientos y en las políticas relativas a estas materias, etcétera<sup>58</sup>. Se ha planteado, adicionalmente, que esta interpretación se concediría de mejor manera con el contenido atribuido al artículo 27 de la DUDH, el cual,

---

<sup>56</sup> MANCISIDOR, Mikel (2017). “El derecho humano a la ciencia: un viejo derecho con un gran futuro”. EN: “Anuario de Derecho Humanos”, Núm. 13, p. 212.

<sup>57</sup> Es preciso señalar, sin embargo, que el referido Comentario General se encuentra en actual preparación y, según se ha señalado, seguramente será publicado a finales del presente año.

<sup>58</sup> MANCISIDOR, Mikel (2017). “El derecho humano a la ciencia: un viejo derecho con un gran futuro”. EN: “Anuario de Derecho Humanos”, Nº 13, p. 216.

como se sabe, es el principal antecedente del artículo en comento. En efecto, la lectura de sus trabajos preparatorios demuestra que, ya por entonces, el alcance del así llamado ‘derecho a la ciencia’ suscitaba este mismo debate<sup>59</sup> y que, finalmente, prevaleció la postura según la cual no bastaba con garantizar la dimensión pasiva de este derecho, vale decir, asegurar que todos fuésemos beneficiados por los avances científicos y tecnológicos, sino que, además, se debía proteger la dimensión activa del mismo, a saber, que todos fuésemos actores de dicho progreso, estimándose que ello no sería posible si no se incluía, bajo este último concepto, la pluralidad de materias recientemente enumerada. Esta interpretación permitiría, en consecuencia, armonizar los distintos enunciados del artículo 15 (1) (b) del PIDESC y el artículo 27 de la DUDH.

### **1.1.- Alcance.**

Todo estudio normativo de un derecho debiese comenzar por determinar el alcance con que deben ser empleados sus términos principales, a fin de propiciar que la comunicación con el lector sea lo más inequívoca posible. En lo que respecta al derecho que nos convoca, ello significará dilucidar la interpretación que deberemos dar a las nociones de ‘ciencia’, ‘progreso científico’ y los ‘beneficios’ que resulten de él. En orden a cumplir este cometido, huelga señalar que el PIDESC, con su habitual estilo lacónico, no otorga mayores directrices a este respecto, de manera que habremos de remitirnos a la literatura especializada a fin de hallar una respuesta.

De los términos recién citados, es sin duda el primero aquél que presenta una mayor dificultad en su conceptualización, por cuanto admite una pluralidad de aproximaciones<sup>60</sup> y suscita una igual variedad de discusiones. En razón de su complejidad, algunos de los esfuerzos que se han realizado en orden a definirlo, pueden ser fácilmente catalogados de

---

<sup>59</sup> MANCISIDOR, Mikel (2015). “Is There Such a Thing as a Human Right to Science in International Law?”, p. 2.

<sup>60</sup> A este respecto, baste señalar que, en opinión de Robert Merton, el concepto de ciencia puede aludir tanto: “(1) a set of characteristic methods by which knowledge is certified; (2) a stock of accumulated knowledge stemming from the applications of these methods; (3) a set of cultural values and mores governing the activities termed scientific; or (4) any combination of these”. Traducción: “(1) un conjunto de métodos característicos mediante los cuales se certifica el conocimiento; (2) un acervo de conocimiento acumulado que surge de la aplicación de estos métodos; (3) un conjunto de valores y normas culturales que gobiernan las actividades científicas; o bien (4) cualquier combinación de los elementos anteriores”. Véase: MERTON, Robert (1973). “The sociology of science: theoretical and empirical investigations”, p. 268.

excesivamente puntillosos o aparatosos<sup>61</sup>, lo cual claramente dificulta una comprensión general del mismo. Al contrario de dichas tentativas, la definición propuesta por la Relatora Especial destaca por su deliberada sencillez y por ser, ante todo, una eficaz herramienta de orientación práctica. Conforme a ella, la noción de ‘ciencia’ abarcaría la suma de conocimientos, susceptibles de ser verificables y refutables, resultantes de todos los campos de investigación, incluidas las ciencias exactas y sociales, y que incluye todas las fases de la investigación misma<sup>62</sup>.

La noción de ‘progreso científico’, por su parte, haría clara alusión al carácter acumulativo de esta clase de conocimientos, observable en el hecho que las sucesivas generaciones de investigadores se apoyen en los conocimientos sistematizados por las generaciones precedentes, para a su vez aumentar la masa de los mismos, a través de nuevos descubrimientos<sup>63</sup>. Ahora bien, y como es de todos conocido, los avances científicos y tecnológicos pueden ser empleados tanto al servicio de la humanidad como en su perjuicio. De ahí que numerosos documentos internacionales y especialistas en la materia se hayan referido a la importancia de prevenir que éstos sean utilizados en menoscabo de los derechos humanos y la necesidad de que seamos resguardados de los efectos adversos que se puedan derivar de un mal uso de aquéllos<sup>64</sup>. El ‘progreso científico’ se encontraría aquí con una limitación de importancia, en cuanto sólo se considerará como tal en la medida que no pugne con el bienestar general de las personas<sup>65</sup>.

Por último, en lo que respecta a la noción de ‘beneficios’, la doctrina ha planteado que éstos no se circunscriben únicamente a las mejoras de orden material que la tecnología pueda aportar a la cotidianidad de las personas. Según se ha señalado, los ‘beneficios’ aquí aludidos

---

<sup>61</sup> UNESCO (2017). “Recomendación sobre la Ciencia y los Investigadores Científicos”, en la cual se propone la siguiente definición de ‘ciencia’: “proceso en virtud del cual la humanidad, actuando individualmente o en pequeños o grandes grupos, hace un esfuerzo organizado, mediante el estudio objetivo de los fenómenos observados y su validación a través del intercambio de conclusiones y datos y el examen entre pares, para descubrir y dominar la cadena de causalidades, relaciones o interacciones; reúne subsistemas de conocimiento de forma coordinada por medio de la reflexión sistemática y la conceptualización; y con ello se da a sí misma la posibilidad de utilizar, para su propio progreso, la comprensión de los procesos y de los fenómenos que ocurren en la naturaleza y en la sociedad”, p. 148.

<sup>62</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 24.

<sup>63</sup> CHAPMAN, Audrey (2009). “Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress”. EN: “Journal of Human Rights”, pp. 6-7.

<sup>64</sup> ONU, Asamblea General (1975). “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad”, véase el artículo 2; “Declaración de Venecia” (2009), véase el punto 13, letra c); CHAPMAN, Audrey (2009). “Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress”, p. 17; ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 24.

<sup>65</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 24.

habrán de ser interpretados en un sentido amplio, comprensivo de las múltiples consecuencias positivas de orden no-material que se pueden derivar del hecho de acceder a una formación científica. De entre ellas, cabría mencionar, a modo meramente ejemplar, por cuanto son virtualmente innumerables, la adquisición de una mayor conciencia en el trato con nuestro entorno natural y la infinidad de especies que coexisten en él; la caída en descrédito de opiniones infundadas —otrora generalizadas— como los prejuicios raciales; la promoción del pensamiento lógico, analítico en todo orden de asuntos y frente a todo tipo de dilemas; el ascenso de una ciudadanía empoderada y crítica para con las políticas públicas que demuestren ser ineficaces conforme a parámetros objetivos, etcétera<sup>66</sup>. En concordancia con esta lectura amplia de la noción de ‘beneficios’, la Relatora Especial ha señalado que éstos suponen no sólo el acceso a los resultados y conclusiones científicos, sino también a la metodología, las instalaciones y los instrumentos que resulten necesarios para llegar a ellos<sup>67</sup>.

## **1.2.- Contenido normativo.**

Conforme a la Relatora Especial, el presente derecho se puede descomponer en los siguientes elementos fundamentales: “a) *el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia; b) oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica; c) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones; y d) un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología*”<sup>68</sup>. Dado su carácter pluridimensional, desde ya se podrá apreciar que el derecho en comento es susceptible de ser encasillado tanto en la categoría de derechos culturales que tiene por objeto resguardar la libertad creadora como en aquélla orientada a proteger y fomentar el acceso y la participación. Lo mismo se podría decir de otros derechos culturales cuyo contenido es igual de plural<sup>69</sup>.

### **1.2.1.- El acceso de todos a los beneficios de la ciencia.**

---

<sup>66</sup> AAAS [American Association for the Advancement of Science] (2010). “Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: american scientists’ perspectives”, pp. 3-4.

<sup>67</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 24.

<sup>68</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 25.

<sup>69</sup> Véase, a este respecto, el contenido normativo del derecho a participar en la vida cultural, a partir de la interpretación realizada por el Comité.

Conforme ya se ha adelantado, la Relatora Especial sostiene que el derecho en comento obliga a brindar acceso a la ciencia en su conjunto, esto es, tanto a los conocimientos científicos y sus aplicaciones, como a la metodología, las instalaciones y los implementos que resulten necesarios para llegar a ellos<sup>70</sup>. Sin embargo, como bien ha señalado la doctrina, ello no quiere decir que todos los elementos recién citados han de tener la misma importancia para los distintos titulares de este derecho<sup>71</sup>. En efecto, para el ciudadano promedio, lo fundamental será recibir una formación científica general, que habrá de serle proveída principalmente por las instituciones formales de educación<sup>72</sup>, así como acceder a aquellas aplicaciones tecnológicas que le signifiquen una mejora en sus condiciones de vida. En línea con dichos intereses, la Relatora Especial ha señalado que el acceso a la ciencia supone el derecho a contar con una educación científica<sup>73</sup> y que las innovaciones consideradas esenciales para poder llevar una vida digna deberán encontrarse al alcance de todos<sup>74</sup>. Para la comunidad de investigadores, en cambio, lo central será contar con aquellas condiciones e implementos que le permitan realizar su labor, siendo indispensable que disponga de literatura actualizada, fuentes de datos exhaustivas y fiables, además de las instalaciones, las muestras y el equipamiento que sean necesarios<sup>75</sup>. Ahora bien, y como resulta evidente, tanto para la comunidad científica como para el público general, el acceso a los beneficios de la ciencia sólo será real y efectivo en la medida que se encuentren físicamente disponibles y sean económicamente asequibles<sup>76</sup>. Entre otras medidas, ello significará que se adopten políticas orientadas a fomentar la investigación<sup>77</sup> y la libre circulación de sus resultados, así como políticas tendientes a desvincular el costo de las patentes del precio de los productos<sup>78</sup>, privilegiando, en definitiva, el interés de las mayorías por sobre los intereses corporativos que puedan estar involucrados.

En lo que se refiere a la titularidad de este derecho, tal como se desprende de su tenor literal, el acceso a la ciencia y sus beneficios es un derecho universal, no siendo lícito que se efectúe

---

<sup>70</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 26.

<sup>71</sup> AAAS (2010). "Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: american scientists' perspectives", p. 5-6.

<sup>72</sup> Sin perjuicio que también se deba promover la existencia de instancias informales de divulgación del conocimiento científico. Véase: ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 27.

<sup>73</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 27.

<sup>74</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 29.

<sup>75</sup> AAAS (2010). "Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: american scientists' perspectives", p. 8.

<sup>76</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 30.

<sup>77</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 28.

<sup>78</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 34.

discriminación alguna sobre este particular, ya sea por motivos de sexo, raza, religión, posición económica o de cualquier otra índole<sup>79</sup>. A efectos de garantizar que ello se cumpla, se deberá no sólo eliminar las barreras legales y materiales que puedan existir, sino que además se deberán adoptar medidas positivas en favor de aquellas poblaciones que hubieren sido marginadas de tal acceso<sup>80</sup>. En términos generales, ello significará alentar la implementación y desarrollo de medidas e investigaciones de alto impacto social, al igual que la existencia de mecanismos participativos para determinar las necesidades prioritarias de ellas<sup>81</sup>. En términos más concretos, ello se podrá traducir, por ejemplo, en la necesidad de rectificar las disparidades de género que puedan existir, en relación a la ciencia y la tecnología, en el ámbito académico y profesional<sup>82</sup>, garantizando así la participación equitativa de las mujeres en dichos espacios.

### **1.2.2.- La indispensable libertad para la investigación científica.**

Aquello que primero salta a la vista al estudiar el contenido del presente derecho, es que éste no se limita a resguardar que exista libertad en el área de la investigación. Como en seguida se verá, sucintamente, su ámbito de protección abarcaría también una serie de derechos que se podrían considerar conexos en la medida que contribuyen ya sea a robustecer la labor investigativa, ya sea a diseminar los resultados de la misma. Procedamos, sin más, a revisarlos.

Conforme a lo indicado por la Relatora Especial, el derecho a la libertad de investigación supone que ella pueda desarrollarse sin que existan injerencias de orden ideológico, religioso o de otro tipo<sup>83</sup>. En este sentido, el derecho en comento se encuentra íntimamente relacionado con la libertad de pensamiento y la libertad de buscar informaciones e ideas de toda índole. Cualquier limitación a estas últimas deberá considerarse, en consecuencia, como una violación al mismo<sup>84</sup>. Ahora bien, y como ya lo hemos adelantado, el presente derecho abarcaría además una serie de derechos conexos. El primero de ellos no es sino la contracara

---

<sup>79</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 26.

<sup>80</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 31.

<sup>81</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 31.

<sup>82</sup> CHAPMAN, Audrey (2009). "Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress". EN: "Journal of Human Rights", p. 13.

<sup>83</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 39.

<sup>84</sup> CHAPMAN, Audrey (2009). "Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress". EN: "Journal of Human Rights", p. 16-17.

del derecho a acceder a información científica. Nos referimos, por supuesto, a la libertad de comunicar y publicar los resultados de las distintas investigaciones, sin censura de por medio y sin consideraciones de fronteras<sup>85</sup>. En el ámbito académico, este derecho será indisociable de la libertad de cátedra y las actividades de extensión de las instituciones de educación superior. En el sector de la industria privada, este derecho deberá abogar por que el financiamiento corporativo de determinadas investigaciones no obstaculice su divulgación cuando ella sea contraria a sus intereses, como puede suceder en aquellos casos en que se demuestre la ineficacia o peligrosidad de un producto. Por su parte, el segundo de los derechos conexos, a saber, el derecho de los científicos a formar asociaciones profesionales<sup>86</sup>, presentaría la particularidad de poseer, en nuestra consideración, un carácter mixto, en cuanto permitiría, por un lado, una mayor presteza en la comunicación de los conocimientos descubiertos y contribuiría, por otro, a un robustecimiento de la comunidad científica que de otro modo permanecería disgregada. Por último, el derecho de los investigadores a colaborar entre ellos, a nivel nacional e internacional<sup>87</sup>, y el derecho de todos a participar en la actividad científica<sup>88</sup> no serían sino derechos conexos orientados a acrecentar la producción intelectual y, por ende, el número de investigaciones en estos dominios.

Dicho lo anterior, es de suma importancia finalizar este apartado remarcando que la libertad investigativa es indispensable, mas no ilimitada. A la libertad de investigación deberá aparejarse la responsabilidad de los investigadores, lo cual supone el seguimiento de parámetros éticos<sup>89</sup> durante su conducción, al igual que la realización de evaluaciones de impacto<sup>90</sup>. Algunas áreas de investigación, habida consideración de su carácter potencialmente lesivo para la humanidad, ameritan ser reguladas de modo especialmente puntilloso. Entre ellas, cabría mencionar, a modo meramente ejemplar, las investigaciones relativas a células madre, energía nuclear, organismos genéticamente modificados, nanotecnología, cambio climático, etcétera<sup>91</sup>.

---

<sup>85</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 40.

<sup>86</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 40.

<sup>87</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 40.

<sup>88</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 42.

<sup>89</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 39.

<sup>90</sup> La "Declaración de Venecia" (2009), párrafo 13, letra c).

<sup>91</sup> La "Declaración de Venecia" (2009), párrafo 13, letra c).

### **1.2.3.- Participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones.**

Según ya lo hemos estudiado, el derecho a la ciencia no sólo protege el derecho a beneficiarse, de manera pasiva, de los avances científicos y tecnológicos, sino también el derecho a participar, de manera activa, del ámbito científico en general. Ahora bien, la dimensión activa del derecho a la ciencia no sólo significa brindar oportunidades para que todos puedan convertirse, idealmente, en agentes de difusión y creación de conocimiento científico, sino también fomentar que la sociedad en su conjunto cobre un rol activo en el diseño de las políticas públicas relativas a esta materia.

Íntimamente ligado con el derecho humano a la libre determinación de los pueblos, el presente derecho abogaría por que las políticas científicas no sean elaboradas, únicamente, por paneles de expertos, líderes políticos y altos funcionarios públicos<sup>92</sup>, como a menudo suele suceder. En dichas instancias, es vital que se encuentren debidamente representados —o que al menos sean oídos— los distintos estratos de la sociedad, a fin de dar una respuesta que resulte más adecuada a los diversos intereses en juego. En efecto, según se ha aducido, una participación transversal en esta clase de deliberaciones permitiría, por una parte, acrecentar la posibilidad que se establezcan áreas prioritarias de investigación con objeto de dar remedio a las necesidades más urgentes de las mayorías<sup>93</sup> y permitiría, por otra, reducir la posibilidad de que las poblaciones marginadas, como lo pueden ser las comunidades indígenas, se vean lesionadas por los efectos adversos que puedan resultar de la prosecución de investigaciones científicas o la utilización de aplicaciones tecnológicas, en campos de tanta importancia como la seguridad alimentaria, la salud o el medio ambiente<sup>94</sup>.

### **1.2.4.- Entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia.**

Para finalizar con el estudio del contenido normativo de este derecho, pasaremos a revisar qué significa contar con un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia, de acuerdo a la interpretación realizada por la doctrina.

Según se ha planteado, la exigencia de ‘conservación’ implicará contar con medidas de mantenimiento, almacenamiento y sustitución de todas aquellas condiciones materiales que

---

<sup>92</sup> CHAPMAN, Audrey (2009). “Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress”. EN: “Journal of Human Rights”, p. 15.

<sup>93</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 43.

<sup>94</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 43.

hacen posible la empresa científica, a saber, instalaciones y equipamiento, fuentes de datos y muestras, literatura especializada y aplicaciones tecnológicas. Asimismo, supondrá la renovación regular de la población capacitada para entender y manipular los materiales conservados<sup>95</sup>, en vista de que éstos resultarán indescifrables para el grueso de la ciudadanía.

Por su parte, la exigencia de ‘desarrollo’ demandará, en primer lugar, que existan fondos de financiamiento constantes y adecuados para el área de la investigación<sup>96</sup>. Ello implicará, a menudo, no sólo destinar un porcentaje del erario público a tal efecto, sino además promover mecanismos de financiamiento mixto que involucren a empresas privadas y otros actores<sup>97</sup>. La forma de distribución de tales fondos es igualmente relevante, debiendo realizarse con base a criterios establecidos por sus propios pares, sin que exista influencia política de por medio, y velando por que sean adjudicados del modo más equitativo posible entre la investigación teórica y la investigación aplicada, no obstante que esta última pueda ser más atractiva desde el punto de vista comercial<sup>98</sup>. En segundo lugar, la exigencia de ‘desarrollo’ requerirá brindar acceso a una formación científica especializada que permita no sólo estar al tanto del estado de discusión de cada disciplina, sino que además contribuir a su avance. Por último, esta exigencia supondrá que la ciencia pueda cultivarse libremente, esto es, sin que se vea entrabada por injerencias de orden ideológico, religioso o de otro tipo. Un entorno favorable al desarrollo de la ciencia, en este sentido, deberá prohibir terminantemente cualquier forma de censura, y fomentar el libre intercambio de ideas y personas<sup>99</sup>.

Finalmente, la exigencia de ‘difusión’ supondrá hacer llegar el conocimiento científico y sus aplicaciones al entero cuerpo social<sup>100</sup>. La importancia de esta exigencia no puede ser minimizada, pues permitirá introducir a las poblaciones relegadas nada más y nada menos que en la modernidad, mejorando sus estándares de vida al mismo tiempo que educándolas. Según se ha señalado, además, la libre difusión de las investigaciones científicas es el mejor medio de garantizar la exactitud y objetividad de sus conclusiones<sup>101</sup>, en la medida en que

---

<sup>95</sup> AAAS (2010). “Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: american scientists’ perspectives”, p. 5.

<sup>96</sup> AAAS (2010). “Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: american scientists’ perspectives”, p. 8.

<sup>97</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 47.

<sup>98</sup> AAAS (2010). “Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: american scientists’ perspectives”, p. 8.

<sup>99</sup> AAAS (2010). “Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: american scientists’ perspectives”, p. 5.

<sup>100</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 48.

<sup>101</sup> ONU (2012). A/HRC/20/26, párrafo 48.

posibilitará que sean revisadas y reproducidas por distintos investigadores. Según se ha aducido, por último, la difusión de la ciencia presenta un efecto benéfico adicional, por cuanto permitirá que la ciudadanía pueda participar de manera informada y pertinente en el diseño de las políticas científicas.

## **2.- DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA AUTORÍA.**

Una lectura apresurada del tenor literal del presente derecho nos podría llevar a interpretarlo como la consagración de los derechos de propiedad intelectual en la esfera de los derechos humanos. Ahora bien, y como se ha encargado de remarcar la literatura especializada, el primero y los segundos presentan diferencias importantes. En efecto, si los derechos de propiedad intelectual se han encargado, ante todo, de proteger intereses económicos, y han convertido a las obras científicas y culturales en bienes eminentemente privados, el presente derecho humano, en cambio, pretende resguardar el interés general, y busca transformarse en una herramienta que facilitará, y no entorpecerá, el acceso a aquéllas<sup>102</sup>; si los derechos de propiedad intelectual son susceptibles de transacción, enmienda y renuncia<sup>103</sup>, y a menudo protegen a titulares distintos del creador, como pueden ser las empresas discográficas, grandes editoriales y estudios cinematográficos, el presente derecho humano es, por el contrario, inalienable, irrenunciable, y solamente resguarda a su titular originario, esto es, el creador, contrarrestando así la tendencia paradójica del derecho de autor a no otorgar una debida protección a este último; si los derechos de propiedad intelectual se basan en el criterio de la originalidad para determinar si se debe proteger o no la obra en cuestión, el presente derecho obliga a realizar un examen más estricto, debiendo ponderarse su compatibilidad con los restantes derechos humanos<sup>104</sup>, los intereses de los consumidores, futuros creadores y el público en general.

En razón de éstas y otras diferencias, por largos años, la doctrina se preguntó si es que acaso existía entre el sistema de derechos humanos y los regímenes de propiedad intelectual un

---

<sup>102</sup> BESANICHE, Beatriz (2016). "Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales", p. 84.

<sup>103</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 2

<sup>104</sup> CHAPMAN, Audrey (2001). "La propiedad intelectual como derecho humano (obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo I del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". EN: "Boletín de derecho de autor", Vol. XXXV, Nº 3, Ediciones UNESCO, p. 15

desacuerdo estructural, cuya pugna sólo podía ser remediada introduciendo la primacía del primero por sobre los segundos, o bien si es que, aun existiendo tales diferencias, todavía era posible que ambos sistemas coexistieran<sup>105</sup>, encontrando un justo equilibrio entre la necesidad de estimular la creatividad mediante incentivos y la necesidad de asegurar un acceso transversal a las obras culturales. La solución a esta dicotomía podremos hallarla en el trabajo del especialista Peter K. Yu<sup>106</sup> y sus seguidores, quienes se han encargado de sistematizar cuáles atributos de la propiedad intelectual deben ser elevados a la categoría de derechos humanos y cuáles de ellos no, a partir de un estudio combinado de la literatura especializada y los trabajos preparatorios de la DUDH y el PIDESC.

Buena parte de sus conclusiones se recogerán en lo que sigue, a medida que profilemos el contenido del presente derecho, a través de una interpretación gramatical de sus términos principales. De seguro, una vez que finalicemos dicho análisis, se estará de acuerdo con nosotros en que no responde a un mero capricho la decisión de referirse a este derecho con una denominación distinta. Eludir un alcance de nombre entre el derecho a la protección de la autoría<sup>107</sup> y los derechos de autor o propiedad intelectual obedece a una necesidad sumamente justificada. Las enormes diferencias de contenido que se advertirán a continuación, podrán dar fe de ello.

## **2.1.- Contenido normativo.**

Tal como lo hemos realizado con el derecho cultural precedente, se procederá a efectuar en este apartado un análisis de los términos principales que componen el presente derecho. Gracias al mismo, se podrá apreciar el contenido principal de éste, al igual que sus limitaciones.

El primero de los términos sobre el cual merece la pena detenerse es el concepto de ‘autor’. Este último suscita una serie de cuestiones que revisten bastante significación, de manera

---

<sup>105</sup> BESANICHE, Beatriz (2016). “Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales”, p. 80.

<sup>106</sup> YU, Peter (2007). “Reconceptualizing intellectual property rights in a human rights framework”. EN: “U.C. Davis Law Review”, Volume 40, p. 1079 y ss.

<sup>107</sup> Así fue llamado por Farida Shaheed. Véase: ONU, Relatora Especial sobre los Derechos Culturales (2014). “Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura”, A/HRC/28/57, párrafo 29. De igual manera ha sido llamado como ‘el derecho a la protección de los intereses morales y materiales de la creación intelectual’. Véase: YU, Peter (2007). “Ten common questions about intellectual property and human rights”. EN: “Georgia State University Law Review”, Vol. 23, p. 711.

que habremos de referirnos a ellas, siquiera sucintamente. De acuerdo a lo indicado por el Comité, el concepto de autor hace alusión, lisa y llanamente, al creador de las producciones científicas, literarias o artísticas, siendo del caso señalar que puede tratarse tanto de un individuo como de un grupo o comunidad<sup>108</sup>. De esta somera definición, se pueden extraer conclusiones de importancia.

Primeramente, es preciso señalar que la utilización de la palabra ‘creador’ no es para nada intrascendente, como se podría pensar, pues significa excluir de su ámbito de protección a todos aquellos titulares derivados de derechos que, pese a no ser los verdaderos autores de la obra, ocupan un lugar preeminente en los regímenes de propiedad intelectual, como lo pueden ser los grandes sellos musicales, empresas editoriales y productoras cinematográficas. A nuestro parecer, lo anterior no puede ser más laudable, pues implica establecer un correctivo a lo que podríamos calificar como una de las mayores deformaciones de los sistemas de propiedad intelectual vigentes, a saber, proteger en tal medida los intereses de los titulares derivados que se termina por desoír a los verdaderos creadores, produciéndose de esta forma la paradoja de un “derecho de autor sin autor” o un derecho de autor en contra de éste<sup>109</sup>. Así pues, los derechos que resulten de la firma de contratos, trabajos por encargo o invenciones de empleados no tendrán el rango de derechos humanos, desde esta perspectiva<sup>110</sup>. Pero, además, en opinión de la doctrina, la protección exclusiva de los derechos del creador no sólo significa excluir de esta categoría a los derechos transferidos, sino también —y he aquí lo importante— a los derechos transmitidos, en otras palabras, las pretensiones de los herederos<sup>111</sup>. Si bien esta conclusión puede parecer algo más drástica, lo cierto es que ella resulta coherente con una interpretación sistémica de los derechos culturales, es decir, una que obligue entre otras cosas a conciliar el derecho en comento con el derecho de acceso a la ciencia y la cultura, y que en definitiva exija que las obras del intelecto ingresen al patrimonio común con la mayor prontitud posible.

En segundo lugar, y en claro contraste con las leyes de propiedad intelectual que sólo reconocen un propietario exclusivo, el presente derecho dispone que la autoría de una obra

---

<sup>108</sup> E/C.12/GC/17, párrafos 7 y 8.

<sup>109</sup> ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2005). “Derecho de Autor y Cultura”. Disponible en: [“https://www.derechosdigitales.org/131/derecho-de-autor-y-cultura/”](https://www.derechosdigitales.org/131/derecho-de-autor-y-cultura/).

<sup>110</sup> BESANICHE, Beatriz (2016). “Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales”, p. 91.

<sup>111</sup> BESANICHE, Beatriz (2016). “Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales”, p. 94.

puede ser colectiva<sup>112</sup>. Lo anterior reviste particular relevancia para los intereses de los pueblos indígenas, por cuanto, como es bien sabido, sus tradiciones y saberes suelen tener una autoría difusa, prácticamente irrastreable, y por tal razón raramente han logrado ser protegidos por los sistemas de propiedad intelectual. Desde la perspectiva de los derechos humanos, en cambio, los Estados Parte se encuentran obligados a proteger la autoría de estas comunidades, aun cuando ello signifique adoptar medidas especiales<sup>113</sup> tales como flexibilizar su normativa autoral, de manera de ajustarse a los requerimientos diferenciados de tales obras.

Por último, es del caso señalar que no sólo se deben estimar comprendidos a científicos, artistas y escritores bajo el concepto de ‘autor’, sino que también se debe incluir a los inventores<sup>114</sup>. En este aspecto, el derecho en comento demuestra una clara influencia de los sistemas de propiedad intelectual, los cuales tradicionalmente han resguardado tanto a las obras artísticas y literarias como a las invenciones. Por lo demás, desde una perspectiva de los derechos culturales, esto resulta plenamente coherente, por cuanto ellos comprenden a la ciencia y la tecnología, y en consecuencia también a quienes conciban nuevas soluciones frente a problemas prácticos.

El segundo término o fórmula sobre el cual habremos de detenernos es el de ‘producción científica, literaria o artística’. Según declara el Comité, las obras que han de ser protegidas a través del presente derecho son todas aquellas “*creaciones de la mente humana*”<sup>115</sup>, expresión directamente extraída de los sistemas de propiedad intelectual. Ahora bien, si bien esta fórmula es tributaria de dicha disciplina, ello no significa que deba tener un idéntico alcance en uno y otro ámbito, pues, de hecho, no lo tiene. En efecto, el presente derecho humano no abrigará bajo su protección los secretos comerciales e industriales, ni tampoco resguardará las marcas y lemas corporativos<sup>116</sup>, desmarcándose en este aspecto de aquélla. Como ha sido indicado por el Comité, ello obedece a que el derecho en comento no protege los derechos asignados a las personas jurídicas o entidades de negocios, en los regímenes de propiedad intelectual<sup>117</sup>, por consideración a meros intereses económicos. En cambio, las producciones que definitivamente han de ser resguardadas por la fórmula en comento, tal

---

<sup>112</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 7.

<sup>113</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 32 y 33.

<sup>114</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 7.

<sup>115</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 9.

<sup>116</sup> BESANICHE, Beatriz (2016). “Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales”, p. 94.

<sup>117</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 7.

como ella misma se encarga de declarar, son, por una parte, ‘las producciones artísticas y literarias’, entre las cuales se debe incluir a la totalidad de manifestaciones del arte, como lo pueden ser novelas, pinturas, esculturas, obras teatrales, cinematográficas, etcétera, y por otra parte, ‘las producciones científicas’, entre las cuales se debe incluir las publicaciones e innovaciones de este carácter, del mismo modo que —y esto es más significativo— los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas<sup>118</sup>.

El tercero de los términos sobre el cual debemos detenernos es el de ‘intereses morales’, expresión que ha de ser entendida como una paráfrasis de los derechos morales del autor, máxime si consideramos que uno y otro concepto se encuentran orientados a resguardar el vínculo personal entre el autor y su obra, a la vez que su autenticidad<sup>119</sup>. Con todo, uno y otro sistema nuevamente presentan algunas diferencias. Así, si en los regímenes de propiedad intelectual es usual que se establezca un listado relativamente amplio de estos derechos, entre los cuales se podrá encontrar, por ejemplo, a los derechos de divulgación, paternidad artística, integridad de la obra, modificación y retirada; el presente derecho humano solamente protege a dos de los derechos comúnmente incluidos en esta categoría, los cuales pueden ser interpretados como su núcleo esencial, el contenido mínimo que los Estados Parte han de cumplir en este orden de asuntos<sup>120</sup>, a saber, el derecho de paternidad artística y el derecho a la integridad de la obra. Mientras que el primero consiste en el derecho del autor a ser reconocido como el creador de su obra, el segundo tiene por objeto impedir cualquier deformación, mutilación o modificación de la misma, que suponga un perjuicio al honor o reputación de su autor<sup>121</sup>. Respecto de este último, es de interés puntualizar un par de cuestiones.

En primer lugar, y como bien lo ha indicado la Relatora Especial, el derecho a la integridad de la obra ha de ser interpretado teniendo en cuenta el derecho de terceros a plasmar su propia creatividad, efectuando nuevas lecturas y trastocando la herencia cultural<sup>122</sup>. El ejercicio de la parodia, en este sentido, no debe considerarse opuesto al derecho a la integridad. Antes bien, debe ser reivindicado y protegido en cuanto expresión de la creatividad humana, a condición de que no asocie a la obra parodiada un mensaje

---

<sup>118</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 9.

<sup>119</sup> YU, Peter (2007). “Reconceptualizing intellectual property rights in a human rights framework”. EN: “U.C. Davis Law Review”, Volume 40, p. 1081.

<sup>120</sup> YU, Peter (2007). “Reconceptualizing intellectual property rights in a human rights framework”. EN: “U.C. Davis Law Review”, Volume 40, p. 1083.

<sup>121</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 13.

<sup>122</sup> A/HRC/28/57, párrafo 36.

discriminatorio<sup>123</sup>. En segundo y último lugar, el derecho a la integridad implicaría un deber de preservación de las obras, aun después que ellas sean cedidas o vendidas, por cuanto, como es bien sabido, los derechos morales son perpetuos. En este sentido, cualquier atentado o destrucción deliberada de aquéllas, durante la vida del autor o tras su muerte, debe considerarse una clara vulneración a este derecho<sup>124</sup>.

El último término o formula que debemos analizar es el de ‘intereses materiales’; concepto que nos brindará una nueva oportunidad para demostrar cuán diferente es el derecho autoral cuando se lo aborda desde la óptica de los derechos humanos. En contraste con los derechos monopólicos e irrestrictos de explotación de las obras, que a menudo suelen conceder los regímenes de propiedad intelectual, y de los cuales, dicho sea de paso, los titulares derivados —y no los creadores— se llevan la mayor parte de sus regalías, el estudio de los trabajos preparatorios de la DUDH y el PIDESC lleva a concluir que el interés material que aquí se protege es harto más acotado, por cuanto se limita a velar que los creadores obtengan una justa remuneración, esto es, una que les permita acceder a un nivel de vida adecuado<sup>125</sup>.

Por cierto, el derecho a la protección de la autoría, así entendido, no allanará el camino para que artistas y creadores se transformen, de la noche a la mañana, en gente acaudalada, pero al menos sí se encargará de que reciban una recompensa apropiada por el fruto de su trabajo. En un contexto en que la desigualdad del poder de negociación es tal que los agentes de la industria cultural a menudo acaparan los derechos de explotación, lo anterior no es menor, sobre todo si se consideran los diversos mecanismos alternativos que se han sugerido para garantizar que ello se cumpla. Así, por ejemplo, conforme a la opinión del Comité, este objetivo podría ser alcanzado por medio de la concesión al propio autor de derechos exclusivos de explotación durante un período limitado, como también a través de premios o pagos únicos<sup>126</sup>. Por su parte, la Relatora Especial se ha detenido en lo conveniente que sería, para estos propósitos, que ciertas medidas legislativas se extendieran e impusieran<sup>127</sup>, tales

---

<sup>123</sup> A/HRC/28/57, párrafo 37.

<sup>124</sup> A/HRC/28/57, párrafo 36.

<sup>125</sup> YU, Peter (2007). “Reconceptualizing intellectual property rights in a human rights framework”. EN: “U.C. Davis Law Review”, Volume 40, p. 1088.

<sup>126</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 16.

<sup>127</sup> A/HRC/28/57, párrafos 44, 45 y 46.

como el establecimiento del derecho de reversión<sup>128</sup>, el *droit de suite*<sup>129</sup>, y la expansión de las licencias legales<sup>130</sup>.

Como se puede apreciar, un amplio margen de libertad se ha concedido en lo relativo al sistema que se ha de escoger para resguardar los intereses materiales de los creadores. Con todo, no puede dejar de advertirse la clara inclinación del Comité por aquellos sistemas que atenúan la protección maximalista que hoy en día impera en los regímenes de propiedad intelectual<sup>131</sup>. Desde una perspectiva sistémica de los derechos culturales, lo anterior no puede ser más coherente, por cuanto es justo señalar que el principal atributo de los regímenes actuales, como lo es el otorgamiento prolongado de derechos exclusivos de explotación durante plazos que a menudo se extienden más allá de la muerte del autor, se ha convertido en un verdadero obstáculo al derecho de acceso a la ciencia y la cultura. No es sorprendente, pues, que el Comité sugiera regímenes alternativos. Es de esperar, incluso, que éstos se vayan imponiendo, a medida que los derechos culturales alcancen mayor notoriedad.

### **3.- DERECHO A LA LIBERTAD ARTÍSTICA.**

De un tiempo a esta parte, el campo de los derechos culturales pasa por un período innegablemente favorable, marcado por el fuerte incremento de los trabajos abocados a su desentrañamiento. Pese a ser relativamente reciente, el auge de estos derechos ya se ha expresado en un estudio extenso y pormenorizado de varios de ellos. Sin embargo, al ser todavía una disciplina incipiente, el derecho cultural aún presenta ciertas lagunas, algunas áreas de estudio que han recibido poca o nula atención de parte del mundo académico. El así

---

<sup>128</sup> A grandes rasgos, este derecho puede ser descrito como aquél que permite a autores y creadores reclamar para sí los derechos transferidos, luego que haya transcurrido un cierto número de años, brindándoles así una segunda oportunidad para negociar sus derechos.

Huelga señalar que éste deberá establecerse, en las legislaciones internas, con carácter irrenunciable, para así impedir que los titulares derivados se libren de él mediante cláusulas-tipo.

<sup>129</sup> El presente derecho permite que autores y creadores participen de las ganancias obtenidas con ocasión de las ventas futuras de que sean objeto sus obras. Del mismo modo que el derecho precedente, éste debe establecerse con carácter irrenunciable.

<sup>130</sup> Por último, conforme a este mecanismo, una serie de usos de las obras protegidas se encontraría permitida sin que sea necesario un permiso previo de parte del titular, siempre y cuando se abone una suma determinada a ser repartida entre quien ostente los derechos y el creador de la obra. En vista de que, a menudo, la fórmula de tal reparto se encuentra establecida por ley, lo más probable es que ella sea más ventajosa que aquéllas negociadas por contrato.

<sup>131</sup> E/C.12/GC/17, párrafo 16.

llamado ‘derecho a la libertad artística’ se encuentra en tal situación. Como en todo orden de cosas, las causas detrás de este fenómeno son sin duda múltiples. Sin embargo, nos limitaremos a enunciar tan sólo dos de ellas en esta breve introducción.

Es legítimo asumir que una de las razones por las cuales este derecho aún no ha sido estudiado *in extenso*, no es sino la dispersión normativa con que se encuentra consagrado, circunstancia que habría dificultado enormemente su visibilidad en cuanto derecho humano. En efecto, de acuerdo a la opinión de la Relatora Especial, este derecho se encuentra reconocido, por una parte, en el párrafo 2 del artículo 19 del PIDCP, el cual establece la libertad de expresión artística; y, por otra parte, en el párrafo 3 del artículo 15 del PIDESC, en el cual se lee que los Estados Partes “*se comprometen a respetar la indispensable libertad para (...) la actividad creadora*”<sup>132</sup>. De igual manera, se ha afirmado, con base al trabajo interpretativo del Comité, que este derecho se encuentra implícitamente consagrado en el derecho a participar en la vida cultural<sup>133</sup>. Por último, y en un sentido más amplio, también podríamos señalar que el derecho a la libertad creadora se encuentra implícitamente establecido en el derecho a la ciencia, el cual, según vimos, comprende el derecho a la libertad de investigación científica.

Muy probablemente, la escasez de los trabajos relativos a este derecho puede explicarse también como una consecuencia del carácter sumamente inasible de la noción de ‘arte’, concepto elusivo como pocos. Sin ir más lejos, no es aventurado pensar que ella es la razón por la cual la Relatora Especial, en lugar de proceder a efectuar un estudio gramatical de los componentes de este derecho —lo que hubiere comportado, por supuesto, ensayar definirlos—, tal como lo hizo con los restantes derechos culturales, haya optado por abordarlo desde una perspectiva más amplia, una en que se detallan, simplemente, las distintas formas por medio de las cuales la ‘libertad artística’ suele ser vulnerada<sup>134</sup>.

Para ser justos, no es una elección que resulte sencillo reprochar. Ensayar definir qué es lo que diferencia a una verdadera obra de arte de las restantes expresiones creativas de menor valor, ha demostrado ser, a lo largo de la historia, una empresa nada de fácil. Siglos de crítica artística parecen indicar que, si bien los diversos cánones suelen presentar un núcleo común de obras y autores —por lo demás, bastante reducido—, basta con alejarse un poco de él, para que las diferencias de opinión se multipliquen y exacerbén; y vuelva a ser cierto aquel

---

<sup>132</sup> A/HRC/23/34, párrafo 9.

<sup>133</sup> E/C.12/GC/21, párr. 15 a).

<sup>134</sup> A/HRC/23/34, párrafos 4 y 5.

proverbio popular que lisa y llanamente señala que en asunto de gustos no hay nada escrito. La última palabra sobre esta materia acaso nunca sea dicha. Un crítico de arte bien podría sostener que sólo cabe aportar nociones de índole general sobre este particular, las cuales, aunque ilustrativas, difícilmente servirán para demarcar, en el caso a caso, cuáles obras han de ser consideradas arte y cuáles de ellas no.

Con todo, no hay razón para no pensar que la labor del jurista, en esta materia, difiere considerablemente de la labor del crítico<sup>135</sup>. Así, mientras que este último se encuentra obligado a refinar, hasta lo indecible, su capacidad de apreciación, a efectos de situar el trabajo en cuestión dentro de la constelación siempre creciente de obras artísticas, y a la vez calificar su importancia y valor, el cometido del jurista es sin duda más tosco, mas no por ello menos importante. Ajeno a las sutilezas y disquisiciones que caracterizan la labor de aquél, creemos que el jurista debiese resguardar la mayor diversidad de obras que le sea posible, teniendo en cuenta, claro está, algunas directrices básicas. Del mismo modo que el concepto de ‘cultura’ ha experimentado una expansión de su contenido y ya no salvaguarda, como en un principio, un reducido número de creaciones, pertenecientes a la así llamada ‘alta cultura’, sino que protege el amplio abanico de manifestaciones con que hoy se expresa el multiculturalismo de nuestras sociedades, el concepto de ‘arte’, a ser utilizado en el campo jurídico, debiese tener un contenido y alcance igual de comprensivo.

Un buen punto de partida, en este sentido, podría ser la definición entregada por el diccionario de Oxford, en la cual se conceptualiza al ‘arte’ como aquella expresión o aplicación de las habilidades creativas e imaginativas del hombre, materializada en obras que han de ser apreciadas, principalmente, por su belleza o poder emocional<sup>136</sup>. Sin lugar a dudas, se trata de un concepto amplio, el cual, incluso, se podría sostener, ha de prestar

---

<sup>135</sup> A este respecto, sírvase recordar la famosa declaración del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes Jr., quien ya señalare el peligro que supone confundir ambas labores: “*It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations*”, lo cual puede ser traducido del siguiente modo: “Sería una empresa peligrosa que aquellas personas que sólo han sido capacitadas en materias de ley se constituyan a sí mismas en jueces finales del valor de una obra pictórica”. Véase: O’NEIL, Robert M. (1990), “Artistic Freedom and Academic Freedom”. EN: “Law and Contemporary Problems”, Vol. 53, p. 178.

<sup>136</sup> Se debe señalar que la traducción ofrecida omite una oración subordinada de la definición entregada por el diccionario de Oxford, pero ello es con el fin expreso de volverla más general y que de este modo resulte aplicable a todas las disciplinas artísticas. Así, en la definición citada se lee: “*The expression or application of human creative skill and imagination, typically in a visual form such as painting or sculpture, producing works to be appreciated primarily for their beauty or emotional power*”, la cual podría ser traducida de manera más fiel como: “La expresión o aplicación de las habilidades creativas e imaginativas del hombre, típicamente en una forma visual como lo puede ser la pintura o escultura, produciendo obras que deben ser apreciadas principalmente por su belleza o poder emocional”. Véase: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/art>.

escasa utilidad para el trabajo —harto más sutil— del crítico; sin embargo, desde la perspectiva que aquí nos interesa, es decir, la del jurista, no hay razón para no considerarla una definición competente, pues, por un lado, ya señala algunos elementos de identificación importantes, en la medida en que destaca el valor decisivo de la belleza y las emociones, la creatividad y la imaginación en estos asuntos y, por otro lado, es lo suficientemente general para dar cabida al sinnúmero de corrientes artísticas que en la actualidad se desarrollan.

Por supuesto, lo anterior no deja de ser más que una proposición. Sólo el tiempo dirá cuál será el contenido y alcance que el presente derecho acabará por adoptar. La presteza o tardanza con que ello ocurra, será indisoluble de la percepción que se tenga del mismo. Los argumentos que se puedan hallar para justificar su importancia, harán la diferencia en este sentido. En esta breve introducción, quisiéramos enunciar tres de los argumentos generalmente esbozados. En primer lugar, según se ha expuesto, este derecho es fundamental puesto que el libre intercambio de las ideas y expresiones constitutivas de las obras artísticas puede ser de gran ayuda para que el hombre se aproxime a una mejor comprensión de sí mismo. Al cuestionar concepciones y prejuicios imperantes<sup>137</sup>, no es infrecuente que el arte arroje luz sobre zonas inexploradas del hombre y de este modo se transforme en una vía de conocimiento de su psicología profunda y la vastedad de su entorno. En segundo lugar, no es conveniente desdeñar la función que el arte, libremente ejercitado, puede cumplir en el campo político, por cuanto puede expresar —con la elocuencia que le caracteriza— las diversas discrepancias que un individuo o grupo puede abrigar frente al manejo público de un determinado asunto, una entera administración o, incluso, frente a una tendencia global. Por último, es razonable sostener que la relación entre el artista y su obra es tal que negarle la posibilidad de crearla y difundirla es coartar también lo que acaso sea el ámbito más íntimo de su autonomía individual; es violentar profundamente el libre desarrollo de su persona<sup>138</sup>.

Huelga señalar que concordamos plenamente con los argumentos expuestos, a los cuales, de seguro, se podrían añadir otros tantos. La consolidación de este derecho es una meta a la que se debe propender, por cuanto contribuye, lisa y llanamente, a la realización del hombre. El primer paso en tal sentido bien podría ser estudiarlo. Con ayuda de la literatura especializada, intentaremos abocarnos a ello. Al igual que en el caso de los derechos culturales precedentes,

---

<sup>137</sup> A/HRC/23/34, párrafo 3.

<sup>138</sup> Para un estudio más detallado de las razones a favor de proteger a la libertad artística como derecho fundamental, véase: VIAL SOLAR, Tomás (2006). “El derecho a la libertad de creación artística en la Constitución”. EN: “Libertad de expresión en Chile”, Universidad Diego Portales, Felipe Gonzáles (editor), pp. 243-248.

se tendrá en particular consideración el trabajo realizado por la Relatora Especial. Con todo, y como ya se ha adelantado, no se procederá aquí a desglosar los términos principales que componen el presente derecho, sino a examinar las diversas amenazas, procedentes de distintos frentes, que se ciernen sobre el mismo. Procedamos, pues, a revisarlas.

### **3.1.- Censura corporativa.**

La censura, nuestro presente objeto de estudio, es bastante más multifacética de lo que se tiende a pensar. El estampado rojo y perentorio, mediante el cual un ominoso funcionario estatal prohíbe la circulación de una obra, sólo corresponde a una de las tantas formas con que se manifiesta<sup>139</sup>, y bien puede que no sea siquiera la más importante. En un mundo como el nuestro, donde las principales decisiones se toman por razones de orden económico, no es sorprendente que una nueva clase de censura se haya vuelto más y más recurrente: la censura corporativa o de mercado. A continuación, examinaremos, brevemente, algunos de los modos a través de los cuales ella se expresa.

El financiamiento privado de las instituciones culturales se ha convertido en una práctica cada vez más habitual en el mundo occidental y en todos aquellos países que se encuentran bajo su órbita de influencia. La creciente libertad con que se permite acceder a fondos privados suele ser interpretada como un hecho de cariz positivo. No es que falten razones para hacerlo: en un sector caracterizado por la escasez de recursos, debe aplaudirse el hecho de contar con una fuente adicional de ingresos. Sin embargo, si bien puede remediar algunos problemas del sector, no es menos cierto que también conduce a otros. Y es que todo quien dependa de un benefactor se expone a los vaivenes de su arbitrio. Bien lo saben las instituciones culturales que viven del patrocinio privado: la probabilidad de que sean castigadas con el cese de la entrega de fondos tiende a aumentar si se decide optar por una mayor cantidad de proyectos de decidida vocación polémica<sup>140</sup>. Pero aun en el caso que una exposición no sea lesiva para la imagen del benefactor, ello no asegura que no se entrometerá en la labor de curaduría. Pues las empresas donantes tenderán a preferir, por razones de

---

<sup>139</sup> ATKINS, Robert y MINTCHEVA, Svetlana (2006). "Introduction: Censorship in Camouflage". EN: "Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression", The New York Press, Robert Atkins and Svetlana Mintcheva (editors), p. XV.

<sup>140</sup> A/HRC/23/34, párrafo 51.

publicidad, aquellas exhibiciones que sean capaces de apelar a un público más amplio<sup>141</sup>, y a desalentar, por esas mismas razones, aquéllas más exigentes. Como se puede apreciar, en uno y otro caso, el patrocinio privado puede conducir a una suerte de domesticación del mercado del arte. El derecho humano a la libertad artística debe velar por que ello no ocurra.

Pero, por supuesto, la censura corporativa no se restringe al minúsculo mundo de las donaciones culturales. En última instancia, toda gran corporación, a pesar de no tener ningún tipo de lazo con el mundo del arte, puede convertirse en un férreo opositor de la libertad con la cual se practica, si es que llega a percibir una determinada obra como una posible amenaza a sus ingresos, imagen o reputación<sup>142</sup>. Como es bien sabido, desde su inicio más remoto, el arte se ha ocupado del hombre y su circunstancia. No es extraño entonces que, en un mundo de capitalismo sin contrapesos y publicidad omnipresente, el arte también se refiera a la abrumadora presencia de las grandes empresas en nuestra cotidianidad. La nobleza del arte obliga: no se debe renunciar jamás al sagrado derecho de criticar a Goliat. Pero el poder de los que tienen el dinero de su parte, es por cierto enorme, difícilmente exagerable. Con verdaderos batallones de abogados a su disposición, se intentará acallar al artista en cuestión, ahogándolo en montañas de papeles y desangrándolo con gastos judiciales<sup>143</sup>. Si bien es cierto que estas instancias legales pueden producir el efecto paradójico de otorgarle una mayor visibilidad a la obra que se intenta ocultar (*“todo lo que es prohibido, es deseado”*, reza un proverbio árabe), no es menos cierto que pueden ser física y mentalmente devastadores para el artista involucrado, y bien pueden llevarlo, finalmente, a dar su brazo a torcer. Atendidos los recursos y herramientas con que cuentan, este segundo resultado suele ser el más frecuente. Así las cosas, poco a poco, las grandes corporaciones se han convertido, en lo que va del siglo veintiuno, en aquello que los Estados Totalitarios fueron, durante el siglo pasado, para la libertad artística: un enemigo de temer.

Corresponde que nos refiramos ahora a la última modalidad de censura corporativa, la cual no es sino una consecuencia de la protección agresiva de los derechos de autor cuya titularidad pertenece a las grandes corporaciones. En la actualidad, la inmensa mayoría de estos derechos se encuentra en manos de estas últimas y el ‘derecho de autor sin autor’ que

---

<sup>141</sup> ATKINS, Robert (2006). “Money talks: the economic foundations of censorship”. EN: “Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression”, The New York Press, Robert Atkins and Svetlana Mintcheva (editors), p. 5.

<sup>142</sup> DENSELOW, Robin (2012). “Corporate Censorship”. En: FREEMUSE, “All that is banned is desired. World conference on artistic freedom of expression”, p. 20.

<sup>143</sup> SOLEY, Lawrence (2006). “Private censorship, corporate power”. EN: “Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression”, The New York Press, Robert Atkins and Svetlana Mintcheva (editors), p. 20.

hoy en día impera no sólo tiende a relegar los intereses materiales de los genuinos creadores, sino también a coartar su libertad expresiva, ya que es el diálogo artístico —entre cultores de una misma o diversa disciplina— lo que se ve entorpecido. Hay quien podrá sostener que la protección de los derechos de autor no obstaculiza en modo alguno la creación de trabajos originales, pues sólo busca sancionar la utilización indebida de obras ajenas. Sin embargo, quien sostenga lo anterior estará olvidando que la inmensa mayoría —por no decir la totalidad— de las obras artísticas se sirve de elementos propios y ajenos resignificándolos en un contexto nuevo. Dicho de otro modo, se lo confiese o no, desde el punto de vista de su autoría, toda obra es colectiva, pues, de una u otra manera, ya sea por cercanía, contraposición o mixtura, siempre se inspira en las tradiciones que le preceden.

Las prácticas del arte contemporáneo tienden a avalar esta postura. La persecución a ultranza de una presunta ‘originalidad’, que fuere característica de la modernidad, se ha visto reemplazada por un paradigma opuesto en que prácticas tales como la ‘apropiación’ o ‘*sampling*’<sup>144</sup> de obras ajenas se han masificado a tal punto que hoy son reconocidas por el *establishment*, llegándose, incluso, a sostener que la mera transposición de un contenido a un nuevo contexto cambia el significado del mismo<sup>145</sup>. La creciente habitualidad de estas prácticas, sin embargo, no ha tenido como correlato una modificación de las leyes del ramo, siendo aún utilizadas por las grandes corporaciones como un medio de entorpecerlas en cuanto les sea posible y así seguir redituando de sus derechos autorales. Regulaciones maximalistas, como la de Estados Unidos, en que los derechos precitados se extienden por un período de noventa y cinco años desde la creación de la obra<sup>146</sup>, son un buen ejemplo de ello. El derecho a la protección de la autoría, en los términos en que fue estudiado, en conjunto con el derecho a la libertad artística, deberán luchar por que las regulaciones internas se adapten a estas nuevas prácticas, en lugar de servir de eficaz herramienta para entorpecerlas.

---

<sup>144</sup> ATKINS, Robert (2006). “Money talks: the economic foundations of censorship”. EN: “Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression”, The New York Press, Robert Atkins and Svetlana Mintcheva (editors), p. 7.

<sup>145</sup> VAIDHYANATHAN, Siva (2006). “American music challenges the copyright tradition”. EN: “Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression”, The New York Press, Robert Atkins and Svetlana Mintcheva (editors), p. 44.

<sup>146</sup> ATKINS, Robert (2006). “Money talks: the economic foundations of censorship”. EN: “Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression”, The New York Press, Robert Atkins and Svetlana Mintcheva (editors), p. 7.

### 3.2.- Censura ideológica.

La censura ideológica, esto es, aquella que busca proteger un determinado sistema de valores de las presuntas afrentas que dirigirían en su contra ciertas obras de arte, es por lejos la clase de censura de más antigua data. A lo largo de su historia, ella ha experimentado no pocas transformaciones que han significado un cambio en la manera misma con la cual opera. En este breve apartado, intentaremos dar cuenta de las características fundamentales que hoy presenta, las que en más de algún sentido se desvían de la noción de censura que usualmente se tiene. De este modo podremos apreciar las dinámicas particulares a través de las cuales continúa siendo una férrea amenaza a la libertad artística.

Muchos creyeron que el surgimiento del Estado Laico y la consiguiente separación entre el aparato gubernamental y los distintos credos supondría el fin de la censura religiosa en el mundo del arte. Y, la verdad sea dicha, fue así durante un tiempo. En la actualidad, sin embargo, bien puede que estemos asistiendo a un verdadero resurgimiento de ella en aquellos países de Occidente que creían haber superado *per saecula saeculorum* este tipo de problemas. Por paradójico que pueda sonar, el respeto por la diversidad, ese mandato ético hegemónico, puede estar transformándose en una restricción de la misma variedad de lo que es posible expresar. Grupos religiosos que no representan sino a pequeñas minorías dentro de sociedades caracterizadas por su creciente secularidad, han sabido acrecentar su capacidad de presionar a la institucionalidad cultural<sup>147</sup>, haciendo uso y abuso del principio de que se deben respetar sus creencias y valores. De este modo, el mundo del arte bien podría estar perdiendo su derecho a utilizar el imaginario religioso de forma irreverente o desacostumbrada. La blasfemia, otrora un delito, podría estar viviendo un insospechado renacimiento. La consideración irrestricta de las creencias ajenas, incluso, estaría dando lugar a situaciones absurdas, como por ejemplo omitir cualquier alusión a fósiles y dinosaurios, para así no ofender a aquellos grupos religiosos que desestiman la teoría de la evolución<sup>148</sup>. Aquellas obras de arte que contienen desnudos o relaciones homosexuales bien podrían transformarse en el próximo blanco de la censura religiosa en el mundo occidental<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> MINTCHEVA, Svetlana (2012). "Symbols into soldiers: art, censorship, and religion", p. 4.

<sup>148</sup> RAVITCH, Diane (2006). "The new meaning of bias". EN: "Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression", The New York Press, Robert Atkins and Svetlana Mintcheva (editors), p. 290.

<sup>149</sup> MINTCHEVA, Svetlana (2012). "Symbols into soldiers: art, censorship, and religion", p. 7.

Cualquiera sea el futuro de esta marcada tendencia a la sobre-corrección política, desde ya es posible apreciar un cambio radical en la identidad del censor. Cada vez menos, la censura proviene de una autoridad estatal, fácil de identificar si se la quiere combatir. Cada vez más, la censura surge, en cambio, de grupos de presión<sup>150</sup> (nacidos, en ciertos casos, por ‘generación espontánea’, con el único objetivo de enfrentarse a una obra puntual). Los defensores del derecho a la libertad artística deberán ponerse en guardia ante esta nueva realidad, marcada por el hecho de que el combate se libra en los múltiples espacios donde hoy se conforma la opinión pública (redes sociales, medios de comunicación, etcétera).

Pero la libertad artística no se ve presionada únicamente por el ala conservadora de nuestras sociedades, cohesionada en torno a sus credos religiosos y la identidad que tal sistema de valores le entrega. El progresismo, el extremo opuesto del espectro político, se ha convertido también, por extraño que parezca, en una amenaza<sup>151</sup>. La corrección política que el mismo progresismo instaló, no sólo ha dado lugar a un renacimiento de la censura religiosa, sino también a una nueva modalidad de censura política.

Si antes la libertad artística se veía coartada por las restricciones que imponía la visión del arte de los Estados Totalitarios, hoy en día es la tiranía de la tolerancia, el pluralismo como dogma, la principal causa de este tipo de censura. En un tiempo como el nuestro, en el que prima más y más la multiculturalidad y la diversidad de orientaciones sexuales, se ha vuelto imperioso encontrar un modo de convivir en paz, pese a nuestras diferencias. La supresión de toda forma de lenguaje ofensivo ha sido, de momento, la solución prevalente, lo cual ha incluido, desafortunadamente, a aquellas obras de arte que, al recoger la violencia de nuestra vida cotidiana, son ellas mismas violentas<sup>152</sup>. El deseo de alcanzar una sana convivencia — por más encomiable que sea— estaría conduciendo a que el arte pierda su derecho a expresar las pulsiones oscuras que indefectiblemente rondan el corazón del hombre. Los defensores del derecho a la libertad artística deberán oponerse a esta nueva censura, por mucho que ellos mismos puedan verse perturbados por esta clase de trabajos. Al fin y al cabo, el fin paradigmático del arte es retratar al hombre en sus luces y sombras, servir de espejo fidedigno de sus profundidades insondables, aun cuando ello le suponga lanzarse en contra de un discurso en boga o perder el favor del grueso del público.

---

<sup>150</sup> BOLOGNE, Jean Claude (2016). “La censure de la création en état d’urgence”. EN: “Hommes & Libertés”, Nº 175, p. 38.

<sup>151</sup> MINCHEVA, Svetlana (2012). “Symbols into soldiers: art, censorship, and religion”, p. 4.

<sup>152</sup> BOLOGNE, Jean Claude (2016). “La censure de la création en état d’urgence”. EN: “Hommes & Libertés”, Nº 175, p. 38.

Por lo demás, no se debe perder de vista que ninguna lectura es capaz de agotar el significado de una obra. La multivocidad que caracteriza al arte dificulta, incluso, que el propio autor conozca cuál es su sentido último<sup>153</sup>. *El Quijote* —por recurrir a un ejemplo elocuente— es sin duda mucho más que un libro en contra de las novelas de caballería, y *Crimen y Castigo* está lejos de ser una mera denuncia del problema del alcoholismo. Quienes censuran una obra en razón de su mensaje presuntamente ofensivo, revelan así que desconocen la ambigüedad intrínseca de toda obra artística y el primerísimo rol que el contexto juega en la construcción de su sentido<sup>154</sup>. Permitir que una obra, al momento de ser socializada, sea interpretada de la manera más libre posible forma parte integral de una vida cultural saludable y robusta. Los derechos culturales deben resguardar que tanto la creación como la interpretación de una obra de arte sean realizadas en un contexto de libertad.

---

<sup>153</sup> A/HRC/23/34, párrafo 37.

<sup>154</sup> MINTCHEVA, Svetlana (2006). “When words and images cause pain: the price of free speech”. EN: “Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression”, The New York Press, Robert Atkins and Svetlana Mintcheva (editors), p. 255.

## CONCLUSIONES.

Los tres derechos culturales cuyo contenido normativo se estudió a lo largo de esta memoria han tenido la desventura de ser los menos explorados de una familia de derechos que a su vez solía ser juzgada como la más postergada de los derechos humanos. No es un exceso, en consecuencia, afirmar que han experimentado una desatención gravísima —una suerte de desatención al cuadrado— de parte del mundo académico. La presente memoria ha querido contribuir, en la medida de sus posibilidades, a que tal situación se revierta, a través del acopio y la sistematización de la literatura existente. Corresponde ahora repasar las conclusiones principales a que tal trabajo nos condujo.

De los derechos analizados, aquél que presenta un contenido más vasto es el derecho a la ciencia. La variedad de materias abarcadas es tal que no admite ser encasillada en una sola categoría de nuestra clasificación tentativa de derechos culturales, puesto que algunas de ellas se encuentran más bien ligadas a aquel conjunto de derechos cuyo objeto es resguardar la libertad creadora, mientras que otras dicen mayor relación con la categoría orientada a proteger el acceso al patrimonio cultural.

Conforme a la interpretación de la Relatora Especial, este derecho obligaría, en primer lugar, a brindar acceso a la ciencia en su conjunto, lo cual implica no solamente difundir los conocimientos que componen el saber científico, para así instruir al público general y a eventuales profesionales de la ciencia, sino también otorgarle a la comunidad científica los medios que permiten descubrirlos, como lo pueden ser las instalaciones, las muestras y el equipamiento que resulten necesarios.

En segundo lugar, este derecho obligaría a resguardar la indispensable libertad para la investigación científica. Desde luego, ello supondrá que no existan injerencias de orden ideológico, religioso o de otro tipo, durante su prosecución. Pero además implicará que se permita publicar, libremente, los resultados alcanzados y autorizar la asociación y colaboración entre especialistas nacionales o extranjeros.

En tercer lugar, el presente derecho exigiría que la sociedad en su conjunto pueda participar en la adopción de las políticas científicas, de manera que ellas no sean elaboradas, únicamente, por paneles de expertos, líderes políticos y altos funcionarios públicos, como a menudo suele suceder. En otras palabras, el presente derecho resguardaría que un cierto

civismo científico pueda ser ejercido, de manera transversal, por todos los estratos de la población.

En cuarto y último lugar, el presente derecho exigiría la existencia de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia. El primero de estos términos (a saber, ‘la conservación’) obligaría a contar con medidas de mantenimiento, almacenamiento y sustitución de las condiciones materiales que hacen posible la empresa científica, y además con políticas de renovación de la población capacitada para entender y manipular los materiales conservados. El segundo de estos términos (‘el desarrollo’) demandaría que existan fondos adecuados para el área de la investigación, así como brindar acceso a una formación especializada que permita estar al tanto del estado de discusión de cada disciplina. Finalmente, el último de estos términos (‘la difusión’) obligaría a que se haga llegar el conocimiento científico y sus aplicaciones al entero cuerpo social.

En lo que concierne al segundo derecho cultural, esto es, el derecho a la protección de la autoría, la presente memoria intentó demostrar, a través de una interpretación gramatical de los términos principales que lo componen, que éste presenta diferencias sustantivas con los regímenes internos de propiedad intelectual o derecho de autor, razón por la cual se hace necesario distinguirlos desde el apelativo mismo con el cual nos referimos a ellos.

El primero de los términos sobre el cual ameritaba detenerse es el concepto de ‘autor’. De acuerdo a lo indicado por el Comité, este concepto hace alusión, lisa y llanamente, al creador de las producciones científicas, literarias o artísticas, pudiendo tratarse tanto de un individuo como de un grupo o comunidad. De esta somera definición, se pueden extraer conclusiones de importancia. En primer lugar, la utilización de la palabra ‘creador’ excluye de inmediato de su ámbito de protección a todos aquellos titulares derivados de derechos que, pese a no ser los verdaderos autores de la obra, ocupan un lugar preeminente en los regímenes de propiedad intelectual, como lo pueden ser los grandes sellos musicales, empresas editoriales y productoras cinematográficas. Pero, además, en opinión de la doctrina, la protección exclusiva de los derechos del creador necesariamente implica que los derechos transmitidos, esto es, las pretensiones de los herederos del artista, no puedan ser elevados a la categoría de derechos humanos. De la lectura de la definición del Comité, se puede concluir, por último, que este derecho reconoce una autoría colectiva de las obras. Lo anterior reviste suma relevancia para los intereses de los pueblos indígenas, por cuanto, como es bien sabido, sus

tradiciones y saberes suelen tener una autoría difusa, prácticamente irrastreable, y por tal razón raramente han logrado ser protegidos por los sistemas de propiedad intelectual.

El segundo término o fórmula sobre el cual nos detuvimos fue el de ‘producción científica, literaria o artística’. Según declara el Comité, las obras que han de ser protegidas a través del presente derecho son todas aquellas “creaciones de la mente humana”. Ahora bien, aunque esta expresión es tributaria de los sistemas de propiedad intelectual, ello no significa que deba tener un idéntico alcance en el marco de los derechos humanos, pues el presente derecho no resguardará los secretos comerciales e industriales, ni tampoco las marcas y lemas corporativos. Como ha sido indicado por el Comité, ello obedece a que el derecho en comento no protege los derechos asignados a las personas jurídicas o entidades de negocios.

El tercero de los términos sobre el cual nos detuvimos fue el de ‘intereses morales’, expresión que nos permitió evidenciar, una vez más, las diferencias entre los regímenes de propiedad y el derecho humano a la protección de la autoría. Así, si en los primeros es usual que se establezca un listado relativamente amplio de derechos morales, el segundo solamente protege a dos de los derechos comúnmente incluidos en esta categoría, a saber, el derecho de paternidad artística y el derecho a la integridad de la obra.

El último término o fórmula que se analizó es el de ‘intereses materiales’. En contraste con los derechos monopólicos e irrestrictos de explotación de las obras, que a menudo suelen conceder los regímenes de propiedad intelectual, y de los cuales los titulares derivados suelen llevarse la mayor parte de las regalías, el interés material protegido por el presente derecho es harto más acotado por cuanto se limita a velar que los creadores obtengan una justa remuneración, esto es, una que les permita acceder a un nivel de vida adecuado.

Finalmente, en lo que concierne al derecho a la libertad artística, no pudimos sino constatar que es aquél que ha recibido menor atención de parte del mundo académico, lo cual bien puede deberse, en primer lugar, a la dispersión normativa con que se encuentra consagrado, circunstancia que habría dificultado enormemente su visibilidad en cuanto derecho humano, y, en segundo lugar, al carácter sumamente inasible del concepto de ‘arte’, cuestión que explicaría, a su vez, que la Relatora Especial no haya abordado este derecho del mismo modo que los derechos culturales anteriores, esto es, realizando una interpretación gramatical de sus términos principales, sino que haya optado examinarlo desde una perspectiva más amplia, una en que se detallan los diversos modos en que suele ser vulnerado, vale decir, las distintas modalidades de censura.

En este contexto, se procedió a abordar, en primer lugar, la así llamada censura corporativa. Se planteó que, en su calidad de patrocinadores privados de instituciones culturales, las grandes corporaciones pueden conducir a una seria domesticación del mercado del arte, si se les permite entrometerse en decisiones de curaduría, pues el ansia de publicidad les llevará a preferir aquellas obras que sean capaces de apelar a un público más amplio, y a desalentar, por esta misma razón, aquéllas más exigentes. Se expuso, a continuación, que una segunda clase de censura corporativa se produce toda vez que se busca prohibir, por medio de instancias judiciales, la circulación de una obra, en razón del daño que ésta habría ocasionado a la imagen de la empresa demandante. Se planteó, por último, que una tercera clase de esta modalidad de censura tiene su origen en la protección agresiva de los derechos de autor cuya titularidad pertenece a las grandes corporaciones, pues entorpecería en demasía los préstamos artísticos —el indispensable diálogo entre pares— y se estaría convirtiendo en un serio límite a la creatividad.

En segundo y último lugar, se procedió a analizar la censura ideológica y, en particular, se intentó dar cuenta de sus características actuales. Según se planteó, el agente principal de esta clase de censura ya no sería el mismo. Hoy en día, los grupos de presión, con su acerado activismo, habrían alcanzado una influencia comparable a la que antes tenía la autoridad estatal en esta clase de asuntos, pues, aunque a menudo no representan sino a pequeñas minorías de nuestra sociedad, su voz se ve amplificada —hasta la estridencia incluso— gracias al enorme alcance que en la actualidad permiten las redes sociales y otros medios de comunicación. Amparados en el discurso de la corrección política, es decir, en un pluralismo que prohíbe cualquier tipo de ofensa, tanto el ala conservadora como el ala progresista de nuestras sociedades, estarían provocando que el arte pierda, por una parte, su derecho a utilizar el imaginario religioso de manera irreverente o desacostumbrada, y, por otra parte, su facultad de emplear una iconografía o lenguaje que pueda resultar ofensivo para las diversas minorías, ya sean políticas, sexuales o culturales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AMERICAN ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF SCIENCE (2010). “Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: american scientists’ perspectives”.

ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2005). “Derecho de Autor y Cultura”. Disponible en: [“https://www.derechosdigitales.org/131/derecho-de-autor-y-cultura/”](https://www.derechosdigitales.org/131/derecho-de-autor-y-cultura/).

ATKINS, Robert (2006). “Money talks: the economic foundations of censorship”. En: Atkins, Robert & Mintcheva, Svetalana (editores), “*Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression*”, The New York Press.

BESANICHE, Beatriz (2016). “Propiedad intelectual y derechos humanos. Hacia un sistema de derechos de autor que promueva los derechos culturales”.

BOLOGNE, Jean Claude (2016). “La censure de la création en état d’urgence”. En: “*Hommes & Libertés*”, N° 175.

BUI-XIAN, Olivia (2009). “La destinée universaliste des droits culturels: les articles 22 et 27 de la Déclaration universelle des Droits de l’homme”. En: Fontaine, Lauréline (editora), “*Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*”, Vol. 7.

CHAPMAN, Audrey (2001). “La propiedad intelectual como derecho humano (obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo I del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. En: UNESCO, “*Boletín de derecho de autor*”, Vol. XXXV, N° 3.

CHAPMAN, Audrey (2009). “Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress”. En: “*Journal of Human Rights*”.

CODESC (1991). “Directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, E/C.12/1991/1.

CODESC (1991), “Observación General N° 4. El derecho a una vivienda adecuada”, E/1992/23.

CODESC (1999), “Observación General N° 12. El derecho a una alimentación adecuada”, E/C.12/1999/5.

CODESC (2000). “Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E/C.12/2000/4.

CODESC (2005), “Observación general N° 17. 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”, E/C.12/GC/17.

CODESC (2009). “Observación general N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, E/C.12/GC/21.

CUSTODIO CASTAÑEYRA, Timanfaya (2014). “Aproximación dogmática a los derechos culturales. El derecho a la cultura como derecho fundamental”.

DE REYMAEKER, Baptiste (2014). “Des droits culturels au droit de participer à la vie culturelle. Entretien avec Céline Romainville”. En: “*Le Journal de Culture & Démocratie*”, N° 36.

DENSELOW, Robin (2012). “Corporate Censorship”. En: FREEMUSE, “*All that is banned is desired. World conference on artistic freedom of expression*”.

DONDERS, Yvonne (2008) “Cultural life in the context of human rights”, En: ONU, “*Day of General Discussion. Right to take part in cultural life (article 15 (1) (a) of the Covenant)*”. E/C.12/40/13

DONDERS, Yvonne (2010). “Do cultural diversity and human rights make a good match?”.

FERRI, Marcella (2011). “La tutela dei diritti culturali nel diritto internazionale dei diritti umani”.

FERRI, Marcella (2014). “L’evoluzione del diritto di partecipare alla vita culturale e del concetto di diritti culturali nel diritto internazionale”. En: “*La comunità internazionale*”, Vol. 2.

GRUPO DE FRIBURGO (2007). “Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales”.

MANCISIDOR, Mikel (2015). “Is There Such a Thing as a Human Right to Science in International Law?”.

- MANCISIDOR, Mikel (2017). “El derecho humano a la ciencia: un viejo derecho con un gran futuro”. En: “*Anuario de Derecho Humanos*”, N° 13.
- MARKS, Stephen (2003). “Defining cultural rights”. En: Bergsmo, Morten (editor), “*Human rights and criminal justice for the downtrodden. Essays in honour of Asbjorn Eide*”.
- MERTON, Robert (1973). “The sociology of science: theoretical and empirical investigations”.
- MEYER-BISCH, Patrice (2008). “Analyse des droits culturels”.
- MINTCHEVA, Svetlana (2012). “Symbols into soldiers: art, censorship, and religion”.
- NIEC, Halina (2001). “Sentar las bases para la realización de los derechos culturales”. En: Niec, Halina (editora), “*¿A favor o en contra de los derechos culturales?*”.
- OEI (2007). “Carta Cultural Iberoamericana”.
- O’KEEFE, Roger (1998). “The right to take part in cultural life. Under article 15 of the ICECSR”. En: “*International and Comparative Law Quarterly*”, Vol. 47.
- O’NEIL, Robert M. (1990), “Artistic Freedom and Academic Freedom”. En: “*Law and Contemporary Problems*”, Vol. 53.
- ONU, Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales (2010), “Informe de la Experta Independiente en la Esfera de los Derechos Culturales, Sra. Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos”, A/HRC/14/36, párrafo 9.
- ONU, Asamblea General (1966). “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. A/RES/21/2200A.
- ONU, Asamblea General (1966). “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. A/RES/21/2200A.
- ONU, Asamblea General (1975). “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad”.
- ONU, Relatora Especial sobre los Derechos Culturales (2014). “Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura”, A/HRC/28/57.
- PROTT, Lyndel (1986). “Cultural rights as people’s rights in international law”.

PROTT, Lyndel (2001). “Entenderse acerca de los derechos culturales”. En: Niec, Halina (editora): “¿A favor o en contra de los derechos culturales?”.

RAVITCH, Diane (2006). “The new meaning of bias”. En: Atkins, Robert & Mintcheva, Svetlana (editores): “*Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression*”, The New York Press.

ROMAINVILLE, Céline (2013). “Le droit à la culture. Une réalité juridique. Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international”. En: “*Annales de Droit de Louvain*”, Vol. 73, N° 3

SHAHEED, Farida (2015). “The human right to science: new directions for human rights in science”.

SOLEY, Lawrence (2006). “Private censorship, corporate power”. En: Atkins, Robert & Mintcheva, Svetlana (editores): “*Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression*”, The New York Press.

STAMATOPOULOU, Elsa (2008). “The right to take part in cultural life”, E/C.12/40/9.

STAVENHAGEN, Rodolfo (2001). “Derechos culturales: el punto de vista de las ciencias sociales”. En: Niec, Halina (editora), “¿A favor o en contra de los derechos culturales?”.

STENOUE, Katerina (2001). “L’UNESCO et la question de la diversité culturelle: bilan et stratégies, 1946-2000. Étude réalisée à partir d’un choix de documents officiels”. En: Borghi, Marco & Meyer-Misch (editores), “*La pierre angulaire, le fou crucial des droits culturels*”.

SYMONIDES, Janusz (1998). “Cultural rights: a neglected category of human rights”. En: “*International social science journal*”, Vol. 50, Issue 58.

UNESCO (1970). “Les droits culturels en tant que droits de l’homme”.

UNESCO (1976). “Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural”.

UNESCO (1982). “Declaración de México sobre las Políticas Culturales”.

UNESCO (2001), “Declaración universal sobre diversidad cultural”.

UNESCO (2005). “Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales”.

UNESCO (2009). “Declaración de Venecia”.

UNESCO (2017). “Recomendación sobre la Ciencia y los Investigadores Científicos”.

VAIDHYANATHAN, Siva (2006). “American music challenges the copyright tradition”. En: Atkins, Robert & Mintcheva, Svetlana (editores): “*Censoring Culture. Contemporary Threats to Free Expression*”, The New York Press.

VIAL SOLAR, Tomás (2006). “El derecho a la libertad de creación artística en la Constitución”. En: González, Felipe (editor), “*Libertad de expresión en Chile*”, Universidad Diego Portales.

YU, Peter (2007). “Reconceptualizing intellectual property rights in a human rights framework”. En: “*U.C. Davis Law Review*”, Volume 40.

YU, Peter (2007). “Ten common questions about intellectual property and human rights”. En: “*Georgia State University Law Review*”, Vol. 23.