UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EFECTOS JURÍDICOS EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

EL CASO DEL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA LA

LIC. VERÓNICA COLINA HERNÁNDEZ

Tutor:

Dr. Jorge Robles Vázquez

Ciudad Universitaria, 2011

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la memoria de mi abuela, ***Pilar Beltrán Palma***

Dedico este trabajo a ***Ricardo****,* ***Pablo*** *y* ***Ángel*** *quienes me inspiran cada día a ser una mejor persona. Los amo. A mis padres* ***Sergio*** *y* ***Silvia*** *por ser mi guía de esfuerzo y dedicación. A mi hermano* ***Sergio****, gracias por tu ímpetu y audacia, son inspiradores, te adoro.*

Agradezco al ***Dr. Jorge Robles Vázquez*** *por su tiempo, consejos y dedicación durante las asesorías fueron muy valiosos. A* ***Roxana Guerrero Sotelo*** *por su amistad, apoyo y comprensión, con cariño.*

Agradezco la formación académica que me ha aportado mi alma mater, la ***Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México****; y al* ***Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología*** *por el apoyo brindado para la culminación de este trabajo.*

Primavera 2012.

CONTENIDO

Capítulo 1 Marco teórico-jurídico de los derechos fundamentales

1.1. Introducción
1.2. Perspectivas de análisis de los derechos fundamentales
1.3. Definiciones
1.3.1. Definición de derechos fundamentales
1.3.2. Definición de derecho subjetivo
1.3.3. Definición de derechos humanos
1.4. Alcance jurídico de los derechos fundamentales
1.4.1. La titularidad de los derechos fundamentales
1.4.2. El contenido de los derechos fundamentales
1.4.2.1. La teoría de los principios
1.4.3. Los límites de los derechos fundamentales
1.5. Integración de los derechos fundamentales al orden constitucional

Capítulo 2 Marco teórico-jurídico de los derechos culturales

2.1. Introducción
2.2. Concepto de cultura
2.2.1. El acto de creación como generador de derechos
2.3. Derechos culturales
2.3.1. Esbozo histórico de la positivización de los derechos culturales
2.3.2. Definición de derechos culturales
2.3.3. Expresión jurídica de los derechos culturales
2.4. Definición de derecho de acceso a la cultura

Capítulo 3 El derecho de acceso a la cultura frente al derecho de autor

3.1. Introducción
3.2. Definición de derecho de autor

3.2.1. Derechos morales
3.2.1.1. Naturaleza jurídica
3.2.1.2. Características
3.2.1.3. Facultades
3.2.2. Derechos patrimoniales
3.2.2.1. Naturaleza jurídica
3.2.2.2. Características
3.2.2.3. Facultades
3.3. Límites o excepciones al derecho de autor

Capítulo 4 Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos culturales. Un enfoque al derecho de acceso a la cultura.

4.1. Introducción
4.2. El derecho de acceso a la cultura como derecho prestacional
4.2.1. Características de los derechos prestacionales en relación con el derecho de acceso a la cultura.
4.2.2. Naturaleza jurídica de los derechos prestacionales en relación con el derecho de acceso a la cultura
4.2.3. Contenido de los derechos prestacionales en relación con el derecho de acceso a la cultura
4.3. Reflexión acerca de la titularidad del derecho de acceso a la cultura
4.4. Exigibilidad del derecho de acceso a la cultura
4.5. Justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura
4.6. Reflexión en torno a la exigibilidad y justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura en la actualidad

5. Conclusiones
6. Anexo
7. Fuentes de información

Introducción

El mejoramiento en la calidad de vida en una sociedad es consecuencia (por lo menos en buena parte) de su desarrollo cultural. El planteamiento del problema radica en que la sociedad actual enfrenta nuevos retos para materializar sus derechos culturales. Estos derechos parecen incluir un sinnúmero de aspectos que van desde lo individual (derecho de autor) a lo colectivo (derecho de acceso a la cultura); asimismo, el desarrollo tecnológico propicia nuevas formas de acercamiento cultural, por lo que, el acceso a la cultura hoy en día precisa de un enfoque jurídico especializado.

El objetivo de la investigación persigue ubicar el derecho de acceso a la cultura como un derecho fundamental con todo lo que ello implica. Para lograr la pretensión planteada, se consideró integrar el trabajo en un planteamiento que vaya de lo general a lo particular, en este orden de ideas, se dividió en cuatro partes, a saber.

En la primera parte se expone un marco teórico-jurídico de los derechos fundamentales en el que se revisan diversas teorías de juristas contemporáneos; se estudia también el alcance jurídico de los derechos, mismo que comprende tanto su titularidad como su contenido; sus límites e integración con el orden constitucional.

La segunda parte de la investigación va encaminada a la exposición del marco teórico-jurídico de los derechos culturales. En esta parte se analiza el concepto de cultura, y en este contexto, la posibilidad de considerar al acto de creación cultural del hombre como acto generador de derechos; posteriormente, se explican las generalidades de los derechos culturales: en qué consisten, sus acepciones, su historia y positivización; ello, con el objetivo de ubicar al derecho de autor y al derecho de acceso a la cultura como derechos que se desprenden de los derechos culturales anteriormente mencionados.

Las descripciones teórico-jurídicas de las primeras partes sirven estructuralmente para efectuar una confrontación entre el derecho de autor con el

derecho de acceso a la cultura. En esta parte de la investigación, se expone de manera pormenorizada, las facultades o prerrogativas que tienen el autor con su obra; y en la última parte del capítulo se realiza una confrontación de derechos en cuanto a las normas jurídicas que los regulan.

El resultado obtenido en la tercera parte de la investigación es de gran utilidad, en virtud de que nos sirve de preámbulo de la cuarta y última parte de la investigación referente a la exigibilidad y justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura.

En esta parte se revisan las obligaciones estatales, y en este orden de ideas, se reflexiona la función que desempeñan los órganos jurisdiccionales tanto nacionales como internacionales, y por ende, el análisis de las formas posibles de exigibilidad y justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura.

Es importante resaltar que la sistematización de la investigación requirió un ejercicio deductivo de las primeras partes en las que se hicieran comprensibles y armonizables los conceptos jurídicos que regulan situaciones específicas culturales con conceptos antropológicos o sociológicos y que refieren concretamente a la cultura. Cabe destacar que durante la investigación nos enfrentamos a la problemática de bibliografía escasa en el tema en particular, e independientemente de ello, los autores que se referían al ejercicio de los derechos culturales como derechos fundamentales no tomaban en cuenta los límites que en un momento dado tenían sobre otros derechos de la misma envergadura. Y a su vez, los autores que se dedicaban al estudio del derecho de la propiedad intelectual no consideraban las limitaciones que implican los derechos de carácter fundamental.

El ejercicio resulta interesante en el sentido de armonizar derechos de una manera multidisciplinaria, en virtud de que se exploran nuevas formas de percepción de los derechos, mismas que coadyuvan a lograr nuevas pautas de significación para resolución de controversias en las sociedades actuales.

La investigación es de carácter documental y contó con el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en el marco de los alumnos de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho en su Programa de Maestría en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

CAPÍTULO 1
Marco teórico-jurídico de los Derechos Fundamentales

Lo que es verdaderamente fundamental,
por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto,
sino que debe ser siempre presupuesto.
Gustavo Zagrebelsky

1.1. Introducción.

El capítulo pretende explicar el término de derecho fundamental con sus diversas acepciones y el papel que desempeña en algunas corrientes del pensamiento jurídico; su alcance jurídico; sus límites; y por último, su integración al orden constitucional.

Para tal efecto, la investigación se dirige al análisis de los conceptos empleados por la dogmática jurídica. Dicho análisis se realizará mediante la confrontación de las diversas posturas que han adoptado algunos autores que se han dedicado al estudio de los derechos.

En principio, se exponen diversas perspectivas para la exposición del tema con el propósito de ubicar el análisis de la investigación. Posteriormente, se efectuará la revisión y estudio de las siguientes definiciones: derechos fundamentales con las características y elementos que manejan autores como Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, entre otros; asimismo la definición de derecho subjetivo y su contenido, atendiendo a lo descrito por Rolando Tamayo y Salmorán; y por último, la definición de derechos humanos, contexto y rasgos distintivos desde el punto de vista de Carlos S. Nino, Francisco Laporta entre otros.

Las descripciones que forman la parte medular de la definición, proporcionarán el alcance jurídico que tienen los derechos fundamentales y sus eventuales imprecisiones, motivo por el cual, también se exponen algunos criterios de la dogmática jurídica en cuanto a la *Teoría de los principios*. Y en esta dirección, se abordarán los límites de los derechos fundamentales, y para finalizar el capítulo, la integración de los derechos al orden constitucional.

1.2. Perspectivas de análisis de los Derechos Fundamentales.

Con el objeto de examinar el tema de manera integral, cabe precisar que el derecho fundamental puede ser estudiado a la luz de diversas perspectivas. Miguel Carbonell[1] señala que para explicar el fundamento de los mencionados derechos, éstos pueden revisarse desde varios puntos de vista:

En primer lugar, la *Dogmática jurídica,* y bajo esta perspectiva los derechos fundamentales serán los que están consagrados explícitamente en la Constitución o que forman parte del ordenamiento jurídico del Estado.

En segundo lugar, la *Teoría de la justicia o filosofía política*, en este rubro el enfoque consiste en explicar la inserción de ciertos valores al Derecho Positivo como derechos fundamentales, además de incorporar nuevas expectativas o aspiraciones de personas o grupos que conviven en sociedad (derechos de igualdad, libertad, participación política, etc.), con independencia de que un determinado ordenamiento jurídico los recoja o no como derechos tutelados por algún texto constitucional. Y además desde este punto de vista, el iusnaturalismo racionalista donde los derechos humanos tienen origen, es decir, en un sistema normativo caracterizado por el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él por su justificación intrínseca.

En tercer lugar la *Teoría del Derecho* que permite la construcción de conceptos o categorías para explicar los derechos fundamentales. Y por último, la perspectiva que orientan algunas ciencias auxiliares del derecho: la sociología, la historiografía, la antropología, la filosofía, etcétera, mismas que son primordiales para tener un amplio panorama del desarrollo y el grado de eficacia que tienen los derechos fundamentales en la realidad.

1.3. Definiciones.

Con el propósito de proporcionar pautas de significación en la descripción de los derechos fundamentales, se propone revisar algunas definiciones y en el mismo tenor, realizar un desglose de sus elementos, a fin de proveer los mecanismos necesarios para las subsecuentes partes.

---

[1] Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 2.

1.3.1. Definición de Derechos Fundamentales.

Para Robert Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales,* un derecho fundamental proviene de una norma válida de derecho fundamental, y sostiene:

> Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo[2].

Como se observa, dicho autor distingue entre derechos fundamentales (que son otorgados por) y normas de derecho fundamental; lo anterior está ejemplificado de la siguiente forma:

Las normas jurídicas se expresan en forma deóntica; por ejemplo: *"X tiene un derecho a…"*.[3] Si *X* tiene un derecho es porque la norma de derecho fundamental se lo otorgó; en relación a dicha distinción se trata de un *derecho subjetivo*. Cuando Alexy señala al derecho subjetivo, menciona como factor determinante de la norma de derecho fundamental el relativo a su validez.

La estructura formal de diversas teorías acerca de la validez de las normas consiste en que éstas deben satisfacer criterios proporcionados por la dogmática jurídica[4].

Lo anterior desemboca a que la norma de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo; y éste a su vez debe integrarse mediante su vinculación con un criterio formal, es decir, la integración se dará por medio de la forma de su positivización.

Cabe precisar que el autor en comento, distingue entre normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y normas de derecho fundamental adscritas (su adscripción deberá realizarse con una

---

[2] Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Trad. Garzón Valdés, Ernesto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 47.
[3] Ibidem, p. 54.
[4] Según el tipo de los criterios, pueden distinguirse diferentes tipos de teorías de la validez. En la medida en que se introducen hechos sociales, como por ejemplo, la obediencia habitual, vinculada con un sentimiento de obligatoriedad o la alternativa de la obediencia o la aplicación de una sanción en caso de desobediencia, se trata de una teoría sociológica de la validez. En la medida en que se menciona la imposición por parte de una autoridad autorizada por una norma de grado superior puede hablarse de una teoría jurídica de la validez. En la medida que se considere como fundamento de validez un fundamento moral, por ejemplo, "una ley natural", estaremos frente a una teoría ética de la validez. Ibidem, pp. 57 y 58.

argumentación iusfundamental correcta) conforme a derecho. Dicha valoración plantea cierta problemática ya que requiere nuevamente de un criterio para formular un argumento[5].

En resumen destacan los siguientes puntos en torno al concepto de Robert Alexy:

a. Los derechos fundamentales son aquellos otorgados por una norma de derecho fundamental.

b. La norma de derecho fundamental debe satisfacer criterios de validez proporcionados por la dogmática jurídica.

c. La norma válida de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, y éste debe estar positivizado mediante un criterio formal.

La concepción de derechos fundamentales requiere de criterios proveídos por la dogmática jurídica ya sea en cuanto a su validez, positivización y en la forma en que las normas de derecho fundamental están estatuidas. Lo relativo al derecho subjetivo, se analizará más adelante.

Además del pensamiento de Alexy, cabe mencionar a Luigi Ferrajoli quien a partir de una posición garantista, propone una definición formal del concepto de derechos fundamentales:

> Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del "status" de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, por una norma jurídica; y por "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas[6].

La definición propuesta por Ferrajoli plantea también la necesidad de revisar ciertos puntos: Los derechos fundamentales deben estar positivamente sancionados por leyes y constituciones, es decir, deben estar adscritos por un

[5] El hecho de que sea posible una fundamentación iusfundamental correcta para la adscripción a una disposición de derecho fundamental es el criterio que permite decir que la norma en cuestión es una norma de derecho fundamental. Ibidem, p. 80.

[6] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trad. Andrés Ibáñez, Perfecto, Trotta, Madrid, 2004, p. 37.

ordenamiento jurídico. La previsión de dichos derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento -explica Ferrajoli-, es condición de su existencia.[7] Distinguir la precisión anterior es interesante en el sentido de determinar el contexto en que se ubica el autor, porque posteriormente la definición de los derechos, podrá contrastarse con otros en contextos diferentes.

Siguiendo con el análisis de la definición propuesta por Ferrajoli, se observa que dicha definición va dirigida a "*todas"* las personas físicas, ya sean ciudadanos o bien capaces de obrar. Si son normativamente de *"todos"* (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables, sino que corresponden a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados. La universalidad que plantea el autor, al parecer, no abarca a todos los seres humanos (como se verá más adelante en la definición correspondiente) y bajo esta óptica, acarrearía un inconveniente al momento de disponer la titularidad de los derechos, y por lo tanto, su vinculación con el orden jurídico. Asimismo, el autor no especifica el alcance de la inalienabilidad del derecho, lo que provoca también ciertos límites. Surgen las siguientes cuestiones: ¿los derechos son inalienables en el sentido del deber que tienen los demás frente al titular?, o ¿los derechos son inalienables aún por su titular? Las respuestas a dichas interrogantes serán abordadas en el concepto concerniente a derechos humanos.

Asimismo, dichas cuestiones dejan planteados algunos obstáculos con los que se enfrenta la dogmática jurídica al momento de elaborar las descripciones correspondientes, y en un afán de establecer criterios que auxilien a la resolución de conflictos y de ser más específico en cuanto a la titularidad y el ejercicio del derecho, Ferrajoli distingue entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.

Los *derechos fundamentales* son derechos *universales*, en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras que los *derechos patrimoniales* son derechos singulares. Por

[7] Ibidem, p. 38.

consiguiente, los primeros están reconocidos a *todos* sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad. Y por lo tanto, las características que marcan la diferencia son:

Los *derechos fundamentales* son derechos *indisponibles, inalienables, inviolables, intransmisibles, personalísimos.* En cambio los *derechos patrimoniales* son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.[8] En resumen se enfatizan los siguientes puntos de la definición formal que formula Luigi Ferrajoli:

a. Los derechos fundamentales deben estar positivamente sancionados por leyes y constituciones.

b. Los derechos fundamentales son *universales*, es decir todas las personas físicas, ya sean ciudadanos o bien capaces de obrar. *Todos*, serán los miembros de una determinada clase de sujetos.

c. Los derechos fundamentales son derechos *indisponibles, inalienables, inviolables, intransmisibles, personalísimos*.

En la actualidad, la doctrina ofrece diversas concepciones de los derechos fundamentales, no obstante, se considera apropiado tomar como punto de partida a los autores mencionados, en virtud de que las definiciones correspondientes, proporcionan un panorama general del concepto de derecho fundamental, es decir, un derecho que conforme a una perspectiva, emana de una norma de derecho fundamental y que la validez será en la medida en que se otorgue un derecho subjetivo; y en otra, se le equipara al derecho fundamental como derecho subjetivo, entendiéndose -el derecho fundamental- como aquél que es conferido a *todas* las personas (determinada clase de sujetos), y por ello tiene carácter universal. Además, cabe subrayar que ambas definiciones resaltan la importancia de que dichos derechos deben ser positivamente sancionados por normas jurídicas.

Las definiciones preliminares implican al concepto de derecho subjetivo por lo que se considera necesario abordar brevemente sólo algunas reflexiones.

[8] Ibidem, pp. 46-47.

1.3.2. Definición de Derecho Subjetivo.

Las consideraciones que se han vertido en torno al concepto de derecho subjetivo son muy amplias y por cuestiones de la naturaleza de la investigación, simplemente se abordarán sólo algunas posturas para esclarecer la noción de derecho subjetivo. La explicación del concepto de derecho subjetivo se propone con la finalidad de complementar las anteriores definiciones de derecho fundamental, y a su vez, realizar algunas precisiones útiles para el concepto de derechos humanos.

En el lenguaje jurídico comúnmente se recurre a la palabra "derechos", o "derechos subjetivos" como algo que *se tiene* o *debe de tenerse*. Y es justamente en esta dirección, donde se vierten opiniones encontradas porque existen criterios de diversa índole en cuanto al análisis de este concepto jurídico fundamental.

Primeramente, cuando se dice que *X tiene derecho a hacer o no hacer*, puede entenderse que en el sistema no hay norma que prohíba dicho *hacer o no hacer*; es decir, que obligue a *X a hacer o no hacer*, lo que algunos autores le llaman "permisión débil". Carlos S. Nino cuando se refiere al derecho (subjetivo) como ausencia de prohibición, señala que el tener derecho a una conducta no implica ningún tipo de protección de esa conducta.

El mismo autor cuando alude al derecho como permisión directa, advierte la vaguedad en la función pragmática de la emisión de una norma que permite la realización de un *hacer*, o *no hacer*. Enfatiza que la cuestión posiblemente sea aún más compleja en el caso de los principios morales que en el de las normas jurídicas: en el análisis de las normas jurídicas, éstas implican como mínimo una promesa del que las emite de no interferir con la conducta permitida; y en el caso de los principios morales, esto no parece ser aplicable por ausencia de un órgano emisor.[9]

Por su parte, Luigi Ferrajoli distingue a los derechos subjetivos de las garantías, entendiendo a los primeros como las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma

[9] Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, España, 1989, pp. 9-10.

jurídica[10]. Y respecto a las garantías dice que son establecidas por normas jurídicas, no obstante la distinción es una razón más de fondo, intrínsecamente ligada a la naturaleza positiva del derecho moderno:

> Los deberes correspondientes que constituyen garantías asimismo dictadas por normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos, que forman las *garantías primarias* o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras, que forman las *garantías secundarias*[11].

En los sistemas de Derecho Positivo -continúa el autor-, la existencia o inexistencia de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica depende de la existencia de una norma positiva que la prevea.[12] En este orden de ideas, para Ferrajoli lo importante es la norma jurídica, y no el órgano emisor.

Se considera necesario mencionar lo que Hans Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho* refiere en torno al derecho subjetivo, él lo relaciona con la noción del deber jurídico[13], y sostiene:

> El derecho subjetivo no es distinto del objetivo, ya que el Derecho Objetivo mismo se dirige contra un sujeto concreto (*deber*) o en tanto a que se pone a disposición del mismo (*facultad*). Una vez reducido de ese modo el derecho subjetivo al objetivo, una vez que aquél se deja absorber por éste, se excluye la posibilidad de todo abuso ideológico[14].

---

[10] Ferrajoli, Luigi, *op. cit*., p. 59.

[11] Garantías Primarias: pueden ser ***positivas***.- Obligan a abstenciones por parte del Estado y los particulares en el respeto de algún derecho fundamental. Y ***negativas***.- Generan obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Garantías secundarias: Obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten en el primer caso, actos ilícitos, y en el segundo, actos no validos que violen los derechos subjetivos. Ídem.

[12] Ídem.

[13] La función esencial de un orden jurídico, no puede consistir en otra cosa sino en la vinculación normativa de los individuos sometidos a ese orden, y esta vinculación no puede designarse sino mediante la palabra deber, puesto que el mismo deber moral no significa otra cosa que la vinculación que experimenta un individuo por la validez de un orden ético. Dado el papel que se asigna al derecho subjetivo como categoría de propiedad privada tiene, en efecto, poco sentido extenderlo al deber jurídico, pues todo lo que dicho concepto expresa en el sentido de la teoría ideológica como derecho subjetivo, sería puesto en tela de juicio al contraponerle en el concepto de deber jurídico un factor equivalente o primario. Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho,* Trad. Roberto J. Vernengo, 11ª edición, Porrúa, México, 2000, p. 41.

[14] Ibidem, p. 43.

Lo anterior, se puede ejemplificar de la siguiente forma: Si *A tiene un derecho frente a B;* entonces *B tiene un deber frente a A*, por lo tanto, *derecho* y *deber* son términos correlativos inversos. Es justamente lo que Kelsen llama el "derecho reflejo".

En las corrientes del pensamiento jurídico actual, los derechos son considerados como razones. Alexy, al referirse a ellos, destaca la importancia de las diversas formas de expresión (razones) de una norma jurídica: *"Toda norma puede ser expresada a través de un enunciado normativo".*[15] Enunciados tales como *"X tiene un derecho a…"* son enunciados deónticos utilizados en el lenguaje jurídico, en el cual tener el derecho implica tener una razón para *actuar*, o bien, para *no actuar*.

Por su parte, Rolando Tamayo y Salmorán [16] puntualiza que los usos jurídicos de la expresión "derecho", normalmente interpretan al enunciado: *"X tiene derecho a…",* como: *"X tiene derecho a hacer u omitir",* es decir, agrega al enunciado la acción u omisión de una conducta determinada. La posibilidad de hacer u omitir lleva intrínsecamente una *permisión*, es decir, -sostiene el autor- una 'permisión completa'. Dicha permisión connota la idea de que *"X es libre"* de hacer o de omitir.

Cabe destacar que la permisión de la conducta debe ser expresa y provenir de una fuente jurídica, lo que se conoce como una *permisión fuerte*[17]. Lo anterior, significa que si la permisión no emana de dicha fuente, anteriormente ésta (la permisión), no se tenía.

Asimismo, Tamayo señala: *"El derecho implica una permisión exclusiva…".* Cuando la permisión está expresamente en el derecho (subjetivo), éste se convierte en un fundamento jurídico para hacer u omitir. Por

---

[15] Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* op. cit., p. 53.

[16] Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho,* UNAM, México, 1986, p. 65.

[17] Debemos distinguir tres conceptos de permisión: el concepto prescriptivo de permisión más los conceptos descriptivos de permisión fuerte y permisión débil: Cuando el término "permitido" figura en una norma expresa el concepto prescriptivo de permisión. Pero cuando el mismo término figura en una proposición normativa es ambiguo: cuando se dice que un estado de cosas **p** está permitido en un conjunto de normas **a**, esto puede significar dos cosas diferentes; o bien que existe una norma (en **a**) que permite **p**, o bien que **p** no está prohibido en **a**. Por lo tanto, hay dos conceptos de permisión descriptiva: permiso débil y permiso fuerte. Alchourrón y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Citado por Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados,* Ariel, España, 1996, p. 101.

lo que se intenta producir una ventaja práctica sobre una persona o clase de personas[18].

Cuando la norma jurídica positiva confiere derechos a un sujeto para hacer u omitir una conducta, implícitamente impone una obligación para que los demás se abstengan de interferir en dichos derechos.

Lo anterior significa que si *X* a través de una norma jurídica positiva *tiene derecho a…,* es decir, si ejercita su derecho, la norma jurídica al mismo tiempo se convierte en un fundamento jurídico (una razón) para que los demás no interfieran en su derecho. Por lo tanto, el derecho de *X* incluye la facultad de exigir que los demás realicen la conducta correspondiente.

La norma que confiere derechos a un individuo introduce ciertas directivas, tanto para él, como para los demás. Estos últimos no tienen el fundamento jurídico, sin embargo se encuentran en el *perímetro protector* del derecho[19].

El carácter *prima facie* de los derechos no altera o reduce su función normativa, por el contrario, significa que un derecho puede ser superado por otras consideraciones jurídicas[20]. Más adelante se revisarán los elementos que se desprenden del contenido de la norma jurídica (que le da el carácter *prima facie*) y que constituyen criterios de argumentación jurídica.

En apariencia el significado dominante de derecho subjetivo es el que alude a deberes correlativos de otros o a deberes que forman un "perímetro protector". No obstante, dichos deberes no parecen ser un fundamento de carácter moral, sino que están en función de ciertos derechos, lo cual, presupone que tal significado debe ser uniforme en diferentes aplicaciones. Así lo apunta Nino cuando refiere a los derechos como:[21]

a. A la posibilidad del titular del derecho de realizar o no realizar una clase de acciones;

---

[18] Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.* pp. 66-67.

[19] En lo relativo al "perímetro protector" Nino menciona: "Muchos teóricos presuponen que éste es el sentido central del derecho (subjetivo), y muchos creen que es, por lo menos, el más claro de todos. Esto constituye un exceso de optimismo, como se advierte apenas se hurga en la relación entre la conducta obligatoria y el goce del derecho del otro. No basta obviamente ser el destinatario de la conducta obligatoria de otros para ser titular del correlativo derecho (el destinatario de la conducta obligatoria del verdugo es el condenado a muerte y no por eso tiene derecho a ser ejecutado)". Nino, *op. cit.* p. 10.

[20] Tamayo y Salmorán, *op. cit.* p. 76.

[21] Nino, *op. cit.* p. 13.

b. A la exclusión de acciones de terceros que puedan significar un detrimento para el titular del derecho (sea porque impliquen “quitarle” o porque comprendan “hacerle” algo malo) o la realización de acciones de terceros que involucren un beneficio para el titular del derecho (sea porque impliquen “darle” algo o “hacerle” algo bueno);

c. Al goce de algún bien o de situación beneficiosa o a la evitación de algo malo o situación perniciosa.

Lo anterior, puede relacionarse con las diversas corrientes del pensamiento jurídico en los dos últimos siglos, en un sentido, la identificación de los derechos con intereses, o con manifestaciones o ejercicios de voluntad y posteriormente su vínculo con la idea de beneficio o ventaja, lo que sin lugar a dudas conduce a la cuestión de dónde proviene la concesión del contenido del derecho, y si cabe la posibilidad de un sistema moral presupuesto.

Dicha cuestión, cambia por completo el contexto en el que se desenvuelve la expresión derecho subjetivo y proporciona la pauta para la explicación del punto consecuente relativo a los derechos humanos.

1.3.3. Definición de Derechos Humanos.

Para aproximarse a esta definición, es menester hacer algunas consideraciones previas. Como se mencionó al inicio de la investigación, el tema puede ser examinado bajo ciertas perspectivas, y una de ellas es la *Teoría de la justicia* en la cual se integran valores, expectativas y la justificación del sistema normativo que los incorporó; y en esta postura se perfila la conexión de derecho y moral. En este contexto, se ubicarán definiciones de autores contemporáneos que describen el concepto de derechos humanos.

Carlos S. Nino[22] delimita la noción de derechos humanos en cuanto a condiciones de aplicabilidad de la expresión. Es importante distinguir entre los juicios analíticos y los juicios valorativos o normativos; porque dentro de este último esquema es donde opera la noción de derechos humanos.

[22] Nino, Carlos Santiago, *op. cit*., p. 1.

El concepto de derechos humanos emerge de un contexto moral. Las proposiciones de derechos humanos son equivalentes a proposiciones relativas al contenido de reglas o principios de un determinado sistema normativo. En este orden de ideas, el concepto de derechos humanos puede caracterizarse por principios que determinan la justicia de las instituciones sociales[23] y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente del reconocimiento de ciertos órganos o individuos. No obstante, algunos positivistas se oponen a la tesis de que los derechos humanos están establecidos por el derecho natural, en razón de que para ellos, no existen principios ideales que justifiquen instituciones o acciones, toda vez que tales principios no son universalmente válidos sino que son relativos a épocas y circunstancias.[24]

En defensa del rumbo en el cual los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales, Nino menciona algunos rasgos distintivos: los principios morales que sustentan los derechos humanos provienen de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito; si estos principios fueran aceptados para justificar ciertas conductas, ellos serían aceptados como una justificación final de esas conductas; es decir, no hay principios de otra clase que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio; los principios morales pueden valorar cualquier conducta. Si una conducta está o no sometida a valoración moral no puede determinarse *a priori*, sino que depende del contenido de los principios morales básicos.[25]

---

[23] Refiriéndose a las instituciones Pérez Luño define a los derechos humanos como el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 2001, p. 48.

[24] Eusebio Fernández señala: "Los derechos humanos "son aceptados como tales para hombres de una época particular". Todos los derechos son derechos históricos. Incluso podríamos pensar en una época futura donde los seres humanos dejarían de pensar que tienen derechos inherentes, de la misma manera que, a lo largo de la historia, en la mayor parte de las épocas y las culturas, no han "sabido" que tenían derechos. Sin embargo mi matización va en el sentido de que una vez que los seres humanos, a partir de un momento histórico determinado, han sido conscientes y han reivindicado la idea de que les pertenecían ciertos derechos fundamentales y básicos, reflejo histórico-moral de una determinada versión de su dignidad, sostuvieron también la idea de que esos derechos a los que se referían eran algo más que derechos históricos". Una teoría actual de los derechos humanos tiene que fundamentar, moral, política y jurídicamente ese 'algo más'". Fernández, Eusebio, *Los Derechos Humanos y la Historia*, http://www.ifs.csic.es. Fecha de consulta: 9 de junio de 2010.

[25] Nino, Carlos, S., *op. cit.* p. 6.

La identificación de un sistema jurídico es una cuestión teórica que puede resolverse en forma valorativamente neutral, sin embargo, la decisión relativa a qué actitudes deben adoptarse frente a un ordenamiento jurídico, es una cuestión práctica. Dicha cuestión no puede resolverse sin comprometerse (explícita o implícitamente), con principios de justicia y moralidad social, como los que establecen derechos individuales básicos. Nino en este sentido, señala que para justificar sus decisiones, los jueces deben recurrir a razones justificatorias, y en un ámbito donde están en conflicto intereses de diferentes individuos, sólo constituyen razones justificatorias, los principios morales considerados válidos.[26]

En esta dirección, puede inferirse que todo orden jurídico padece de indeterminaciones generadas por lagunas, contradicciones, ambigüedades e imprecisiones, y ellas se resuelven a través de consideraciones valorativas. Dentro de un sistema jurídico, no siempre hay una norma que justifique la decisión que el juez debe adoptar, aun cuando haya tal norma, no siempre puede incorporarse a su razonamiento justificatorio con independencia de juicios valorativos. Y en el caso de derechos humanos concretamente, reviste cierta complejidad, porque habrá que determinar cuáles son los derechos derivados de principios morales válidos, aunque dichos derechos estén o no adscritos a una norma jurídica positiva. La determinación de los derechos humanos en este sentido, sólo puede efectuarse mediante la interpretación para obtener una decisión justificada. Lo anterior no implica que la inserción de los derechos humanos al derecho positivo sea trivial, por el contrario, actualmente es palpable dicha inserción al orden constitucional[27].

Francisco Laporta[28] ofrece una *disección analítica* de la noción del concepto de derechos humanos, y la describe como:

a. La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de…

b. … una posición, situación, aspecto, estados de cosas, etc.…

[26] Idem.

[27] Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio del 2011.

[28] Laporta, Francisco, *Sobre el Concepto de Derechos Humanos,* Doxa, Publicaciones periódicas, No 4, 1987, http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa. Fecha de consulta: 6 de mayo de 2010, pp. 31-34.

c. … que se considera por el sistema normativo un bien tal que constituye una razón fuerte…

d. …para articular una protección normativa en su favor, a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias.

En este esquema, Laporta subraya rasgos formales que pueden ser adscriptos al lenguaje jurídico, y que guardan estrecha similitud con las características antes descritas acerca de los derechos fundamentales, sin embargo, el contexto del que emergen es de índole moral.

Primeramente, Laporta menciona la *universalidad*, rasgo que hace referencia a los titulares de los derechos humanos e implica consecuentemente que resalte el contenido de dichos derechos. Determinar materialmente a los sujetos que se adscriben dentro de este contexto, conlleva a la equiparación de que los titulares de los derechos, o sea, los *seres humanos* puedan ser considerados como agentes morales e implícitamente la tendencia será hacia una ética general y evidentemente el inciso a) del esquema, se retomaría de la siguiente manera: *Para todos y cada uno de los miembros individuales de la clase "ser humano…".* Siguiendo este cauce, no sólo la *universalidad* determinaría la clase de sujetos sobre los que recaen los derechos (como se revisó en la definición de derechos fundamentales) sino también determinaría los destinatarios de las obligaciones generales y especiales que implican dichos derechos (como se verá en el siguiente punto).

De lo anterior se infiere, que *todos* tendríamos un deber fuerte de colaborar *activamente* en la protección y procuración de derechos humanos; igualmente *todos* debemos de *abstenernos* de interferir en dichos derechos, incluyendo al Estado. Asimismo el Estado debe actuar positivamente para la realización de los derechos.

Otro rasgo distintivo al que alude el autor consiste en el carácter *absoluto* o *prima facie* de los derechos humanos, y señala que los derechos humanos pueden considerarse como una *exigencia moral* fuerte, porque llevan sí mismos una fuerza constitutiva. Dicha fuerza deriva del *bien*, de la valoración cualificada de la situación o estado de cosas que trata de protegerse con esa

técnica.[29] Por lo tanto el carácter *absoluto* deriva de la exigencia moral que hay que satisfacer y dicha exigencia no puede ser desplazada (*prima facie)* porque en sí misma representa un *bien*. Los derechos humanos, como se ha enfatizado, son proyectados como requerimientos morales y solamente pueden ser reemplazados por otros requerimientos morales equivalentes en conflicto con ellos, es decir, por otros derechos humanos. Las particularidades que entrañaría un conflicto en el que hubiera desplazamiento de un derecho humano tendrían que ser examinadas mediante un ejercicio de ponderación (como se verá más adelante).

En concordancia Eugenio Bulygin[30] menciona que los derechos humanos sólo pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde la óptica de un determinado sistema moral. Una vez que los derechos humanos son positivizados por la legislación o la constitución, los derechos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aún cuando dicha realidad sea jurídica.

El último rasgo distintivo corresponde a que los derechos humanos son *inalienables* (característica también examinada en el punto relativo a la definición de los derechos fundamentales). *Inalienable* en sentido estricto significa que no puede ser renunciado. Laporta señala que la formulación de *inalienabilidad* significa en que no se puede pensar en los derechos humanos como algo que pueda ser renunciado por la propia voluntad de su titular. La noción de *inalienabilidad* puede interpretarse como la aplicación de la técnica normativa de la obligación o de la inmunidad al propio titular del derecho[31]. Cabe destacar que la libertad en este sentido, sólo es atribuible al ejercicio de los derechos, no a la titularidad.

Las observaciones realizadas en torno a las definiciones de derechos fundamentales; derecho subjetivo y derechos humanos conducen al estudio de su rol en el ámbito jurídico presente. En la actualidad, han ido creciendo otro tipo de concepciones jurídicas tales como el *neoconstitucionalismo*, misma que constituye la superación de la percepción que se tenía anteriormente del

---

[29] Ibídem, p. 37.
[30] Bulygin, Eugenio, *Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos*, Doxa, Publicaciones periódicas, No 4, 1987, http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa. Fecha de consulta: 6 de mayo de 2010, pp. 79-84.
[31] Ibídem, p. 44.

Estado Liberal de Derecho, por la etapa del Estado Constitucional de Derecho; el pluralismo y el globalismo jurídico. Estas nuevas corrientes de pensamiento jurídico en las democracias actuales abren múltiples posibilidades para la aplicación de los derechos humanos en los diversos sistemas normativos. Ana María Figueroa desarrolla el *globalismo jurídico* y los derechos humanos argumentando lo siguiente:

> "Frente al ejercicio del poder económico trasnacional y violento, donde la minoría que lo detenta lo hace a costa de la mayoría de la población mundial; que se caracteriza por su pobreza, vulnerabilidad, insuficiencia de alimentos, bienes y servicios y omisión de derechos esenciales, va creciendo la fuerza del globalismo jurídico, en donde los derechos corresponden a los seres humanos, como sujetos de derecho internacional, que nace libres e iguales, independientemente de su nacionalidad, raza, condición social, educación, linaje, etnia, ciudadanía género y que no reconoce ningún tipo de fronteras. Este globalismo jurídico se encuentra contenido en las declaraciones, pactos, tratados, convenciones internacionales y regionales, que a su vez, cada uno de ellos tienen sus propios organismos políticos, jurídicos, contenciosos y cuasi contenciosos de control para el cumplimiento del contenido de esos instrumentos, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben".[32]

Derivado de lo anterior, la autora en comento, precisa a detalle las diferencias existentes entre derechos humanos y derechos subjetivos. Su razonamiento parte de la nueva forma de concepción del derecho; y los factores que son determinantes para establecer los contrastes, mismos que van desde la construcción epistemológica hasta la jurisdicción.

La *construcción epistemológica* de los derechos humanos puede vislumbrarse a partir del surgimiento de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dichos instrumentos son construcciones convencionales en donde los Estados debaten el perfeccionamiento, la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos, de tal manera que culminan en Pactos, Convenciones, Protocolos, etc. Y en ese sentido, se despliegan las características de los derechos humanos: supralegalidad interna, orden público, indivisibilidad, exigibilidad, no

[32] Figueroa, Ana María, *La Filosofía de los Derechos Humanos,* Investigación y Docencia N° 40, http://www.centrodefilosofia.org.ar. Fecha de consulta: 10 de junio de 2010.

regresividad, y principio *pro homine*. En cambio, los derechos subjetivos, como arriba se menciona, surgen del Estado Liberal de Derecho (1789) que se identificaba con el abstencionismo estatal; y consecuentemente, los derechos y las libertades del ciudadano tenían que ser positivizadas en Constituciones y normas jurídicas del sistema nacional.

Dado que los derechos humanos son construcciones normativas convencionales de carácter internacional, otro rasgo que los distingue de los derechos subjetivos, es la *formalidad*: cuando los Estados ratifican los instrumentos internacionales no pueden alegar su incumplimiento por causas de índole interna; sin embargo, tratándose de derechos subjetivos, éstos sólo poseen un trámite formal para sancionar sus normas (tanto constitucionales como generales), y por lo tanto sus reformas pueden presentarse con mayor frecuencia.

Otro factor que integra las diferencias es relativo al *sujeto*, los derechos humanos son violados por acción u omisión de los Estados, es decir, cuando se incumple una norma de carácter internacional, o bien se desconoce, se incurre en responsabilidad internacional. En el caso de los derechos subjetivos, éstos son vulnerados por particulares, por lo que la controversia será en primera instancia de carácter interno.

Ahora en el caso del *objeto*, los derechos humanos están instaurados por necesidades humanas internacionalmente objetivadas en los instrumentos correspondientes, tomando como base que todo ser humano es sujeto de derecho internacional, y cada Estado como parte integrante de la comunidad internacional debe propiciar su protección. Los derechos subjetivos tienen como objeto la defensa y protección del derecho de propiedad, las cosas, los objetos susceptibles de una apreciación patrimonial, reconocidos en el orden jurídico interno.

En cuanto a la defensa, la diferencia refiere al *sistema de garantías*, cuando son violados los derechos humanos, los sujetos recurren en primera instancia a los tribunales nacionales, pero si el reclamo no es aceptado, subsidiariamente pueden recurrir ante el organismo de control de cada instrumento convencional. Cuando se vulneran derechos subjetivos, como ya se mencionó, primeramente el litigio se llevará a cabo ante el órgano jurisdiccional nacional.

Lo anterior, conduce al factor de la *legitimación*. Frente a la violación de derechos humanos, el particular afectado, los organismos no gubernamentales, los grupos sociales, el Estado y la comunidad internacional tienen la legitimación para reclamar el cumplimiento del derecho lesionado previsto. En el caso de los derechos subjetivos, la legitimación sólo la tiene el sujeto afectado, quien tiene un interés legítimo y funcionarios jurídicamente facultados.

Por último, el factor relativo a la *jurisdicción*, los derechos humanos son subsidiariamente internacionales o regionales, de acuerdo al instrumento jurídico internacional de que se trate. La subsidiaridad se aplica sólo cuando ya se agotó la vía del sistema jurisdiccional nacional, entonces, se acciona el sistema internacional. En los derechos subjetivos, la jurisdicción es interna, los litigios se resuelven en los tribunales competentes.

Precisado lo anterior, y con el propósito de advertir algunas de las diferencias teórico-jurídicas que pueden presentar las concepciones relativas tanto a derechos humanos como a derechos subjetivos, se continuará con el alcance jurídico que tienen los derechos fundamentales.

1.4. Alcance jurídico de los Derechos Fundamentales.

En este apartado se expondrán brevemente algunas consideraciones relativas a la titularidad del derecho, así como del contenido mismo de la norma jurídica que los comprende. Conforme a lo examinado, se indica lo siguiente: La norma jurídica fundamental implícitamente abarca el otorgamiento de derechos; y a su vez, conlleva la imposición de deberes.

1.4.1. La titularidad de los Derechos Fundamentales.

El significado jurídico que incorpora la titularidad de los derechos puede variar según la perspectiva de estudio; verbigracia: la concepción jurídica de la persona humana como sujeto titular de los derechos humanos significa en virtud de su dimensión ética, el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Como se percibió en las definiciones anteriores, los autores indicaban la titularidad de los derechos de distintas maneras; cuando se hablaba de

derechos fundamentales se aludía a todas las personas físicas, ya sean ciudadanos, o bien capaces de obrar, aun cuando se abría la posibilidad de limitar el derecho; y en el caso de derechos humanos, la titularidad de los sujetos pretendía ser más extensiva. Entonces, por un lado, el sujeto titular respecto del cual se reclama la defensa y garantía del derecho, es decir, el sujeto que tiene la facultad; y por otro, el sujeto de defensa, que es a quien se reclama el reconocimiento y garantía del derecho, es decir, el sujeto que tiene el deber jurídico correlativo al correspondiente derecho, este sujeto está obligado a respetar el derecho en cuestión, y en un momento dado a brindar la prestación correspondiente.

La obligación jurídica correlativa surge de las características que fundamentan el derecho, y Francisco Laporta -refiriéndose al rasgo distintivo de *universalidad* de los derechos-, sostiene que dicha *universalidad* determina la clase de sujetos sobre la que recaen los derechos, y por lo tanto, también determina a los destinatarios de las obligaciones generales y especiales que implican los mismos derechos. Estas obligaciones pueden ser tanto negativas como positivas, resultando lo siguiente:[33]

1. *Generales negativas.-* Todos estamos obligados a abstenernos de actuar de forma que lesione los bienes constitutivos del derecho humano en cuestión.

2. *Especiales negativas.-* Los miembros de las instituciones políticas y jurídicas deben de abstenerse de realizar ciertas conductas.

3. *Especiales positivas.-* Los miembros de tales instituciones deben llevar a cabo acciones positivas de protección de ciertos bienes constitutivos de derechos humanos. Un ejemplo de esta obligación está contenida en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (como se verá más adelante).

Como se puede observar, el derecho fundamental no sólo concierne al titular del derecho, además incluye al titular del deber, titular que según el caso, podrá tratarse del Estado.

A este respecto, Robert Alexy distingue los *derechos de protección* y dice que habrán de entenderse a aquellos *derechos* que tiene el titular del

[33] Laporta, Francisco, *op. cit*., p. 35.

derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros[34]. Los *derechos de protección* son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera respecto a la relación recíproca de sujetos jurídicos iguales. Si el Estado es el encargado de la organización y sistematización del orden jurídico, cabría hacer algunas reflexiones:

No siempre en el orden jurídico están contemplados todos los derechos, o puede darse el caso de que en dicho orden, un derecho colisione con otro, y en consecuencia sus titulares entrarían en conflicto, entonces: Primero, ¿Se puede considerar la posibilidad de que un órgano jurisdiccional decida sobre un derecho no contemplado en el ordenamiento jurídico, o en su caso, resuelva sobre qué titular va a recaer el derecho prevaleciente? En inicio, es posible anticipar la respuesta en cuanto al ámbito de competencia, y posteriormente, se explicará lo relativo al contenido, o bien, a la existencia propia del derecho en cuestión y su preeminencia sobre otro.

Ronald Dworkin hace alusión a que *los jueces no son ni deben ser legisladores*.[35] No cabe duda que en la práctica jurídica, el juzgador se ve obligado en algunos casos, a desempeñarse como legislador, sin embargo, se estima que no en todos los casos resulta una forma plausible para dirimir controversias, en virtud de que el juez tiene la posibilidad de excederse en sus decisiones, sobretodo, cuando la resolución trata de ser justificada mediante un argumento político. Y justamente en el hecho de mantener la distinción entre argumentos políticos y argumentos de principios, se apoya la tesis de los derechos de dicho autor. La posibilidad de que un juez decida sobre un derecho no contemplado en el ordenamiento jurídico; o en su caso, decida sobre qué titular recaerá el derecho; o en última instancia, decida la preeminencia de un derecho sobre otro, siempre está latente, y precisamente para evitar el riesgo de que el juez pueda excederse en su decisión, la

[34] Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit*., p. 435.

[35] Ronald Dworkin menciona: "los jueces no son ni deben ser legisladores, y el conocido supuesto según el cual cuando van más allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso. Lo es en cuanto pasa por alto la importancia de una distinción, fundamental dentro de la teoría política, que introduciré ahora en forma más bien tosca. Es la distinción entre argumentos de principio, por un lado, y argumentos políticos por otro." Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Planeta-Agostini, España, 1993, pp. 147-148.

dogmática jurídica ofrece mecanismos (adelante se revisarán) que justifiquen la resolución que él emita.

Otra reflexión en torno a las problemáticas que resultan del alcance jurídico de los derechos y que deriva de la anterior es: ¿Un órgano jurisdiccional es competente para determinar la titularidad de un derecho, en caso de que los supuestos sujetos titulares de derechos entren en conflicto? Como se anticipó, un juez no debe ser legislador, no obstante, cuando el caso lo amerite, el juez tendrá que formular argumentos de principio,[36] en los que se establezca un derecho individual, y por lo tanto, determinar la titularidad del derecho en cuestión. Y por último, ¿existe la posibilidad de que el Estado (titular del deber de garantizar la efectiva realización del derecho), obstaculice el ejercicio de un derecho fundamental? Reflexión que por supuesto conducirá al examen de las facultades que tiene el Estado frente a los titulares de los derechos y sus límites con otros, aún cuando no estén previstos en el orden jurídico interno.

Las probables respuestas a estas observaciones pueden vislumbrarse -como se dijo-, a partir de la revisión del contenido de los derechos, cuando exista controversia. Dicha revisión ha de efectuarla el órgano encargado de la aplicación al caso concreto, y en razón de validez, será un órgano facultado jurídicamente; no obstante, como se advirtió en su momento, los contextos en los que se desenvuelven los derechos no siempre son los mismos. Por esa razón, no se puede pasar por alto el estudio de la dogmática jurídica, misma que suministra criterios para una adecuada interpretación y consecuentemente la correcta aplicación de los derechos.

1.4.2. El contenido de los Derechos Fundamentales.

El análisis que a continuación se plantea, es en relación al contenido de los derechos, el cual remarca un aspecto estructural sobre dos cuestiones primordiales:

[36] Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos. Ibíd., p. 158.

- Si existen derechos subjetivos de protección o sólo normas que prescriben al Estado la protección de los individuos, sin conferirles un derecho subjetivo; y
- Si existen los derechos de protección, cómo es su demarcación con el derecho de defensa.

En cuanto a la primera, se desprende el problema de que si es derecho subjetivo o norma objetiva. El otorgamiento de derechos fundamentales podría resultar a su vez, como se ha venido reiterando, la imposición de deberes de protección por parte del Estado frente a terceros; sin embargo significaría una subjetivización del deber de protección. La solución a dicha cuestión, al parecer, emerge del orden valorativo, y considerando tanto las reflexiones anteriores en torno a la titularidad del derecho, así como las condicionantes que presenta el orden jurídico en la aplicación de los derechos fundamentales, algunos autores han vertido sus opiniones acerca de una correcta aplicación jurídica.

Robert Alexy, por ejemplo, cuando plantea la posibilidad de conflictos entre normas en el sistema jurídico a causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, expone una teoría de valores que puede ser formulada como *Teoría de principios,*[37] y a su vez, propone que el reconocimiento de derechos subjetivos significa una medida mayor de realización que la sanción de meros mandatos objetivos. Así, una mera prohibición objetiva de intervención sería menos que un derecho subjetivo de defensa con el mismo contenido. Por lo tanto, la subjetivización de los deberes de protección puede fundamentarse con

[37] Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina "valor". En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión de valores y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión de principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores. Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Trad. Garzón, Valdés, Ernesto, Fontamara, México, 2006, p. 16.

el carácter de principio de los derechos fundamentales[38]. Aspecto que se abordará más adelante.

En este orden de ideas, Ronald Dworkin cuando distingue entre argumentos de principio y argumentos políticos, menciona: los primeros se proponen establecer un derecho individual; y los segundos proponen un objetivo colectivo, y por lo tanto, refiere a los principios como proposiciones que describen derechos y a las políticas proposiciones que describen objetivos (colectivos).[39]

Ambos autores necesariamente tienen que distinguir ámbitos de aplicación y una vez establecida la diferencia, orientar a los derechos en un espacio en el que sea posible su perfeccionamiento, aunque su justificación emane de vertientes axiológicas. En este sentido, cabe mencionar lo señalado por los autores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, los cuales resaltan la importancia del cometido que tienen los principios dentro del orden jurídico y desde luego, tendrán implicación directa en los efectos jurídicos de la aplicación de los derechos fundamentales. Ellos relacionan el ejercicio de los principios en sentido estricto dentro del contexto valorativo:

> Los principios en sentido estricto suponen "la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualesquiera intereses". Por eso, las normas que recogen esos valores (los principios en sentido estricto) prevalecen siempre frente a las directrices y juegan un papel predominantemente negativo: evitar que la persecución de los intereses pueda dañar a esos valores[40].

Asimismo, Gregorio Peces-Barba afirma que el establecimiento de normas que confieren derechos fundamentales se produce cuando se intenta positivizar las pretensiones morales.[41]

En cuanto a la segunda cuestión acerca de la circunstancia en que si existen los *derechos de protección*, ¿cuál sería el límite con el *derecho de*

---

[38]Al igual que en el caso de todos los derechos basados en principios, depende de las posibilidades fácticas y jurídicas. Al igual que en las otras posiciones iusfundamentales, en los derechos de protección hay que distinguir también claramente entre las posiciones *prima facie* y las posiciones definitivas. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit.*, p. 440.

[39] Dworkin, Ronald, *op. cit.* p. 158.

[40] Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados*, Ariel, España, 1996, p.123.

[41] Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General,* Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 30.

defensa? Alexy señala que cuando se trata de 'derechos' frente al Estado, la diferencia radica en que el Estado omita intervenciones y a su vez, se encargue de que terceros omitan intervenciones.[42] Si se considera que son directrices, éstas irán destinadas a acciones negativas del Estado, y por lo tanto, serán deberes con carácter de principios. Sin embargo, es conveniente recordar que al Estado (tratándose de derechos fundamentales), no sólo le corresponden acciones negativas sino también positivas en cuanto a sus deberes de prestación.

El alcance jurídico de los derechos fundamentales en relación a su titularidad puede revestir ciertas imprecisiones, e igualmente lo relativo a su contenido. La exposición del punto consecuente, permitirá conocer algunos criterios proporcionados por la dogmática jurídica para formular argumentos cuando los derechos fundamentales se consideren como principios.

1.4.2.1. La Teoría de los Principios.

En los sistemas jurídicos modernos, las normas jurídicas suelen incluir reglas y principios, ambos establecen lo que debe ser, es decir son razones para llevar a cabo juicios concretos. Éstos pueden ser formulados mediante expresiones deónticas básicas del mandato, tales como el permiso y la prohibición. Algunos autores han proporcionado criterios para la descripción y aplicación de dichas normas jurídicas. La aplicación jurídica puede vislumbrarse mediante dos maneras: la subsunción y la ponderación. En esta dirección, se examinarán brevemente algunas teorías con la finalidad de obtener instrumentos que permitan la elaboración de argumentos para exponer en su momento, los efectos jurídicos en la aplicación de los derechos fundamentales.

La descripción que hace Robert Alexy en su *Teoría de los Principios*, se sustenta primeramente en la distinción de reglas y principios, y dice que tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata, es de una distinción dentro de las clases de normas. La diferencia se desarrolla de la siguiente manera: [43]

---

[42] Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit*., p. 441.
[43] Ibíd., pp. 67-68.

- **Principios.-** Son normas que ordenan que se realice algo en mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada para su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.
- **Reglas.-** Son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más, ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados.

Por lo tanto, Alexy sostiene que la distinción entre reglas y principios es cualitativa y no de grado[44]; y para fundamentarla, enfatiza que la diferencia crucial es justamente en las colisiones:

> "Es común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma en que se soluciona el conflicto."[45]

En caso de conflicto de reglas, las determinaciones que se hagan, implicarán su cumplimiento o incumplimiento (en el caso de que no sea posible incluir una cláusula de excepción), entonces debe declararse inválida por lo menos una de las reglas. No obstante, el criterio que pudiera merecer este tratamiento, sería recurrir a parámetros tales como jerarquía, temporalidad o especialidad. Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez. Y en el caso de colisiones entre principios, uno tendrá que ceder ante

[44] El criterio de la distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad. Según ello, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las normas de un grado relativamente bajo. Quien considera la generalidad como decisiva llaga a la conclusión de que entre las reglas y los principios existe sólo distinción de grado. Esto puede designarse como "tesis débil de la separación". La tesis fuerte de la separación la representa, en cambio, quien afirma que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo. Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, *op. cit*., p. 10.
[45] Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.* p. 69.

el otro. En esta dirección, Ronald Dworkin refiere a la relatividad de los derechos:

> "Los derechos también pueden ser relativos; un principio podría tener que ceder ante otro, o incluso ante una política urgente con la cual compite respecto de determinados hechos. Podemos definir que el peso de un derecho, suponiendo que no sea absoluto, como su poder para resistir una competencia tal. De la definición de un derecho se sigue que no todos los objetivos sociales pueden anularlo. Para simplificar, podríamos afirmar que ninguna finalidad política será un derecho a menos que tenga cierto peso frente a los objetivos colectivos en general, a menos, por ejemplo, que sea imposible derrotarla apelando a alguno de los objetivos ordinarios y corrientes de la administración política, sino que haya que recurrir a un objeto de especial urgencia"[46]

Lo anterior, no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en dicho principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. La solución en torno al principio que prevalece emerge de los casos concretos, en donde los principios tienen diferente peso y por ende, predomina el principio de mayor peso.

Algunos autores destacan que en las colisiones producidas entre los contenidos de las normas jurídicas dentro del orden normativo (reglas contra reglas, reglas contra principios, o principios contra principios), necesariamente el órgano jurisdiccional debe estimar los criterios suministrados por la dogmática jurídica para justificar su decisión.

Alexy señala que dentro de un orden débil en el que es posible una *Teoría de los principios* se revelan tres elementos: sistemas de condiciones de prioridad; estructuras de ponderación y; prioridades *prima facie* a saber:[47]

a. **Condiciones de prioridad.-** Cuando existe un conflicto entre los niveles de reglas y principios, se expresan las condiciones bajo las cuales, un principio prevalece sobre otro, mismas que forman el supuesto de hecho de que una regla determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente. Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas, proporcionan información sobre el peso relativo de los principios.

[46] Dworkin, Ronald, *op. cit.* pp. 160-161.
[47] Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 17-20.

No obstante, frente a la posibilidad de que surjan nuevos casos concretos y con ello la contingencia de nuevas combinaciones, no se puede construir una teoría que determine para cada caso una decisión específica; de igual manera resulta útil en cuanto a un procedimiento de argumentación, mismo que debe ser incluido en una teoría completa de la argumentación jurídica.

b. **Estructuras de ponderación.**- Los principios exigen una cristalización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Éstas últimas refieren a la *ley de ponderación*: *"Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento de otro."* Lo anterior recoge el principio de proporcionalidad, y por consiguiente la conducción a estructuras de argumentación jurídica de mayor alcance. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina *"ley de la ponderación"* y que se puede formular de la siguiente manera:

> "Cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro."[48]

La *ley de la ponderación* permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos: el primero consiste en definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en el segundo, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; el último paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario, justifica la restricción de la no satisfacción del otro.

c. **Prioridades *prima facie*.-** Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación, por lo que crean un cierto orden en el campo de los principios, por supuesto no contienen una determinación definitiva: si son más fuertes los argumentos a favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la

[48] Alexy, Robert, *La fórmula del peso*, en *El Principio de Proporcionalidad y Protección de los Derechos Fundamentales*, Comp. Miguel Carbonell, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, México, 2008, p.13.

prueba; y con ello, el orden depende nuevamente de la argumentación jurídica.

Carlos Bernal Pulido subraya la utilidad de considerar la estructura de ponderación con sus tres elementos empleada por Alexy, porque brinda al órgano jurisdiccional los mecanismos necesarios para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. [49]

Lo anterior, en virtud de que las resoluciones jurisdiccionales se convierten en precedente, y por ende, permite la aplicación consistente y coherente de los principios, asimismo, la predicción de los resultados en ponderaciones futuras.

Con el propósito de exponer brevemente algunas de las circunstancias que rodean a la *ley ponderación* y a la *fórmula del peso*, Bernal Pulido ha precisado algunas objeciones a la teoría propuesta por Alexy esquematizándolas de la siguiente manera:

Primero, respecto a la *función de la fórmula del peso*, subraya que intrínsecamente expresa una nueva ley de ponderación porque en la relación de precedencia, no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto, sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios.

Segundo, *la estructura de la fórmula del peso*, expresa la dificultad de considerar la existencia de criterios objetivos para determinar el valor de las

[49] Cuando se habla de colisión de principios es necesario penetrar en la estructura de ponderación. Carlos Bernal Pulido menciona que la ponderación es únicamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sin una relación de precedencia condicionada entre los principios a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial. Y en concordancia con Robert Alexy, señala que para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. En lo relativo a la fórmula del peso, Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios; por último, la carga de la argumentación, misma que opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate. Alexy aduce argumentos a favor de la libertad y la igualdad jurídica. En caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como “no desproporcionada”, y por tanto debe ser declarada constitucional, de acuerdo al autor, los empates juegan a favor de la democracia. Bernal Pulido, Carlos, *La racionalidad de la Ponderación*, en El Principio de Proporcionalidad y Protección de los Derechos Fundamentales, Comp. Miguel Carbonell, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, México, 2008, pp. 49-50.

variables que integran dicha estructura sobretodo en los casos difíciles, y deja de manifiesto que el grado de importancia de los principios relevantes depende de las premisas fácticas y normativas.[50] Es decir, la construcción de las premisas tendrá que ver con el significado que tenga la medida de examen para los principios relevantes; y por lo tanto, la importancia depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración con que la medida afecta y satisface, correlativamente los principios en juego. Cuanto más eficiente, rápido, probable, potente y duradero sea el acto bajo examen para afectar y satisfacer, correlativamente, los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios. En cuanto al peso abstracto, depende de consideraciones morales e ideológicas, lo que lleva al juez a adoptar una posición en relación a la teoría sustancial de la Constitución[51]. En este sentido, también el autor señala la posibilidad de identificar límites de racionalidad en la determinación de la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a los principios[52].

Derivado de lo anterior, se puede apreciar dentro de la *Teoría de los Principios*, lo palpable que pueden llegar ser los mecanismos que necesita el órgano jurisdiccional para fundamentar correctamente su decisión, aún cuando se presenten dificultades e imprecisiones en la construcción de las premisas para determinar la importancia de dichos principios, y por lo tanto, la trascendencia de su decisión. Asimismo, puede estimarse su utilidad en la predicción de los resultados de ponderaciones que posteriormente se pudieran suscitar.

---

[50] Carlos Bernal Pulido describe a las premisas de la siguiente manera: Un primer tipo de premisa normativa tiene que ver con el "significado" de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio, desde el punto de vista del "concepto de persona" presupuesto por el sistema jurídico y político. Estos derechos ostentan un significado sobresaliente y, por tanto, toda intervención del poder público en ellos debe considerarse como una intervención seria en el principio al que se adscriben. Una segunda clase de premisa normativa es la importancia de la posición jurídica, considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes. Ibíd. pp. 57-58.

[51] Si se asume que la teoría sustancial de la Constitución es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad. Si la teoría es comunitarista, el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. La Constitución no puede dar ninguna respuesta correcta. Ibíd. p. 59.

[52] Los límites de racionalidad tienen que ver con varios factores. En primer lugar, es difícil determinar la fiabilidad de todas las apreciaciones empíricas desde todas las perspectivas. El conocimiento del juez es limitado. A veces el juez no sabe cuál es el valor correcto que debe atribuirse a cada una de estas variables. En segundo lugar, la combinación de estas variables es un asunto complejo. Ibíd. p. 60.

La revisión de este aspecto tan importante en la teoría jurídica contemporánea pone de relieve el alcance que tienen los derechos fundamentales en la actualidad. En este orden de ideas, Gustavo Zagrebelsky quien también se ha ocupado de la descripción de reglas y principios, hace referencia a la distinción entre normas legislativas y normas constitucionales como se verá a continuación:

> Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley[53].

Puntualizada la distinción en el sentido de ponderar las normas jurídicas consagradas en la Constitución, Zagrebelsky especifica el rol que representan en el orden jurídico:

- **Principios.-** Los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico. Los principios proporcionan criterios para "tomar una posición" ante situaciones concretas pero que apriorísticamente no están determinadas. Los principios carecen de supuesto de hecho.
- **Reglas.**- Son leyes reforzadas por su forma especial. Se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Las reglas proporcionan el criterio base de las acciones, hacia donde va encaminada la conducta en situaciones específicas previstas por las reglas mismas. Sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto.

En concordancia con las anteriores exposiciones, Zagrebelsky exceptúa entre la aplicación de reglas normativas y principios, señala que para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Sin embargo, subraya que la aplicación mecánica de la norma es una idea positivista, porque no se puede perder de vista que el derecho contenga

[53] Zagrebesky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* Trad. Gascón, Marina, Trotta, Madrid, 2003, pp.109-111.

principios. La “aplicación” de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” ante ésta de conformidad con ellos.

Los elementos anteriormente citados que brinda la *Teoría de los Principios* propuesta por Alexy, así como las objeciones de Bernal Pulido al respecto; los contrastes entre reglas y principios en cuanto a la validez señalados por Dworkin y; por último la distinción entre la subsunción y la aplicación de los principios planteada por Zagrebelsky, proporcionan condiciones jurídicas sobre las que se puede justificar una decisión judicial.

La aplicación de los derechos que efectúe el órgano jurisdiccional de acuerdo al caso concreto, mostrará su repercusión en el futuro, y por lo tanto serán evidentes los límites de los principios y consecuentemente los de los derechos fundamentales. A continuación se presentan algunas reflexiones que la doctrina ha vertido al respecto.

1.4.3. Los límites de los Derechos Fundamentales.

Antes de iniciar la exposición, se precisará que aunque no existe uniformidad de criterios relativos a límites en la doctrina, la dogmática tradicional trata de clarificar a través de límites normativos: primeramente, los *límites materiales* que refieren propiamente al contenido de las normas jurídicas, mismas que comprenden su producción, aplicación y ejercicio; y en segundo lugar los *límites formales* que se vinculan con las facultades otorgadas a los órganos jurisdiccionales. No obstante, de acuerdo a lo que se ha venido trabajando, se puede considerar que los límites se encuentran en la interpretación que se lleve a cabo de la norma fundamental; y por lo tanto, los límites en la aplicación de los derechos se revelarán en la decisión que el órgano jurisdiccional materialice al caso concreto.

Asimismo, se reconoce la utilidad que la *Teoría de los Principios* con sus extensiones (*ley de ponderación* y la *fórmula del peso*) ofrece para delimitar los derechos; y en este tenor, algunos autores consideran también la posibilidad de restringir un derecho fundamental cuando el órgano encargado de la aplicación realice una justificación basada en la razonabilidad. Entonces, se ha de advertir

que la protección de los derechos fundamentales no es absoluta, sino relativa, toda vez, que está expuesta a lo que circunscriba el órgano jurisdiccional.

Los límites de los derechos en general, es decir, de aquéllos que son de textura abierta se pueden encontrar en la Constitución y en las leyes; y los límites de los derechos concretos aparecerán en la resolución jurídica que el juez pronuncie de manera definitiva acerca del conflicto planteado.

Para el juzgador, las formalidades del lenguaje de los derechos constituyen una pieza primordial en su razonamiento jurídico, y dado que los argumentos basados en derechos tienen significado y efecto en el discurso jurídico, están abiertos al análisis sobre la textura abierta o a la indeterminación de los argumentos jurídicos en general, lo cual conlleva a presentar una breve consideración acerca de lo que Duncan Kennedy denomina la *Crítica del Razonamiento Jurídico* a la *Crítica de los Derechos Constitucionales* y la crítica estriba:

> "…Primero, cuando el derecho reivindicado empleado en el argumento es visto como una regla legal, como una prescripción positiva que debe ser interpretada, entonces se le interpreta utilizando argumentos de política pública." "…Segundo, cuando se apela un derecho como razón para adoptar una regla, la crítica interna reduce el razonamiento jurídico de los derechos al razonamiento sobre política pública, mostrando que es necesario balancear el derecho determinado por una de las partes con el reivindicado por la otra. De acuerdo a esta crítica, lo que determina este balance no es una cadena de razonamientos a partir de un derecho o incluso dos derechos, sino un tercer procedimiento, que de hecho implica tener en cuenta argumentos de textura abierta basados en la moral, el bienestar social, las expectativas, la competencia institucional y el nivel de complejidad en la aplicación."[54]

La crítica advierte la *pérdida de la fe* en el razonamiento jurídico, porque los derechos, o -en el sentido que maneja Kennedy-, las reglas legales pueden ser moralmente admirables o monstruosas; pueden estar basadas en la regla de la mayoría, el derecho natural, la costumbre, etcétera. El autor manifiesta que el razonamiento jurídico no es precisamente lo que el derecho *debería* ser.

[54] Kennedy, Duncan, *La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies*, Trad. Juan González Bertomeu, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 47 (2006). Fecha de Consulta 19 de mayo de 2010, p. 63.

Para concluir este rubro, en el que se muestran diferentes perspectivas para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales y así establecer sus límites con otros derechos, se considera pertinente citar a Zagrebelsky[55] en virtud de que destaca algunos aspectos bajo los cuales pueden delimitarse los derechos fundamentales, estableciendo la siguiente distinción: los derechos orientados a la libertad, y consecuentemente los orientados a la justicia:

- **Derechos fundamentales orientados a la libertad.-** Aparentemente son ilimitados, no obstante, los únicos límites son los derechos de los demás; en este caso, la norma jurídica aplicable tiene que establecer los confines entre los distintos grupos de derechos de cada sujeto. Posteriormente, la autoridad encargada de la aplicación tendrá que decidir cada caso en particular con el propósito de mantener un equilibrio entre los derechos.
- **Derechos fundamentales orientados a la justicia.-** Los derechos concebidos en vista de la justicia, tienen que centrarse en el orden objetivo, verdadero y consecuentemente justo, es decir, a una "legalidad" independiente de los sujetos, como límite extrínseco a la voluntad individual. Las dificultades que enfrentan los tribunales competentes en este rubro derivan de la tutela individual de cara a la planificación pública en sectores estratégicos para la vida y los intereses colectivos, por lo que sostener armonía entre los derechos, resulta con frecuencia una gran labor.

Después de exponer brevemente el pensamiento de diversos autores y las conclusiones a las que llegaron en torno a los derechos, con sus ventajas y vicisitudes al momento de ser aplicados al caso concreto, y por ende, marcar la línea fronteriza que delimita a uno del otro, ya sea a través de un razonamiento jurídico en donde implica la ponderación de principios, o bien como un argumento político con objetivo colectivo; o tomando en cuenta argumentos de textura abierta basados en la moral, bienestar social, expectativas, etcétera; o estableciendo el fin al que se pretende llegar mediante la competencia de la autoridad encargada de la aplicación o mediante la armonización de los derechos.

Una vez definido el alcance jurídico de los derechos fundamentales, se observó lo impreciso que en un momento dado puede ser el sistema jurídico, lo

[55] Zagrebesky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 87-89.

que conduce a la dificultad para determinar tanto la titularidad del derecho, como el contenido mismo de la norma jurídica que lo reconoce. Es por ello que se consideró significativo exponer las diversas teorías que ofrece la dogmática jurídica para tener los mecanismos necesarios para formular argumentos que permitan resolver cuestiones relativas a la prevalencia de un derecho sobre otro.

En esta dirección, surge la posibilidad de considerar principios integrados al contenido y estructura de las normas jurídicas, y éstos tendrán mayor fuerza, en la medida de cómo se vinculen con el orden constitucional, toda vez que tratándose de derechos fundamentales configura un aspecto esencial. Sin menoscabo de los tratados internacionales adscritos al orden jurídico nacional, o bien a las construcciones que se hagan en la jurisprudencia.

En el siguiente apartado se analizará la integración de los derechos fundamentales al orden constitucional y su importancia como situaciones de derecho positivo.

1.5. Integración de los Derechos Fundamentales al orden constitucional.

El desarrollo histórico de los derechos fundamentales (como se revisó en rubros anteriores) ha pasado de la pretensión de poder actuar conforme a la voluntad individual que fija libremente sus contenidos, a la pretensión de actuar en el sentido debido,[56] o desde otra perspectiva, tener razones para actuar correctamente. Los derechos fundamentales como pretensiones de la voluntad tienen naturaleza esencialmente subjetiva en un doble sentido, son en efecto, instrumentos para la realización de intereses individuales, confiados a la autónoma valoración de sus titulares, y además implican un deber por parte del Estado para garantizarlos, y como se dijo en su momento, brindar una prestación.

Independientemente de lo anterior, cabe destacar que se considerarán como tales, si existen como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidos en las constituciones, o bien, si tienen la posibilidad de estar

[56] El derecho no era la pretensión de respeto a la voluntad individual que fija libremente sus contenidos, sino la pretensión de poder actuar en el sentido debido según la razón, un orden o una ley universal. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit*., p. 81.

adscritos al orden constitucional (mediante instrumentos internacionales, sentencias constitucionales, etc.), con la finalidad de que sean vislumbrados como mandatos de optimización.

Primeramente, la integración de los derechos fundamentales al orden constitucional puede verse reflejado bajo la siguiente perspectiva, en los momentos constituyentes, las voluntades políticas de los sujetos políticos se coordinan para la consecución de un objetivo común, mismo que consiste en establecer principios por encima de intereses particulares para propiciar la convivencia de todos. Se puede considerar entonces la afirmación de que tanto en la Constitución, como en otro tipo de materiales jurídicos quedan plasmados principios; y por lo tanto, la concepción de derechos fundamentales:

> El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte. Tales principios, expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, etc., pero el contenido de estos conceptos, es decir su "concepción", es objeto de inagotables discusiones. Las concepciones ejercen su influencia sobre cada aplicación de los principios, porque las declaraciones constitucionales al respecto no son más que esbozo cuyo alcance concreto se mueve en el sentido de la evolución de las ideas. [57]

De acuerdo a lo examinado, los principios se consideran como la más alta manifestación del derecho positivo, no obstante dicha afirmación emerge del ámbito valorativo[58]. Y tanto para su integración, como para los efectos del derecho positivo, los derechos fundamentales son aquellos otorgados por una norma de carácter fundamental como lo es la Constitución, o que puedan ser adscritos. De acuerdo con un sector de la doctrina, la trascendencia de los derechos fundamentales dependerá de la producción de la norma fundamental (hablando en términos de validez) realizada por una autoridad competente; y conforme a otro sector, estribará en el contenido moral de la misma y su aplicación al caso concreto.

---

[57] Ibidem, p. 124.

[58] No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ellos es la tendencia, más o menos conscientemente adoptada por la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales, al concebir todo el contenido de las Constituciones (incluidos los derechos fundamentales) como declaraciones de valores. Ibidem, pp.125-126.

El constitucionalismo es el resultado de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales impuestos por los principios. En este sentido, Ferrajoli afirma que cambió el paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de principios:

> La legalidad resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del *ser* del derecho (su existencia)- ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino precisamente puesto por el legislador- y también la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de validez, asimismo positivizadas con rango constitucional, como derecho sobre el derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica. No se trata de eliminar o de poner en crisis la separación entre derecho y moral realizada en el primer positivismo, sino por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de derecho. En efecto, gracias a esta doble artificialidad, no sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivizadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley[59].

Se puede destacar así, que lo propuesto para efectos del positivismo jurídico consiste en una función integradora, o de perfeccionamiento[60] del orden jurídico; ya sea en cuanto al contenido de la norma o a su producción. Sin menoscabo de lo anterior, Zagrebelsky subraya el contenido moral que comprende el derecho positivo:

> La "positivización" de contenidos "morales" afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico, y que es de grandísima importancia para la historia del derecho, sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida por la elaboración de materiales diferentes, tanto del derecho constitucional como del derecho natural[61].

La intención de enfatizar la integración de los derechos fundamentales al orden constitucional, es con el objeto de proporcionar un panorama en cuanto a las posibilidades de su aplicación porque pueden ser profusas y complejas.

---

[59] Ibidem, p. 67.

[60] Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para "perfeccionar" el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que le tienen atribuida. Zagrebelsky, *Gustavo, op. cit.*, p. 117.

[61] Ibidem, p. 116.

En este orden de ideas, la importancia de integrar a los derechos en el orden constitucional permite bajo cualquier óptica, la cimentación de estructuras que propiciarán la armonización y concreción de los derechos.

Derivado de lo anterior, se considera representativa la exposición de las diversas perspectivas de estudio que presentan los derechos fundamentales para posteriormente, desplegar los conceptos y análisis que ha hecho diversos autores tanto de los derechos fundamentales como de los elementos y características que se desprenden de ellos.

La esencia del estudio relativo a la titularidad y contenido de los derechos fundamentales significa demostrar su alcance jurídico, el cual refrenda las posibilidades de aplicación de los mismos.

Dicha aplicación en un caso concreto implica exhibir las probables colisiones que pueden llegar a producir los derechos fundamentales cuando son considerados como principios y por lo tanto, la pugna que llegara a darse entre ellos tendrá que resolverla el órgano jurisdiccional. Las vías por las que un órgano encargado de la aplicación del derecho en su resolución puede apoyarse, van desde la aplicación mecánica de la ley hasta la argumentación jurídica que lleva intrínsecamente a un ejercicio de ponderación. En este tenor, se expuso el pensamiento de diversos autores, mismos que postulan sus teorías para la resolución de conflictos y como se observó los derechos fundamentales tendrán mayor fuerza en la medida en que existan como situaciones de derecho positivo. Es importante exponer el marco teórico jurídico de los derechos fundamentales porque representa la estructura sobre la cual se van a instituir los derechos culturales y por añadidura el derecho fundamental de acceso a la cultura.

En la siguiente parte de la investigación se plantea la revisión y el estudio de los derechos culturales; así como su vinculación con los derechos fundamentales. En este sentido, se considera crucial para la investigación, exponer ambos marcos teórico-jurídicos, y en la misma dirección, efectuar un análisis de la naturaleza jurídica de los derechos culturales, características, elementos, etc. y posteriormente señalar si así fuese el caso, su hipotético enfrentamiento con otros derechos.

CAPÍTULO 2

Marco teórico-jurídico de los Derechos Culturales

Derecho de acceso a la cultura

La libertad es primordial para la cultura, sobretodo,

la libertad para decidir lo que habremos de valorar

y qué clase de vida vamos a buscar.

Amartya Sen

2.1. Introducción.

El objetivo que persigue la segunda parte de la investigación consiste en exponer los *derechos culturales* bajo un esquema primeramente conceptual, y posteriormente en el ámbito jurídico; en virtud de que se considera que su aplicación repercute de manera importante en las sociedades actuales.

Para lograr dicha pretensión, se considera necesario examinar la parte general de los *derechos culturales*, y después el estudio de sus particularidades, en el que se sitúa el *derecho de acceso a la cultura.*

En este tenor, y para lograr un acercamiento a la definición de los *derechos culturales*, se plantea revisar el concepto actual de *cultura.* El término *cultura* es complejo, su estudio es abordado multidisciplinariamente, y de él se derivan una pluralidad de aspectos, todos ellos con repercusiones jurídicas, no obstante, dicha revisión servirá de guía para la comprensión de los derechos, su función en las sociedades actuales, y en especial, los relacionados con el derecho a su acceso.

Una vez desarrollado el concepto de *cultura*, se plantea la posibilidad de proponer el acto de creación del hombre como la génesis de la integración del ser individual al ser colectivo, y en esa mixtura, la identidad de un pueblo. A partir de ese momento, la *libertad* con la que el hombre cimentará su cultura y a su vez, la compartirá con los demás, en la medida de lo posible. Estas acciones entrañarán ineludiblemente la formación de derechos y obligaciones. Partiendo de la viabilidad

de la propuesta relativa al acto de creación como generador de derechos, se presentarán diversas alternativas teórico-jurídicas en torno a los *derechos culturales* en la realidad actual.

Asimismo, se realizará una breve exposición de los elementos que conforman a los *derechos culturales* con énfasis (como se ha mencionado), en los *de acceso a la cultura*, tomando como estructura metodológica la revisión de dogmática, algunos instrumentos jurídicos internacionales, y ejercicios de índole jurídica que proporcionen elementos suficientes para colmar el marco teórico-jurídico correspondiente a los derechos en comento. Asimismo, se reflexionará acerca de la existencia de los mecanismos jurídicos necesarios para permitir que la sociedad actual tenga acceso a la cultura, y por lo tanto, mejore su nivel de vida.

2.2. Concepto de cultura

Resulta un tanto complejo irrumpir en el concepto de *cultura,* sobretodo cuando dicho término ha evolucionado constantemente desde la fase concreta[52], pasando por la abstracta[53] y culminando con la simbólica. Es justamente a partir de ésta última fase en donde se pretende ubicar dicho concepto, mismo que servirá para alcanzar el objetivo planteado. A continuación, se presentan algunos conceptos de *cultura* que han desarrollado diversos autores, mismos que serán nuestro punto de partida para forjar una mejor apreciación de los *derechos culturales*.

[52] Gilberto Giménez cita la definición que propone Edward B. Tylor: "La cultura o civilización, en sentido etnográfico amplio, es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridas por el hombre en cuanto a miembro de la sociedad". Giménez, Gilberto, *Teoría y Análisis de la Cultura. Problemas Teóricos y Metodológicos*, CONACULTA e Instituto Coahuilense de Cultura, Colección Interacciones, México, 2006, p. 1.

[53] En la formulación del concepto de cultura durante la fase abstracta, Giménez señala que la atención de los antropólogos se desplaza de las "costumbres" a los "modelos de comportamiento", y el concepto de cultura se restringe circunscribiéndose a los sistemas de valores y modelos normativos que regulan los comportamientos de las personas pertenecientes a un mismo grupo social. En suma, la cultura se define ahora en términos de modelos, pautas y parámetros o esquemas de comportamiento. Giménez, Gilberto, *op. cit.* p. 2.

Realizar un análisis de *cultura* es intrínsecamente incompleto, hablar de *cultura* es hablar del hombre, pero no de aquél hombre solitario, sino de aquél que vive en grupo y se reconoce como tal.[54] El ser humano se reconoce como un ser individual con singularidades pero a la vez, partícipe de ciertos acontecimientos que lo asemejan a lo plural, en él, se halla su cuerpo y el del pueblo.

Esta situación propició que el hombre intentara adaptarse a la naturaleza, trató de conocerla y en ese afán, también fincó su noción de felicidad. Así, cuando el hombre se enfrentó con el fuego, inventó la rueda, pintó una caverna era feliz, pero también en sus fracasos experimentó la frustración. El hombre se esforzó por conquistar la felicidad y alejar el sufrimiento. En estos escenarios, el hombre expresó sus emociones, sentimientos e ideales plasmándolos en los recursos que tenía a su alcance y compartiéndolos con los demás.

Una vez que la expresión tomó forma, no sólo representaba la exteriorización de su ser sino también la necesidad de comunicarla a los otros. Es decir, abrió la posibilidad de establecer un diálogo entre él y los demás, para transmitir no sólo dicha exteriorización sino el mensaje, ya sea de expresar su alegría, ira, tristeza, deseo, miedo, advertir un peligro, o resaltar un ideal. Sin embargo, es preciso enfatizar que la expresión no sólo es una exteriorización de ese ser en particular, sino ese ser en cuanto parte de la sociedad o comunidad misma, es pues, una exteriorización del pueblo, en su obra, se une de forma extraordinaria lo subjetivo y lo objetivo.

En este diálogo, los demás también empezaron a compartir sus vivencias, y del mismo modo las transmitieron. Poco a poco los individuos fueron organizándose socialmente por medio de actos *culturales*.[55] La organización social

---

[54] La descripción del comportamiento del hombre en comunidad y su significado será como mera conjetura, asimismo la estimación y las conclusiones sólo pretenden dar una explicación al caso en particular.

[55] Sigmund Freud considera el término cultural como: "… la suma de las producciones e instituciones que distancian nuestra vida de la de nuestros antecesores animales y que sirven a dos fines: proteger al hombre contra la naturaleza y regular las relaciones de los hombres entre sí. El comienzo es fácil: aceptamos como culturales todas las actividades y los bienes útiles del hombre, al poner la tierra a su servicio, a protegerlo contra la fuerza de los elementos, etcétera.

proporcionó pautas de significados transmitidos en formas simbólicas,[56] mediante las cuales, los hombres se comunicaron entre sí y compartieron sus experiencias, concepciones y creencias. Son varios y diversos los actos humanos que comprende el término *cultura*. Describir un acto en particular, sería limitar el concepto de *cultura* porque cada acto humano varía según el tiempo y el espacio. En este orden de ideas, Clifford Geertz menciona:

> "El concepto de cultura que propugno, es esencialmente un concepto semiótico. Creyendo con Max Weber que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, considero que *la cultura es esa urdimbre y que el análisis de la misma ha de ser, por tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes, sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones*. Lo que busco es la explicación, interpretando expresiones sociales que son enigmáticas en su superficie. Pero semejante pronunciamiento, que contiene toda una doctrina en una cláusula, exige en sí mismo una explicación."[57]

La *cultura* se encuentra en todas las manifestaciones de la vida individual y colectiva del hombre. La *cultura* es dinámica (cultura en acción) y también puede reconocerse pública (en el sentido de que todos pueden participar de la cultura porque todos forman parte de ella), por lo tanto, la precisión en torno a aquellos actos humanos, o mejor dicho al comportamiento del hombre se aprecia como acción simbólica.[58] La dimensión simbólica está en todas partes -como lo cita Giménez-, verbalizada en el discurso; cristalizada en el mito, en el rito y en el

---

Consignaremos como primeros actos culturales el empleo de herramientas, la dominación del fuego y la construcción de habitaciones". Freud, Sigmund, *El malestar de la cultura*, Alianza, España, 2008, p. 39.

[56] Lo simbólico es el mundo de las representaciones sociales materializadas en formas sensibles, también llamadas "formas simbólicas" y que pueden ser expresiones, artefactos, acciones, acontecimientos y alguna cualidad o relación. En efecto, todo puede servir como soporte simbólico de significados culturales: no sólo la cadena fónica o la escritura, sino también los modos de comportamiento, las prácticas sociales, los usos y costumbres, el vestido, la alimentación, la vivienda, los objetos y artefactos, la organización del espacio y tiempo en ciclos festivos, etc. Giménez, Gilberto, *op.cit*. p. 5.

[57] Geertz, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Gedisa, España, 2006, p. 20.

[58] "Una vez que la conducta humana es vista como acción simbólica –acción que, lo mismo que la fonación en el habla, el color en la pintura, las líneas en la escritura o el sonido en la música, significa algo- pierde sentido la cuestión de saber si la cultura es conducta estructurada, o una estructura de la mente, o hasta las dos cosas juntas mezcladas." Geertz, Clifford, *op.cit*., p. 24.

dogma; incorporada a los artefactos, a los gestos y a la postura corporal.[59] Cultura y hombre son uno mismo. [60] Una vez establecida la asimilación que tuvo el hombre viviendo en grupo, se puede decir que la *cultura* se hizo pública. La *cultura* es pública porque la significación también lo es. La significación de la *cultura* dependerá del contexto en el que se desenvuelva: se puede hablar de la evolución cultural del hombre, y dicha afirmación provocará ciertas reticencias. El análisis conceptual de *cultura* dependerá del contexto y también de la interpretación que se lleve a cabo para efectuar una sistematización,[61] que en este rubro, dicho análisis va encaminado a la comprensión de los *derechos culturales* y especialmente en aquellos que se refieren al acceso a la cultura.

Con el afán de proporcionar un esquema en el cual la labor cultural del hombre explique la importancia de los *derechos culturales* en la sociedad actual, se desprende lo siguiente: si la *cultura* está constituida por actos del hombre y dichos actos pueden considerarse como acciones simbólicas, entonces la *cultura* se integra por acciones simbólicas que son susceptibles de ser interpretadas y sistematizadas. Siguiendo las pautas que brinda Geertz, la *cultura* se proyecta como un sistema con símbolos centrales aptos para interpretarse,[62] es decir, para dotarlos de significado. Por lo tanto, deben considerarse las dimensiones simbólicas de la acción social tales como el arte, la religión, la ideología, la ciencia, y la moral; lo que no implica apartarse de los problemas existenciales de la vida,

---

[59] Giménez, Gilberto, *op.cit*., p. 7.

[60] "La cultura siempre irá atada a la condición humana. Con ella se conectan el juego, la fiesta y el arte. Son lo más propio de la cultura, más allá de lo apegado a la tierra, a las necesidades básicas. El juego está vinculado a la poesía, la fiesta con el rito, el arte con el mito, que es superado por la ciencia, aunque sólo en la dimensión empírica y técnica". Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Siglo XXI, México, 2005, p. 12.

[61] "Como en el estudio de la cultura, el análisis penetra en el cuerpo mismo del objeto -es decir, comenzamos con nuestras propias interpretaciones de lo que nuestros informantes son o piensan que son y luego las sistematizamos-, la línea que separa la cultura como hecho natural y la cultura como entidad teórica tiende a borrarse; y tanto más si la última es presentada en la forma de descripción, desde el punto de vista del actor, de las concepciones de todas las cosas, desde la violencia, el honor, la dignidad y la justicia hasta la tribu, la propiedad, el padrinazgo y la jefatura". Geertz, Clifford, *op.cit*., p. 29.

[62] "El marco teórico dentro del cual se hacen dichas interpretaciones debe ser capaz de continuar dando interpretaciones defendibles a medida de que aparecen a la vista de nuevos fenómenos sociales." Ibíd. p. 37.

por el contrario es sumergirse en medio de tales problemas. Es lograr una comprensión de la *cultura*.[63] Giménez define a la *cultura* como la organización social de significados, interiorizados de modo relativamente estable por los sujetos en forma de esquemas o representaciones compartidas, y objetivadas en formas simbólicas, todo ello, en contextos históricamente específicos y socialmente estructurados.[64]

Lo anterior, muestra al concepto de *cultura* con las características de acción social, es decir, con la organización social de significados; en otras palabras, el hombre en transformación constante de actos internos con repercusiones en la comunidad, fusión entre uno y los demás. La *cultura* es cultivo[65] de la realidad interior con implicación directa en la vida social del hombre, y por lo tanto, puede ser susceptible de interpretaciones, porque los actos del hombre se convierten en acciones simbólicas, o sea, en la *cultura* misma.

El estudio de la *cultura* puede ser (y debe ser) multidisciplinario debido a la extensión de los ámbitos que comprenden las acciones del hombre en sociedad. El término de *cultura* no sólo es amplio (en el sentido de que puede abarcar muchos elementos), es ambiguo y además polémico. José Ramón Narváez H., refiere a la cultura como una composición de elementos, lo que supone un bagaje, una acumulación, lo cual conecta directamente con la idea de una herencia, una tradición que en el ámbito jurídico es trascendente y constitutiva; y en esta dirección, la señala como un producto social:

---

[63] "El primer paso en la comprensión de una cultura ajena es tratar de reducir su otredad a las categorías de la propia figura del mundo. El Otro se presenta entonces como un objeto ante nuestro marco conceptual, es juzgado según nuestra escala de valores y nuestro concepto de racionalidad. En un segundo paso, sin embargo podemos intentar descubrir la manera como se configura el mundo para el Otro y comprenderlo a partir de sus propias creencias y actitudes básicas. Sólo entonces reconocemos al Otro como sujeto." Villoro, Luis, "*Sobre relativismo cultural y universalismo ético"*, en Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, Comp. Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 248.

[64] Giménez, Gilberto, *op. cit.* p. 16.

[65] La cultura puede ser vista, de manera muy amplia, como el cultivo de todo aquello que nos ayuda a colocarnos en la realidad del entorno, no sólo natural, sino también social. En efecto, no hacemos cultura sólo para sobrevivir, sino también para convivir con propios o extraños (extranjeros o gente que pertenece a otra cultura). Beuchot, *op. cit*., p. 9.

> "No queda duda de que la cultura es producto social y por tanto una transformación de la naturaleza, la discusión se cifra en qué tan artificial puede ser y si se crea o se descubre, si es para o de la sociedad." [66]

El estudio de la *cultura*, como se ha resaltado, debe contextualizarse porque lleva intrínsecamente muchos matices, es por ello, que representa algo dinámico. El dinamismo del concepto de *cultura* en las sociedades modernas propicia una forma de aproximación sectorial o multidisciplinaria y en consecuencia, la regulación jurídica para cada elemento implica un tratamiento especial. Las reflexiones jurídicas en torno a cada elemento derivado de la *cultura* resultan paradójicas, primero porque mantienen una relación de semejanza en cuanto a la unidad de fundamento; y segundo, porque su sistematización en particular es diferente y dispersa en numerosos instrumentos jurídicos.

La comunidad internacional en un esfuerzo por reunir los elementos que encierra la *cultura*, y abordar su regulación jurídica en torno a los *derechos culturales*, propuso un documento en el que se plasmaran los elementos arriba mencionados, dando como resultado la Declaración de Friburgo,[67] la cual señala la noción de *cultura* en su Artículo 2 inciso a) de la siguiente manera:

> "El término cultura abarca los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da su existencia y desarrollo".

Dentro de este marco, la noción de cultura se muestra como la comunión entre hombre y pueblo a la que anteriormente se hizo referencia. No obstante, es menester, precisar que la Declaración anteriormente citada cristaliza la aspiración

---

[66] Narváez H. José Ramón, *Cultura Jurídica, Ideas e Imágenes,* Porrúa, México, 2010, p. 1.

[67] La Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales, tuvo lugar el 7 de mayo de 2007 en la Universidad de Fribourg. El texto fue presentado por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales y la UNESCO. La Declaración de Friburgo fue apoyada por más de cincuenta expertos en derechos humanos, así como por una plataforma de ONGs. La Declaración es uno de los instrumentos clave para los derechos culturales que reúne, en virtud de que los hace explícitos y los incorpora, porque anteriormente se encontraban en forma dispersa en numerosos instrumentos internacionales.

de un sector importante de la comunidad internacional para llevar a cabo ciertas pautas que indiquen la forma en la que deben abordarse los derechos culturales.

La exploración en torno al término *cultura* -cual como se observó-, abarca múltiples aspectos dignos de ser analizados, sin embargo, dada la naturaleza de la investigación, sólo se tomarán en cuenta aquellos aspectos que tengan injerencia en el derecho de acceso a la cultura. Es decir, el derecho de acceso a la cultura como parte inherente al hombre y al pueblo mismo. A continuación se expondrá el acto de creación de obras culturales en virtud de que se considera la génesis de derechos y obligaciones.

2.2.1. El acto de creación como generador de derechos.

Con el propósito de tener un amplio margen para la descripción del *derecho de acceso a la cultura* y tomando como punto de partida el concepto de *cultura* visto anteriormente, se abordará el acto de creación como la expresión del hombre exteriorizada a través de todas las formas que la posibiliten, y dicho acto, será también la expresión del pueblo mismo. Siendo el acto de creación, una acción simbólica, susceptible de interpretarse como generadora de *cultura*. Y en esta dirección, se propicia la relación dialéctica de *cultura* hacia el hombre mediante la enseñanza, o la necesidad de compartir lo conocido; por ello, el acto de creación también puede ser considerado como invención.

La *cultura*, de acuerdo a lo estudiado, es aquella trama tejida por acciones simbólicas, y el énfasis al que se hará referencia, es a partir del hombre y su encuentro con la naturaleza. Como ya se dijo, el hombre en su afán de tener conciencia de sí mismo; de su rol en comunidad; de ser feliz; de comunicarse con los demás; de lograr un sentimiento de pertenencia; de exteriorizar sus sentimientos y emociones como ser individual… **crea**. Y al crear, estampa su ser individual convirtiéndolo en pueblo.

El hombre crea; y dicha creación genera innumerables aspectos que tendrán repercusión tanto en el hombre mismo como en sus relaciones con los demás. Es

entonces, cuando la urdimbre revela diversas condiciones de posibilidad, generando algunas veces polémica, por ejemplo, precisar si el hombre crea primeramente para la satisfacción de sus necesidades básicas (vivienda o vestido), o crea como mera expresión de su ser (cómo si ésta no fuera necesidad básica). El acto de creación del hombre, visto como la exteriorización de sus sentimientos y emociones dará origen a una obra, misma que consiste en la fusión entre ser individual y ser colectivo. La *cultura* entendida como esa trama tejida por acciones simbólicas permiten que el hombre crezca y se desarrolle en comunidad; el ser humano trasciende desde el acto de creación hasta la construcción de un patrimonio en comunidad, forja tanto la identidad propia como la de pueblo.

De acuerdo al planteamiento, el objetivo consiste en demostrar que la creación de una obra cultural no es parte del todo, sino el todo mismo. La historia de la humanidad proporciona las pautas que dan origen a los fenómenos culturales; y aunque no se pretende profundizar en los movimientos culturales, sociales y políticos que han influido en la construcción del sistema cultural actual occidental, cabe efectuar esta precisión, en virtud de resaltar que la promoción y el fomento de la creación de una obra cultural implica el grado de desarrollo de una determinada comunidad. En esta dirección, la existencia de indicadores del desarrollo cultural contemporáneo reflejan los resultados de dicho sistema, arrojando profundas desigualdades culturales en las diversas regiones del planeta, lo que ha provocado discusiones y debates sobre conceptos y estrategias que han adoptado los Estados actualmente, tanto en su legislación, como en la práctica de su sistema jurídico.

Amartya Sen percibe el proceso de desarrollo en el mundo contemporáneo en dos enfoques básicamente, como *proceso de crecimiento económico*, en el que los valores y la cultura no tienen un lugar fundacional ya que todo funciona en

términos de valores dados y; como *proceso que enriquece la libertad real* de los involucrados en la búsqueda de sus propios valores.[68]

La noción de desarrollo de la *libertad real*, el autor en comento, la caracteriza como la expansión de la capacidad humana, y dicha capacidad, se refiere a las combinaciones de distintos funcionamientos entre los que un individuo puede elegir, por lo tanto, *la noción de capacidad es básicamente un concepto de libertad*, es decir, la gama de opciones que una persona tiene para decidir la clase de vida que quiere llevar. Sin embargo, las personas no siempre pueden hacer la elección anteriormente planteada. Como bien lo subraya Sen, la pobreza de una vida, en este sentido, reside no en la condición de pobreza material en la que vive una persona, sino en la falta de una oportunidad real dada tanto por limitaciones sociales, como por circunstancias personales para elegir otras formas de vida. El planteamiento gira en torno a cuáles pueden ser las capacidades que la gente valora, y en esta dirección, se puede hacer mención de indicadores tales como: buena salud; alimentación adecuada; vivienda; agua; educación básica; ausencia de discriminación por género, discapacidad, o raza y; libertad política y social básica. Dichos indicadores apuntan directamente a los derechos económicos, sociales y culturales, a éstos últimos se hará referencia más adelante.

Para efectos de ampliar la explicación en la que el acto de creación del hombre pueda vislumbrarse como aquel acto generador de derechos, cabe hacer la siguiente reflexión: ***sólo el hombre que goza de libertad puede crear***, el acto de creación, por un lado, multiplica cuantitativamente las posibilidades sobre las cuales la conciencia puede elegir, y por otro, cualitativamente las formas de vida. Entonces el hombre al compartir su creación con los demás, genera posibilidades para propiciar el desarrollo tanto de sí mismo como el de su comunidad. En virtud de esta reflexión, resultan numerosos los derechos que se desprenden del ejercicio de la libertad requerida, no sólo para el creador sino también para la comunidad a

[68] Sen, Amartya, *La cultura como base del desarrollo contemporáneo*, Revista Voces, N° 25, Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina, www.unrc.edu.ar, Fecha de consulta: 2 de julio de 2010, p. 2.

la cual transmitió su creación. La relación que vincula al creador como pueblo, conforma la unidad que permite el desarrollo y progreso de la sociedad, y por lo tanto, el mejoramiento de la calidad de vida, con todo y lo debatible que esto pudiera resultar.

En este orden de ideas, la *cultura* participa en el desarrollo en tres sentidos, distintos pero relacionados entre sí: primero, la *cultura* juega un *papel constituyente,* el desarrollo cultural es un componente básico e inseparable para el desarrollo general. Si se priva a las personas de la oportunidad de entender y cultivar su creatividad, eso representa un obstáculo para el desarrollo. Segundo, un *papel evaluativo*, lo que valoramos y que además tenemos razones para valorar, está definitivamente influenciado por la *cultura*. Las cosas que valoramos intrínsecamente, reflejan el impacto de nuestra cultura. Incluso si las mismas cosas tienen un alto valor en sociedades diferentes (si, por ejemplo, se busca vivir más tiempo y con mayor felicidad, en muchas sociedades diferentes), ello no las hace independientes de valores o de las culturas, sólo indica la congruencia de las distintas sociedades en sus razones para hacer tal valoración. Y tercero, un *papel instrumental*, independientemente de los objetivos que valoremos, su búsqueda estará influenciada, en mayor o menor grado, por la naturaleza de nuestra *cultura* y ética de comportamiento; el reconocimiento de este papel de la *cultura* aplica para la promoción del crecimiento económico y el mejoramiento en la calidad de vida.

Los aspectos que ciñen a la *cultura* y que determinan el desarrollo de la sociedad en diversos ámbitos, muestran la importancia de su funcionamiento, y la necesidad de reconocimiento jurídico para su correcta aplicación. Sin embargo, reviste cierta dificultad para la descripción jurídica, si se parte de los materiales jurídicos existentes, en virtud de la compleja localización de los límites de las facultades o derechos que se generan en el acto de creación dentro de la problemática contextual para establecer desde su titularidad hasta su contenido.

Empero, a partir de la hipótesis en la que todo acto de creación genera derechos y obligaciones tanto para el creador como para la comunidad misma, se

abordará la definición de derechos culturales en el rubro subsecuente para demostrar la ubicación del derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor en el ámbito de los derechos culturales.

2.3. Derechos culturales.

Como una breve introducción a la definición de los *derechos culturales*, cabe precisar que en general los autores que se han ocupado de su análisis, coinciden en que este rubro es una "categoría descuidada"[69], o una "categoría subdesarrollada"[70], o un "pariente pobre"[71], de los derechos humanos.

Lo anterior tiene su razón de ser, si se parte del contexto histórico en el que fueron considerados para su inclusión en instrumentos internacionales; sin embargo, esto no quiere decir que sean menos importantes, o que no incluyan buena parte de sector social. Los adjetivos señalados en torno a los derechos culturales derivan por una parte, de la ambigüedad del término *cultura*; y por otra, de su inserción cronológicamente "tardía" en el ordenamiento jurídico internacional. En este tenor, se considera conveniente referir un esbozo histórico de la positivización de dichos derechos en el ámbito jurídico internacional; y posteriormente su definición en concordancia con los mecanismos jurídicos que los prevén y con lo que la dogmática jurídica describe.

---

[69] Januzs Simonides advierte que la atención concedida a los derechos culturales que figuran en la citada disposición, deja mucho que desear. Se pide a los Estados Partes que en el contexto de la aplicación del derecho a la participación de la vida cultural, suministren información sobre la disponibilidad de fondos para el fomento del desarrollo cultural y la participación popular; la infraestructura institucional establecida para la aplicación de las políticas encaminadas a velar por la participación popular y la promoción cultural de la identidad cultural como factor de apreciación mutua entre personas, grupos, naciones o regiones; la promoción de la conciencia y el disfrute del patrimonio cultural de los grupos y minorías étnico nacionales y de los pueblos indígenas; la función de los medios de difusión y de los medios de comunicación en el fomento de la participación en la vida cultural; la preservación y valorización del patrimonio cultural de la humanidad; la legislación que protege la libertad de creación e interpretación artísticas; la enseñanza profesional en el campo de la cultura y el arte, y cualesquiera otras medidas adoptadas para la conservación, el desarrollo y la difusión de la cultura. Symonides, Janusz, *Derechos Culturales: una categoría descuidada de derechos humanos*, www.unesco.org Fecha de consulta: 28 de junio de 2010.

[70] Prieto de Pedro, Jesús, *Derechos culturales y Desarrollo Humano*, Pensar Iberoamérica, Revista de Cultura Número 7 septiembre-diciembre 2004, www.oei.es/pensariberoamerica, p. 1 Fecha de consulta: 12 de agosto de 2010.

[71] Ídem.

2.3.1. Esbozo histórico de la positivización de los Derechos Culturales.

La influencia que ha ejercido la tradición occidental en el desarrollo general de los derechos humanos, puede verse reflejada tanto en sus constituciones (legislación interna) y en un sinnúmero de instrumentos jurídicos internacionales (legislación internacional); tales como declaraciones, tratados, y en la voluntad de la comunidad internacional para propiciar la creación de organismos encargados de velar por ellos.

Los movimientos políticos y sociales suscitados a lo largo de la historia, propiciaron la elaboración de dichos materiales jurídicos derivados de las necesidades que dentro de su contexto, la sociedad requería. Por ello, entre los antecedentes jurídicos en materia de derechos humanos, se puede mencionar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia de 1789; o en América, la Declaración de Virginia, los cuales eran pactos en los que se reconocían derechos. Cabe precisar que los derechos que estaban siendo reconocidos (no gozaban de la llamada *universalidad* como actualmente caracteriza a los derechos humanos), no eran para “todos”, verbigracia, como el derecho al voto o el derecho de reunión.

Con el propósito de enfatizar las razones de la “tardía” positivización de los *derechos culturales* a la legislación en materia de derechos humanos, se precisará brevemente la clasificación que esquematiza históricamente a dichos derechos: Se consideran derechos de *primera generación,* los derechos civiles y políticos, producto de las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX, su pretensión consiste en limitar el poder del Estado, es decir, respetar las libertades individuales (de expresión, de asociación, de conciencia o de culto). Los derechos de *segunda generación*: son los *derechos económicos, sociales y culturales*, los cuales surgen como consecuencia del pensamiento socialista ante la revolución industrial, se pensaba que la Declaración de Derechos sólo promovía la libertad y por lo tanto, era necesario ser propietario o tener acceso a ciertos bienes, para poder ejercer esos derechos. Derivado de lo anterior, se consideraba básico garantizar las

condiciones materiales mínimas de vida y acceso a bienes materiales y culturales para evitar la discriminación de las libertades civiles y políticas. Los *derechos económicos, sociales y culturales* son considerados como derechos de igualdad. Y por último, los derechos de *tercera generación*: son los derechos de solidaridad, tienen como fundamento la conservación de la humanidad, son los derechos de los pueblos a la paz, a la libre determinación, al desarrollo, al medio ambiente. Se presentan en el siglo XX como demandas colectivas ante la discriminación y necesidades futuras en riesgo.

Existen rasgos en las tres generaciones de derechos en los que pueden insertarse los *derechos culturales,* al respecto Prieto de Pedro, precisa:

> En la primera [generación] incluimos la libertad de la creación cultural, la libertad artística, la libertad científica, la comunicación cultural, la libertad de comunicación de las expresiones creadas en la cultura, etcétera. El llamado derecho de acceso a la cultura es un derecho típico de la segunda generación, porque para acceder a la cultura hacen falta prestaciones relacionadas con los grandes servicios públicos (los museos, archivos y bibliotecas son instrumentos de realización del derecho de prestación de acceso a la cultura). Asimismo, en la tercera generación se presentan, bajo la forma de derecho al patrimonio cultural, el derecho a la conservación de la memoria cultural y los derechos al desarrollo de su identidad de los grupos étnicos y de los grupos culturales diferenciados.[72]

El autor proporciona un marco en el que se sintetizan los *derechos culturales* bajo la óptica de las tres generaciones de derechos humanos, y a su vez, abre el diálogo de relación con el ámbito de protección jurídica que brindan los *derechos culturales* en la perspectiva de derechos fundamentales, como se verá más adelante. No obstante, Prieto de Pedro y en general la dogmática admite que los *derechos culturales* pertenecen a la llamada segunda generación.

En la mitad del siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de ella, la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, en la cual se acuñó por primera vez el

[72] Prieto de Pedro, Jesús, *op. cit.* p. 3.

término de *derechos culturales*. A partir de dicha Declaración, el objetivo de la comunidad internacional ha sido promover los derechos humanos y exigir la defensa en común a todas las personas; y en ese tenor, se visualiza a la *cultura*[73] como una herramienta básica para prevenir la guerra y fomentar la paz.

Posteriormente se aprobaron diversos tratados de derechos humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)[74]; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988), entre otros instrumentos jurídicos.

En la lista anterior se resume el esfuerzo y la voluntad de los Estados para el establecimiento de límites a su poder; y en este orden de ideas, comprende también el reconocimiento de la obligación estatal de promover y resguardar el derecho a la educación, a la salud, a una vivienda digna, y a todos aquellos derechos que fomenten condiciones de dignidad e igualdad para todos. Lo que conduce propiamente a la positivización de los *derechos culturales* en diversos instrumentos que conforman el ordenamiento jurídico internacional.

---

[73] Si bien no existe una definición del término *cultura* en los materiales jurídicos citados, la UNESCO, ofrece una definición en la que se observa la trascendencia que en materia de derechos culturales dicho organismo pondera a la cultura como: "Conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias." Definición conforme a las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MUNIACULT, México, 1982), de la Comisión Mundial de la Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1999), en la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, Aprobada por la Asamblea General 2 de noviembre de 2001, UNESCO, 2002, www.unesco.org/culture, Fecha de consulta: 6 de julio de 2010.

[74] Prieto de Pedro menciona en relación a los derechos culturales, lo siguiente: "Las primeras normas jurídicas en el ámbito internacional provienen del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 66, entrado en vigor el año anterior. Es aquí donde por primera vez acuña en un texto importante esta expresión y se recoge en el sentido amplio y abierto". Prieto de Pedro, Jesús, *op. cit*. p. 2.

Resulta de gran importancia considerar el orden jurídico internacional porque durante la investigación, se recurrirá a éstos, en especial, a los que refieran al *derecho de acceso a la cultura.* Dichos instrumentos jurídicos constituyen -como ya se dijo-, el reflejo de las voluntades estatales en aras de la protección y promoción de dichos derechos. Asimismo, se invocarán las opiniones de expertos que han mostrado su preocupación por el estudio de los *derechos culturales* resaltando a quienes hayan profundizado en el *derecho de acceso a la cultura*.

2.3.2. Definición de Derechos Culturales.

Conforme a lo examinado en el capítulo anterior, los *derechos culturales* constituyen derechos de carácter fundamental, en virtud de que son derechos reconocidos por una norma válida de derecho fundamental (Constituciones o tratados internacionales). Y en el mismo tenor, los *derechos culturales* pueden ubicarse bajo la concepción de derechos humanos, en razón de caracterizarse por principios de justicia y ser universalmente válidos, independientemente del reconocimiento que ciertos órganos estatales o individuos realicen; además de tener el carácter *absoluto* o *prima facie* de los derechos humanos; ser inalienables e imprescriptibles. En esta dirección, los derechos culturales recaen sobre aquella urdimbre o trama tejida por acciones simbólicas que permiten que el hombre crezca y se desarrolle y por ende, su comunidad también, es decir, el ser humano forma una identidad simbiótica como hombre y pueblo.

Es conveniente precisar que el término de *derechos culturales* “hereda” la complejidad que tiene el significado de la palabra *cultura*; por ello, en el ámbito jurídico describir este tipo de derechos no es más fácil, sin embargo, durante el desarrollo de este tema, podrán identificarse todos aquellos aspectos que abarca la protección de dichos derechos. En virtud de hacer explícito un concepto que comprenda los *derechos culturales*, Jesús Prieto de Pedro propone el siguiente:

> Los derechos culturales son aquellos que garantizan el desarrollo libre, igualitario y fraterno de los seres humanos en esa capacidad singular que tenemos de poder simbolizar y crear sentidos de vida que podemos comunicar a otros.[75]

Este concepto parece abarcar ampliamente los aspectos que se han resaltado, no obstante, en la generalidad que proyecta, no parece advertir el dinamismo de la cultura y la dificultad de la descripción jurídica de cada uno de los elementos que la componen.

Por su parte, Rodolfo Stavenhagen prevé que el término de *derechos culturales* ha adquirido una paulatina transformación conceptual:

> "Al principio se hablaba del "derecho a la cultura", y se entendía este como un mecanismo de "acceso" a una entelequia llamada cultura, que de alguna manera era considerada como externa al portador de los derechos culturales. Luego se hablaba cada vez más de la participación en la cultura como un proceso dinámico e interactivo entre creadores y consumidores de productos culturales. Más recientemente se ha enfocado más en la cuestión cultural de individuos y pueblos como libertad fundamental y derecho inalienable. Por último, en años recientes, se hace énfasis en la diversidad y el pluralismo culturales como fenómenos societarios vinculados al pleno goce de todos los derechos humanos."[76]

Como se aprecia, hablar de *derechos culturales* conlleva inevitablemente a invocar la protección y el fomento estatal de *todo lo que ha exteriorizado, exterioriza y exteriorizará culturalmente el hombre, como ser y como pueblo*, lo que implica que el concepto constantemente se transforme, sin embargo la relación dialéctica entre el hombre y la cultura es perenne, es su determinación esencial. Las consecuencias de la transformación del concepto, se perciben en la discusión internacional en torno a la vigencia, contenido y exigencia de los *derechos culturales* en las políticas públicas de los Estados para su promoción. Lo anterior,

---

[75] Ídem.

[76] Stavenhagen, Rodolfo, *Educación y derechos culturales. Un desafío*. Presentación en VI Coloquio Internacional de Educación en Derechos Humanos y Encuentro Latinoamericano Preparatorio a la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Educadores para la Paz. Puebla 10-12 de julio de 2002. http://catedradh.unesco.unam.mx. Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010.

no significa que los *derechos culturales* no puedan ser definidos en el ámbito jurídico, sino que el término –como se ha reiterado- abarca múltiples aspectos y dado el objetivo de la investigación, no es posible extenderse a todos ellos, solamente se atenderá a los relativos al derecho de acceso a la cultura y al derecho de autor.

Derivado de lo anterior, se expondrá desde la perspectiva lógico-jurídica la descripción de los *derechos culturales,* para ubicar su titularidad, contenido, límites y contrapesos.

2.3.3. Expresión jurídica de los Derechos Culturales.

En este rubro, se propone un ejercicio para describir jurídicamente a los *derechos culturales* en concordancia con los ejercicios anteriormente realizados en el capítulo primero de esta investigación; en virtud de proporcionar una definición jurídica que origine el desarrollo de los elementos que se desprenden de dichos derechos. Para posteriormente, sustraer el significado del *derecho de acceso a la cultura* y el *derecho de autor*.

Primeramente, se identificará la norma de carácter fundamental que faculta a *todas* las personas a tener un *derecho cultural.* Para ello, se tomará en cuenta, lo dispuesto tanto en la legislación internacional como en la nacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos,[77] en su Artículo 27 dispone:

> **1.** Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
>
> **2.** Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

[77] Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

La disposición anterior, se relaciona estrechamente con el Artículo 22 de la misma Declaración en cuanto a la obligación del Estado de brindar la prestación correspondiente, de acuerdo a sus recursos:

> "Toda persona, como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

En el conocimiento de que la Declaración no es vinculante, a efectos de su aplicabilidad, se consideró necesario hacer mención de ella por el grado de importancia que representa en materia de Derecho Internacional, y en este tenor, porque los *derechos culturales* de manera general están previstos en ella: sea como libertades fundamentales, o bien, como la prestación que tiene la obligación de brindar el Estado. Esta dualidad de factores es trascendental en la aplicación, y en consecuencia, en los efectos jurídicos de los *derechos culturales*. No obstante, se debe de considerar también el material jurídico especializado en *derechos culturales*, y en esta dirección, el compromiso que adquieren los Estados Parte como es el caso del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[78] que en su Artículo 15 establece lo siguiente:

> **1.** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
>
> a) participar en la vida cultural;
>
> b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
>
> c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
>
> **2.** Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

[78] Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Fecha de Publicación en el Diario Oficial de la Federación: el 12 de mayo de 1981.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

En concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el primer párrafo del Pacto, se aprecia por una parte, la universalidad en cuanto a la titularidad del derecho; y por otra, el derecho subjetivo en el que todas las personas serán *libres* de ejercitarlo o no, y esto puede expresarse mediante los siguientes enunciados deónticos:

Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural.

Toda persona tiene el derecho de gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

Toda persona tiene el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Como se puede observar, las expresiones refieren a las facultades que tienen todas las personas y que constituyen en sí mismas derechos subjetivos que pueden ser o no ejercitados, y que forman parte de los *derechos culturales*. Asimismo, el segundo párrafo del Pacto, refiere a las obligaciones estatales, es decir, el Estado tiene el deber de brindar las prestaciones consecuentes. Dicho deber se estima como parte del perímetro protector del derecho subjetivo, el titular del derecho tiene la facultad de exigir, en este caso, al Estado una conducta correspondiente. Por lo tanto, el enunciado se formula de la siguiente manera:

El Estado está obligado a adoptar medidas para asegurar el pleno ejercicio de este derecho: conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y de la cultura.

Además de brindar la prestación correspondiente, dicho instrumento jurídico en su tercer párrafo, prevé el deber del Estado de no interferir con el *derecho cultural,* y dicha previsión también puede ser expresada mediante un enunciado deóntico:

El Estado está obligado a respetar la libertad de toda persona para la investigación científica y la actividad creadora.

Por último, el Pacto menciona que los Estados reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

De acuerdo a lo señalado en el ámbito internacional, la norma jurídica fundamental de nuestra legislación, estipula:

El párrafo noveno del artículo 4 Constitucional[79] consagra el *derecho al acceso a la cultura*, el cual a la letra dice:

> Toda persona tiene ***derecho al acceso a la cultura*** y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El ***Estado promoverá*** los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Por lo tanto se infiere:

*Toda persona tiene permitido (**derecho al) el acceso a la cultura** y al disfrute de los bienes y servicio que presta el Estado en la materia.*

*Toda persona tiene permitido el **ejercicio** de sus derechos culturales.*

*El Estado está **obligado** a promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura*

[79] Decreto por el que se adiciona un párrafo noveno al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Fecha de Publicación en el Diario Oficial de la Federación: 30 de abril del 2009.

Los enunciados deónticos derivados del principal ordenamiento jurídico nacional tienen mayor especificidad en cuanto al *derecho de acceso a la cultura.* Y en este sentido, cabe subrayar que la dogmática jurídica internacional destaca la precisión que hace nuestra Constitución: primero en el reconocimiento del derecho de autor y; segundo, respecto al *derecho de acceso a la cultura* como derecho fundamental,[80] sin embargo, no existe un ordenamiento que regule específicamente este derecho.

A través de los enunciados deónticos anteriormente expuestos, se aprecian las posibilidades jurídicas en las que los *derechos culturales* pueden ser descritos. La formulación de dichos enunciados, se apoya en una norma de carácter fundamental y en este orden de ideas, las expresiones jurídicas que describen a los *derechos culturales,* no son solamente las señaladas en los materiales jurídicos citados, sino –como ya se mencionó-, se encuentran de manera dispersa en otros.[81]

Para la dogmática jurídica representa un reto reunir de manera cabal, la descripción total de los *derechos culturales,* en este sentido, se percibe contundentemente la opacidad en la legislación, y por lo tanto, en la exigibilidad de la *cultura* a la que *toda persona tiene permitido el derecho de acceso*[82].

---

[80] Alberto López Cuenca refiere a nuestra legislación de la siguiente manera: "… En el caso de la Constitución mexicana el artículo 28 reconoce implícitamente el derecho de autor al admitir su existencia y administración como una práctica "no monopólica". La Ley Federal del derecho de Autor regula detalladamente el ejercicio de este derecho…" Asimismo cuando López Cuenca refiere al Artículo 4° constitucional dice: "Aunque mucho más precisa la carta magna respecto al derecho de acceso a la cultura como derecho fundamental que respecto al derecho de autor, no hay, sin embargo, legislación alguna que vele por su satisfacción. Éste no es un caso excepcional en México, es la situación habitual a nivel internacional. El principal problema de no contar con una legislación que regule el interés común de acceso a la cultura o de una regulación más amplia y precisa del dominio público es que el derecho de acceso a la cultura como mera declaración se ve fácilmente mermado con las reformas cada vez más restrictivas que hacen al derecho de autor".
López, Cuenca, Alberto, *¿A quién protege el derecho de autor? Sujeto y Ontología de la Cultura Digital* en *¿Desea guardar los cambios? Propiedad intelectual y tecnologías digitales: hacia un nuevo pacto social*, Centro Cultural España-Córdoba, España, 2009, pp. 95-96.

[81] Rodolfo Stavenhagen, menciona que un estudio realizado en la UNESCO, identifica cincuenta derechos culturales distintos mencionados en los textos jurídicos internacionales. Stavenhagen, *op. cit.* p. 3.

[82] El mismo autor cita: "La lectura crítica de estos instrumentos legales y documentos diversos producidos a lo largo de los años por las instituciones del sistema de la ONU (sin hablar de los

Una vez delimitado el ámbito jurídico en el que se desarrollan los derechos culturales, la pretensión estriba en sustraer el concepto de *derecho de acceso a la cultura* y posteriormente el *derecho de autor*. Cabe mencionar que éste último se expondrá con detalle en el capítulo siguiente.

Para llevar a cabo la pretensión planteada y ampliar el concepto de derecho de acceso a la cultura, además de aplicar la legislación citada, se utilizará la perspectiva de estudio que desarrollan algunos autores especializados en la materia y la Declaración de Friburgo.

2.4. Concepto de Derecho de Acceso a la Cultura.

Con el propósito de discernir y acertar una efectiva sistematización de los *derechos culturales* en la que se pueda sustraer el *derecho de acceso a la cultura*, se evocan las tres significaciones de *cultura* apreciadas tanto por un segmento de la dogmática como por la Organización de las Naciones Unidas respecto del estudio de los materiales jurídicos internacionales que aluden a los *derechos culturales*. Cabe destacar que frente a la problemática de no contar con un documento que reuniera de manera sistemática a los *derechos culturales*, especialistas en la materia, elaboraron la Declaración de Friburgo.[83] De acuerdo a lo estudiado –como se observó anteriormente-, algunas disposiciones de dicho instrumento se intercalarán según la acepción planteada.

La **primera** acepción consiste en vislumbrar a la *cultura* como **patrimonio cultural acumulado de la humanidad**, en esta dirección, se entiende que la *cultura* es un capital social y simbólico. Lo que se traduce como aquel derecho de los pueblos a conservar su patrimonio y también a disfrutar de él. La conservación del patrimonio cultural, y por ende el *derecho a su acceso*, implica que el Estado incluya en sus políticas culturales, la obligación de brindar las prestaciones

---

organismos regionales, como el europeo) permite advertir que no existe una concepción clara de la noción de cultura a la que todos tenemos derecho". Ídem.

[83] La Declaración de Friburgo congrega a los derechos culturales en un sólo instrumento para garantizar su visibilidad y coherencia, auspiciando así su eficacia; sus principios fundamentales, están sustentados en la dignidad humana y son: universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

correspondientes que coadyuven a la concreción del *derecho cultural* referido. Cabe destacar que el patrimonio cultural no se agota en la preservación de monumentos arqueológicos[84], o en obras de arte, también comprende la herencia intangible representada por valores espirituales, el pensamiento abstracto, cosmovisión, creencias, sabiduría popular, la literatura, ceremonias, ritos, danzas, música, juegos y cualquier otra expresión cultural de un pueblo, incluyendo patrones de producción y consumo, así como las técnicas para la supervivencia y convivencia.[85] Por su parte la Declaración de Friburgo señala en su Artículo 3, lo siguiente:

> Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho:
>
> a. a elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión. Este derecho se ejerce, en especial, en conexión con la *libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y de expresión*;
>
> b. a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el ***patrimonio común de la humanidad***. Esto implica particularmente el derecho a conocer los derechos humanos y las libertades fundamentales, valores esenciales de ese patrimonio;
>
> c. a acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información, a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diferentes culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras. Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el **patrimonio común de la humanidad**. Esto implica particularmente el derecho a conocer los derechos humanos y las libertades fundamentales, valores esenciales de ese patrimonio;

---

[84] "Culture in its material sense, as product, as the accumulated material heritage of mankind, either as a whole or part of particular human groups, including but not limited to monuments and artifacts…" Stamatopoulou, Elsa, *Cultural Rights in International Law, Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston United States of America, 2007, p. 108-109. (Libre traducción)

[85] "Culture in its anthropological sense, i.e. culture as a way of life or, in UNESCO's words, the "set of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features of society or a social group"; it encompasses "in addition to art and literatures, lifestyles, ways of living together, value systems, traditions and beliefs". In this system-oriented understanding of culture, the individual is seen as a product of a cultural system." Idem.

En el marco de la acepción anterior, y los derechos reconocidos en la Declaración, se infiere:

Toda persona tiene permitido (derecho) el acceso a su patrimonio cultural

De antemano, se puede aducir que toda persona tiene permitido el acceso a su patrimonio, en virtud de que forma parte de sí misma, como individuo y como pueblo. Por ello, existe la reciprocidad del derecho de acceso con la obligación del Estado, es decir, el Estado está obligado a emplear los mecanismos necesarios para que (no exclusivamente las personas que forjaron el patrimonio cultural) todas las personas tengan acceso a él. Es una obligación del Estado proveer todos los recursos de que disponga para la conservación de dicho patrimonio, incluyendo a aquél que se considera como intangible.

La **segunda** acepción reviste gran amplitud y consiste en considerar el término *cultura* como aquel que representa a la ***creación artística y científica***[86], en este sentido, la incorporación de la multicitada *libertad de creación* a la que *todo individuo tiene derecho* como *derecho cultural*.

Asbjorn Eide en su enfoque de los *derechos culturales* como logro dinámico de la creación artística y científica, apunta a un sentido individualista susceptible de propiciar resistencias y dice que el individuo puede considerarse como productor de cultura, sin embargo, derivado de ello, puede causar tensiones:

> "El individuo como productor de cultura cobra importancia cuando comprueba que las tradiciones existentes son inaceptables o insuficientes, ya sea en comparación con las prácticas culturales de otros lugares del mundo, o porque estima que las nuevas condiciones imponen cambios significativos en las tradiciones culturales. Algunos pueden considerar que las tradiciones culturales en vigor son represivas, porque legitiman jerarquías de tipo feudal o de clan, caracterizadas por un paternalismo manifiesto, desigualdad y falta de libertades, y pueden incluso producir un sentimiento casi claustrofóbico. Por consiguiente, algunos individuos impugnan las pautas de culturas existentes y propician la

[86] "Culture as process of artistic or scientific creation, i.e. the emphasis being placed on the process and on de creator (s) of culture". Idem.

innovación y el cambio. El derecho a innovar y a impugnar, además de ser una parte significativa de los derechos culturales individuales, puede también ser causa de tensiones."[87]

En esta amplia acepción, están incluidos los **derechos de propiedad intelectual**. Cabe subrayar que los derechos de propiedad intelectual en la dogmática jurídica se dividen en derecho de propiedad industrial y derecho de autor. En este sentido, también es necesario advertir que el tema que ocupa la investigación –en torno al rubro de los derechos de propiedad intelectual-, va dirigido al derecho de autor por considerarlo que pudiera entrar en tensión con el derecho de acceso a la cultura.

Lo anterior no implica, que en este rubro también se incluya el *derecho de acceso* al conocimiento de las creaciones e invenciones que bajo la premisa de la *libertad de creación,* el individuo haya realizado. Es decir, el *individuo* como *productor de cultura* y al mismo tiempo la *cultura* como *producto* al que *toda persona tiene permitido el* (derecho de) *acceso*.

Este derecho también comprende los medios y espacios que faciliten y propicien el *acceso a la cultura* (museos, salas de conciertos, teatros, cines, bibliotecas, internet, etc.) y a su vez, favorezcan al individuo como productor de cultura, es decir, espacios en los que florezca su capacidad de creación (academias, talleres, escuelas, etc.). Lo anterior, supone las obligaciones estatales correspondientes: no interferir en el derecho; velar para que los demás no interfieran y; aportar los recursos necesarios que den viabilidad para que todas las personas ejerciten el derecho. Al respecto, la Declaración de Friburgo en su Artículo 5 dispone:

a. Toda persona, individual y colectivamente, tiene el ***derecho de acceder*** y participar libremente, sin consideración de fronteras, ***en la vida cultural*** a través de las actividades que libremente elija.

[87] Eide, Asbjorn, *"Cultural Rights as Individual Human Rights"* en *Economic, Social and Cultural Rights,* www.unesco.org. p. 1. Fecha de consulta: 4 de septiembre 2010.

b. Este derecho comprende en particular:

- La libertad de expresarse, en público o en privado, en el o los idiomas de su elección;
- La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios;
- La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las formas de creación y sus beneficios;
- El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.

La defensa del derecho a la creación cultural y científica; el derecho a la libre expresión del pensamiento y; la difusión de las ideas constituyen un logro de la lucha por los derechos humanos en el ámbito internacional. No obstante, a pesar de estar reconocidos en la legislación, los *derechos culturales* no siempre son respetados en el ámbito nacional. Y en este orden de ideas, los mecanismos de protección y garantía de los derechos culturales, no cuentan con la debida eficacia, como se verá más adelante.

La conclusión derivada de la disposición anteriormente expuesta se expresa deónticamente de la siguiente manera:

Toda persona tiene permitido (derecho de) acceder a la vida cultural

Toda persona tiene permitido (derecho de) expresarse en el o los idiomas de su elección

Toda persona tiene permitido (derecho de) ejercer las prácticas culturales y modo de vida asociado a sus valores culturales

Toda persona tiene permitido (derecho de) desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar de las formas de creación y sus beneficios

El Estado está obligado a brindar la protección de los intereses morales y materiales relacionados con la creación de obras fruto de la actividad cultural del autor

Por último, la **tercera** acepción, considera a la *cultura* como *totalidad de prácticas, significados y relaciones sociales*. Dicha acepción comprende lo relativo a la ***identidad***, y en consecuencia a la libertad de pertenencia o asimilación de las comunidades culturales. La Declaración de Friburgo en su Artículo 4 hace referencia a dichas comunidades culturales:

> a. Toda persona tiene la libertad de elegir de identificarse, o no, con una o varias comunidades culturales, sin consideración de fronteras, y de modificar esta elección;
>
> b. Nadie puede ser obligado a identificarse o ser asimilado a una comunidad cultural contra su voluntad.

Los individuos como productos culturales procuran preservar la cultura que los ha configurado.[88] La fuente básica de ***identidad*** para los seres humanos con frecuencia se sitúa en las tradiciones culturales en que han nacido y crecido. Los *derechos culturales* deberían dar prioridad al acceso a la propia cultura y a la enseñanza de la misma, así como el derecho a participar en la reproducción y el desarrollo ulterior de dicha cultura. En esta dirección, la expresión versa:

Toda persona tiene permitido (derecho a) elegir su identidad cultural

Derivado de las acepciones anteriores, se identifica *el derecho de acceso a la cultura* como:

- La facultad o permisión que tiene toda persona para acceder y conservar su *patrimonio cultural*.
- La facultad de acceder a la vida cultural, entendiéndose dicho ejercicio como la permisión de toda persona para expresarse en el o los *idiomas* de su elección.

[88] Eide, *op.cit*. p. 2.

- La facultad para ejercer las *prácticas culturales* y *modo de vida* asociado a sus valores culturales
- La facultad para desarrollar y compartir conocimientos, *expresiones culturales*, para emprender *investigaciones* y participar de las *formas de creación* y sus beneficios. Asimismo, dicha facultad comprende el derecho de toda persona a la *protección de los intereses morales* y *materiales* relacionados con las obras fruto de su actividad cultural. Cabe subrayar –como ya se mencionó-, que esta facultad incluye al derecho de autor, el cual se revisará a detalle en el capítulo siguiente.
- Y por último, la facultad de toda persona a elegir su *identidad cultural*.

Se considera necesario sistematizar las facultades anteriormente mencionadas, porque -como se observa-, tanto el derecho de toda persona al acceso a la cultura como el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales provienen de la misma naturaleza jurídica.

En este orden de ideas, las facultades anteriormente mencionadas son consideradas *prima facie*, y como se ha reiterado, implican obligaciones del Estado.

Las obligaciones estatales, en la misma medida que los *derechos culturales*, están consagradas en diversos instrumentos tanto de carácter nacional como internacional, y cada rubro que señala las facultades o permisiones del *derecho de acceso a la cultura* contiene un ordenamiento jurídico especializado para establecer las obligaciones en concreto de los Estados. No obstante, se ofrece un resumen en términos generales de las obligaciones estatales.

El Estado está obligado a…:

- Proporcionar la información sobre la disponibilidad de fondos para el fomento del desarrollo cultural y participación popular, de acuerdo a los recursos económicos de cada Estado;

- Contar con la infraestructura institucional establecida para la aplicación de políticas encaminadas a velar por la participación popular y la promoción cultural como factor de apreciación mutua de las personas, así como incrementar el nivel de vida de todos los sectores de la sociedad;

- Promover la conciencia de las personas para la conservación del patrimonio de la humanidad, y en este orden de ideas, otorgar todos los recursos necesarios para preservar y valorar dicho patrimonio, esto incluye su parte intangible;

- Brindar un adecuado funcionamiento en torno a los medios de comunicación y difusión que promuevan la cultura, así como los espacios y entornos destinados para propiciar la actividad creadora de cultura y científica.

- Legislar en materia de *derechos culturales*, lo relativo a la libertad de creación artística e investigación científica, así como establecer políticas públicas para su promoción y fomento.

- Garantizar el cumplimiento de los *derechos culturales*, mediante el empleo de mecanismos que los hagan exigibles y justiciables.

- Establecer medidas y recursos que se necesiten para garantizar la educación en todos los niveles y para todos los sectores sociales.

En el contexto de los derechos fundamentales, se aprecia que las facultades conferidas a *todas las personas* provienen de normas jurídicas válidas de carácter fundamental; por lo tanto, gozan de la *universalidad* requerida en torno a la titularidad de los *derechos culturales,* implicando por supuesto, al *derecho de acceso a la cultura.* En esta dirección, se observa también la facultad de exigir a los demás la conducta correspondiente, es decir, nadie puede interferir en la permisión del *derecho cultural*, incluyendo al Estado. Independientemente de que el Estado debe garantizar el cumplimiento de los *derechos culturales*, mediante mecanismos que propicien su exigibilidad y justiciabilidad.

Otro deber del Estado, no menos importante, es aquel de brindar la prestación correspondiente, en razón de disponer recursos de toda índole en la medida de sus posibilidades para la adecuada concreción de dichos derechos.

La exposición conceptual en torno a los *derechos culturales*, despliega un amplio panorama, en el que se ponen en juego derechos de la misma línea con contradicciones propias de su naturaleza: el *derecho de acceso a la cultura* y los derechos de propiedad intelectual específicamente el *derecho de autor*.

Para lograr el objetivo de efectuar la descripción jurídica en la que puedan confrontarse derechos de la misma naturaleza, es menester revisar las particularidades del *derecho de autor*, es decir, estudiar desde su naturaleza jurídica hasta sus límites y excepciones, pasando por sus características y las facultades que a este derecho le atañen.

La importancia de precisar los límites tanto del derecho de acceso a la cultura como los del derecho de autor, implica un tratamiento posterior, por lo que en la siguiente parte de la investigación se propone un ejercicio en el que ambos se vean confrontados, y en este sentido, se expondrán las convergencias o divergencias que en su caso, podrían presentarse. La subsecuente explicación va enfocada en determinar los efectos jurídicos probables que pudieran suscitarse al momento de ser aplicados derechos de la misma naturaleza jurídica.

CAPÍTULO 3

El Derecho de Acceso a la Cultura frente al Derecho de Autor

El contenido del derecho de autor ha evolucionado en el tiempo, pasando de las representaciones simbólicas de la materia sensorial a la materia sensorial en sí misma.

Carlos M. Correa.

3.1. Introducción

El objetivo del capítulo consiste en presentar un estudio pormenorizado en torno a todos aquellos aspectos que circunscribe el derecho de autor. Para ello, se considera primordial definirlo a partir de las teorías que la dogmática especializada ha proporcionado, las cuales en su generalidad, describen que el derecho de autor se divide en dos prerrogativas o facultades que tiene el autor sobre su creación.

La clasificación efectuada por la doctrina indicará que dichas prerrogativas o facultades del autor básicamente se dividen en las de carácter moral y las de carácter patrimonial, por lo que el estudio del capítulo se enfocará en examinar la naturaleza jurídica y las características de cada una en particular, considerando lo previsto tanto en la legislación nacional como en la internacional.

Una vez explicadas las particularidades de cada una de las facultades o prerrogativas que tiene el autor sobre su creación, se abordarán los límites o excepciones previstas en la ley y que restringen al derecho de autor, atendiendo solamente a las que autorizan la utilización libre y gratuita de la obra. Dichos límites o excepciones están involucrados directamente con el derecho de acceso a la cultura que es el tema central de la investigación.

Por último, se confrontarán el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor lo que implica la realización de un análisis en el que se aborda la génesis jurídica de cada uno de ellos. Además, se planteará la probable tensión jurídica que pudiera suscitarse entre estos en las sociedades actuales y en esta dirección, se

puntualizará la función del Estado para la protección del derecho de autor, considerando que se encuentra incluido en el rubro de los derechos culturales.

3.2. Definición de Derecho de Autor

La dogmática especializada apunta en torno al concepto de derecho de autor, al conjunto de facultades otorgadas por la norma que tiene el autor en vinculación con su obra. No obstante, se hará referencia a algunos sectores de la dogmática especializada en la materia. Delia Lipszyc hace referencia que puede ser *"en un sentido objetivo como el nombre que se le da a la materia, sin embargo lo define en un sentido subjetivo como aquellas facultades de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de protección dispensada"*.

[89] Por su parte Marisela González López señala al derecho de autor como el *"conjunto de facultades inherentes a la persona del autor, por el hecho de haber realizado una obra artística, literaria o científica"*.[90]

El derecho de autor surge de la necesidad de regular todos aquellos aspectos que se encuentran dentro del ámbito de creación de una obra por parte de su creador. A partir de dicho acto, es cuando emergen las facultades que tiene el autor en vinculación con su obra, como se verá más adelante.

El estudio de la naturaleza jurídica del derecho de autor ha presentado diversas teorías, sin embargo las diferencias en torno a ésta, son principalmente de índole doctrinal, en virtud de que proporcionan tres enfoques básicamente:

El primer enfoque consiste en una **Teoría dualista** que apunta al derecho de autor conformado por dos derechos independientes entre sí: Un **derecho patrimonial** que faculta al autor para obtener los beneficios económicos que deriven de la explotación de su obra y; un **derecho moral** al que prescindiendo del

---

[89] Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos,* UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, Argentina, 2001, p.18.

[90] González López, Marisela, *El derecho moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual,* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1993, p. 34.

estudio de su naturaleza jurídica, encuadran entre los derechos de la personalidad.[91] Cabe mencionar, que no sólo abarcan derechos de la personalidad, sino que su regulación es más extensiva. En torno a las teorías dualistas, Lipszyc distingue: *"Las dualistas (teorías) separan el conjunto de facultades reconocidas a los autores en dos clases de derechos -derecho moral y derecho patrimonial-, considerando que no deben de ser confundidos aunque se interrelacionen."*[92]

El segundo enfoque respecto al derecho de autor consiste en la **Teoría monista**, la cual describe el reconocimiento de un derecho unitario con contenido jurídico patrimonial y jurídico personal. En esta teoría, el derecho de autor está formado por un derecho único, compuesto por dos facultades: unas de carácter patrimonial que proporcionan al autor la posibilidad de obtener beneficios económicos a partir de la explotación de su obra y el ejercicio de esta facultad tiene una duración limitada; y otras facultades que son de carácter personal y su duración es ilimitada.

Por lo tanto, en la primera teoría (teoría dualista), el derecho de autor consta de dos derechos, independientes entre sí; se presume que la razón es porque regulan aspectos diferentes, sin embargo sólo es en apariencia, en virtud de que el bien tutelado es el mismo: el autor y su vinculo con la obra. En la segunda teoría (teoría monista) del derecho de autor, se desprenden dos facultades, una de carácter patrimonial y a la otra de carácter moral.

Del conjunto de normas jurídicas que regulan el derecho subjetivo que tiene el autor en un ordenamiento jurídico especializado, se desprenden dos subconjuntos de normas, unas de carácter **patrimonial** y otras de carácter **moral**, ambas con características propias.

Las de carácter **patrimonial**, son aquellas que facultan al autor a percibir una utilidad económica sobre su obra, y poseen características privativas de dicho ámbito de retribución. Y en el caso de las de carácter **moral**, son aquellas que

[91] Ibidem, p. 39
[92] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 22.

facultan al autor en su aspecto personal; por lo que sus características son: la perpetuidad, la irrenunciabilidad, la imprescriptibilidad y la inalienabilidad.

Existe una tercera clasificación de los derechos de autor, en la que además de los derechos patrimoniales y los morales, se adhieren los derechos de remuneración o de "simple remuneración". Gutiérrez Vicén refiere a Antonio Delgado Porras, el cual ha explicado dicha clasificación de los derechos de autor, relacionada a su reconocimiento en la legislación autoral[93]. Y divide al derecho de autor, en derechos morales, derechos de explotación y derechos de remuneración.

En esta clasificación, se revisará brevemente lo tocante a los derechos de remuneración, en virtud de que la explicación de los otros derechos se abordó en las teorías que anteceden. En la legislación nacional[94], se prevé que el autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía por comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio, en virtud de que el derecho de autor es irrenunciable. Y en la misma dirección, el primer párrafo del Art. 14ter del Convenio de Berna señala:

> En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor -o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.

El instrumento internacional antes mencionado proporciona mayor precisión respecto al contenido de lo que se pretende proteger; y en los párrafos que prosiguen remite a las legislaciones nacionales para determinar la medida de protección, sus modalidades de percepción, y el monto a recaudar. En este sentido, nuestra ley en otro precepto, dispone además del objeto sobre el que recae la protección, el procedimiento que debe de llevarse a cabo en cuanto a la aplicación de este derecho.

---

[93] Gutiérrez Vicén, Javier, *Manual legal de arte. La propiedad intelectual explicada a los artistas plásticos,* Colección Análisis y Documentos 4, Ministerio de Cultura, España, 1993, p. 33.
[94] Art. 26 bis de la Ley Federal de Derecho de Autor.

El Artículo 92 bis de la Ley Federal de Derecho de Autor (LFDA) establece que los autores de obras de artes plásticas y fotográficas, así como los manuscritos originales de las obras literarias y artísticas, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil, con excepción de las obras de arte aplicado. Dicha participación de los autores será fijada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, en los términos que establece la misma ley.

La misma disposición, establece que el derecho es irrenunciable, por lo que se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa*, y se extinguirá transcurridos cien años a partir de la muerte o de la declaración de fallecimiento del autor[95]. Y por último, el precepto fija el procedimiento que refiere a las acciones de las personas que hayan intervenido en la reventa de la obra.

Como se puede observar, el derecho de remuneración o "de simple remuneración" lleva en sí mismo un tratamiento diferente a los otros derechos, porque como requiere una retribución económica, no puede vinculársele con los de carácter moral. Sin embargo tampoco puede ser incluido en los de carácter patrimonial, toda vez que no interfieren directamente con la explotación de la obra. Gutiérrez Vicén describe a los derechos de remuneración de la siguiente manera:

> Los derechos de remuneración, o de "simple remuneración", no son verdaderos derechos de propiedad intelectual, en la misma medida que lo son, el derecho moral o el derecho de explotación, aún cuando sí sean derechos de autor, porque -citando a Delgado Porras- "carecen de naturaleza de poder exclusivo, o discrecional determinante de la explotación de la obra". No conllevan la facultad de prohibir la explotación de la obra, (el "ius prohibendi"), intrínseco al derecho de explotación.[96]

[95] Cabe mencionar lo resuelto recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde pone de manifiesto que la irrenunciabilidad, no implica la intransmisibilidad; por lo que ha de suponerse que el autor puede transmitir dicha regalía en vida. Contradicción de tesis, 25/2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal en Pleno, 16 de abril del 2007.
[96] Gutiérrez Vicén, Javier, *op. cit.,* p. 34.

El derecho de remuneración es por lo tanto un derecho que tienen el autor (en vida) y su causahabiente para poder percibir una retribución económica cada vez que su obra sea puesta a la venta.

Con el propósito de ampliar la explicación de los aspectos que abarca el derecho de autor para después confrontarlos con el derecho de acceso a la cultura, se considera necesario puntualizar las facultades jurídicas del autor que se desprenden a partir de la creación de una obra.

3.2.1. Derechos morales.

En relación a la terminología que se ha empleado para asignar a este tipo de facultades o prerrogativas, cabe precisar que el término "moral" indica que tutela intereses que no contienen ningún aspecto lucrativo. Tal precisión cobra importancia en el sentido de que no quiere decir que las otras facultades sean "inmorales". Lo que sucede, es que dicho término ha sido asimilado por las fuentes de derecho que regulan la materia en general, por lo que hablar de "moralidad" en cuanto al Derecho, corresponde a otro tipo de análisis que concerniría a la Ética jurídica. No obstante, el término tiene su aspecto teleológico, en virtud de que ha sido considerado apropiado de acuerdo a la finalidad de proteger aquellos intereses no pecuniarios; además que su uso en rúbrica dentro de las legislaciones en derecho autoral, es una tradición.[97]

El autor siempre mantiene una estrecha relación con su obra, porque forma parte de su expresión e identidad propias, como ser individual y como pueblo, independientemente de la finalidad que el autor persiga, Philipp Allfed asevera:

> El autor ejerce el dominio de su obra porque ella, antes de pasar al mundo exterior, formaba parte de su Yo, no en razón de la relación que uno mantenga con un objeto de su patrimonio, sino en virtud de la peculiarísima relación personal que sólo el

[97] La propuesta a una enmienda en la legislación española, no prosperó en el sentido de que se proponía sustituir "derecho moral" por "derecho personal". En el debate, Del Pozo I Álvarez, ponente del Grupo Parlamentario Socialista, defendió el uso de la rúbrica "derecho moral", discrepando; y expuso que no se trata de un derecho moral por su origen, sino por su fin, y que tal denominación tiene sólida tradición por lo que se está defendiendo en múltiples decisiones jurisprudenciales y en las legislaciones positivas de otros países. González López, Marisela, *op. cit.*, p. 83

> autor mantiene y perpetuamente mantendrá con su obra. Como la obra intelectual es una expresión de la personalidad del autor, debe asistirle a él sólo el poder de disposición, no importa con que fin disponga de su creación, sea con miras al aprovechamiento económico o por cualquier otra finalidad, inclusive la puramente ideal.[98]

El concepto de derecho moral engloba las facultades del autor vinculadas al acto de creación, y que no forman parte del beneficio económico de éste. Al respecto, González López cita a Michaelides Novaros, quien lo define como: "*El derecho de crear, presentar o no su creación al público bajo una determinada forma, de disponer de esta forma soberanamente y de exigir de todos el respeto a su personalidad en tanto está ligado a su cualidad de autor".*[99] A diferencia de los derechos patrimoniales (como se verá más adelante), estos derechos se encuentran en un plano de carácter ideal, en el que se posibilita un lazo que une al creador con su obra, porque en ella se recrea a sí mismo, se reconoce como ser y como pueblo.

La dogmática jurídica es enfática al reconocer la expresión del hombre incorporada como obra individual, es decir, caracterizada por elementos singulares propios de la personalidad del individuo, independientemente del objetivo o fin para la que fue realizada, arguyendo así la relevancia de los derechos morales. Delia Lipszyc coincide a este respecto y, alude en que se protege la personalidad del autor en relación con su obra: "*El derecho moral está integrado, en sustancia, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra -darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad-, a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación".*[100]

Como se ha podido observar a lo largo de la investigación, son muchos los factores que se desprenden a partir del acto de creación, sin embargo, en esta parte, corresponde efectuar la revisión que lleva consigo el derecho propiamente

---

[98] Allfed Philipp, *Del derecho de autor y del derecho del inventor,* Monografías Jurídicas 18, Temis, Colombia, 1999, pp. 6 y 7.
[99] González López, Marisela, *op. cit*., p. 84.
[100] Lipszyc Delia, *op. cit*., p. 155.

del creador de la obra, y el cual forma parte de su personalidad, y en esta dirección, Gutiérrez Vicén vincula al derecho moral con los derechos de la personalidad*: "Corresponde por antonomasia al autor, y tiene su fundamento ético, en la relación de paternidad que une al autor con la obra que ha creado. Su raíz entronca con los derechos humanos y con los derechos de la personalidad."*[101]

3.2.1.1. Naturaleza jurídica.

De la definición de los derechos morales se desprenden los elementos que conforman su naturaleza jurídica:

- El fundamento del derecho moral radica en la **personalidad** del autor en cuanto a su creación. El autor sin perseguir un fin específico, vincula su expresión a través de su obra como ser individual y como pueblo.
- El derecho moral incorpora un conjunto de **facultades** o prerrogativas que puede o no ejercer el autor en cualquier tiempo, y la consecuencia práctica de dicho ejercicio, incluye la facultad de exigir que los demás realicen una conducta correspondiente.
- El derecho moral **no persigue** regular el ámbito de **retribución económica**, su pretensión es de carácter ideal.

Las normas que regulan el derecho moral del autor, confieren a la persona facultades o prerrogativas, es decir, le otorgan al autor derechos subjetivos dignos de tutela por la creación de su obra. Lo que lleva a inferir que el derecho moral del autor va unido a la obra. Lipszyc lo señala como inherente a la calidad de autor, es decir, este derecho está unido a la personalidad del creador, y el autor lo conserva toda su vida.[102]

El ordenamiento jurídico que regula la materia le otorga al autor derechos subjetivos, lo que se traduce en que éste tiene facultades morales (de hacer o no hacer) sobre su obra. Y como consecuencia, este mismo derecho le otorga al autor,

[101] Gutiérrez Vicén Javier, *op. cit.* p. 45.
[102] Lipszyc Delia, *op. cit.* p. 157.

la facultad de exigir a los demás una conducta correspondiente, es decir, la exigencia de abstenerse de interferir con su derecho. El derecho moral del autor es absoluto porque es oponible a cualquier persona (*erga omnes*), permite que el titular enfrente a todos los demás, incluso a quien ha recibido el pleno derecho patrimonial sobre la obra[103].

El derecho moral del autor es aquel que sobrevive ante la perspectiva de obtener una retribución económica por la obra, es decir, no se agota. Como se expuso anteriormente, repercute en la esencia del autor, en su aspecto interno, en su manifestación artística o espiritual y por lo tanto debe ser tutelado, independientemente del beneficio económico que pudiera derivar de ello. Dicha precisión, sirve de punto de partida; por un lado, para distinguir de manera fehaciente los derechos morales de los derechos patrimoniales del autor; y por otro, para asimilar sus características.

3.2.1.2. Características.

Las características de los derechos morales están consagradas en el art. 19 LFDA, en el cual se establece lo siguiente: el derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

- **Inalienable**: nadie puede disponer por cualquier causa de este derecho. Rodríguez Tapia sostiene: el ámbito de poder que encierran los derechos morales, impide que cualquier persona invada, desconozca o perturbe la titularidad que sobre la obra corresponde al autor, con independencia de los derechos de explotación de los que sean titulares personas distintas a él. Nadie distinto del autor podrá ser propietario pleno de la obra, porque ésta no es susceptible de apropiación integral, al quedar siempre en la esfera del autor los derechos morales[104].

[103] Idem.
[104] Rodríguez Tapia, J. Miguel Bondía y Román, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* Civitas, España, 1997, p. 69.

Y en este sentido, Lipszyc plantea categóricamente, que en razón de la inalienabilidad del derecho moral, toda transmisión *inter vivos* de derechos de autor, sólo puede involucrar derechos patrimoniales[105]. Por las razones antes desplegadas, se deduce la inembargabilidad del derecho.

- **Imprescriptible**: el ejercicio del derecho moral se puede realizar en cualquier momento, y no se pierde con el tiempo.
- **Irrenunciable**: no existe la posibilidad de compromiso para no ejercitar las facultades o prerrogativas otorgadas por la norma. Rodríguez Tapia señala: la irrenunciabilidad del derecho, implica que su ejercicio es personalísimo, y corresponde únicamente al autor, sin posibilidad alguna de transmitirlo a otra persona[106].

3.2.1.3. Facultades.

Las facultades morales que tiene el autor sobre su obra, están consagradas en la legislación autoral. Están descritas tanto en el ámbito nacional como en el internacional, y son las siguientes:

- Divulgación
- Paternidad
- Respeto a la integridad
- Modificación
- Retirar la obra del comercio
- Acceso al original

La revisión de las facultades incluidas en el derecho moral del autor es con el propósito de resaltar la importancia o repercusiones jurídicas, que pudieran tener respecto a su aplicación en el terreno de los derechos culturales. La orientación de la investigación no va encaminada únicamente a la descripción de las facultades

[105] Lipszyc, Delia, *op. cit.,* p. 157.
[106] Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, *op. cit*., p. 69.

morales, sino a los efectos jurídicos que pudieran suscitarse dentro de los derechos culturales.

Divulgación.

La enunciación que expresa la ley nacional (art. 16 LFDA) define la divulgación como el acto de hacer accesible una obra literaria y artística por cualquier medio al público, por primera vez, con lo cual deja de ser inédita; esto alude propiamente al derecho de divulgación. Y posteriormente, en el mismo ordenamiento, refiere a la prerrogativa conferida al autor en todo tiempo, de determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita (art. 21, fr. I, LFDA) lo que indica la facultad del autor a decidir si va a divulgar o no su obra.

Pérez de Ontiveros Baquero muestra la distinción entre la terminología de derecho de divulgación o decidir la divulgación:

> Existe una diferencia importante entre el derecho a decidir la divulgación y el derecho de divulgación, ya que si el primero es la facultad que corresponde al autor de decidir si comunicará su obra al público, el segundo consiste en el derecho a realizar la comunicación efectiva; por ello, creemos que la expresión divulgación no debe ser utilizada en el ámbito de los derechos morales[107].

Aunque es más acertada la expresión de decidir la divulgación, la dogmática jurídica especializada utiliza indistintamente el término. Sin embargo, se considera más acertada expresión de decidir la divulgación. Por su parte Rodríguez Tapia al comentar la disposición relativa al contenido y características del derecho moral en la legislación española, ofrece la siguiente dualidad en torno a la divulgación:

> Normalmente la divulgación de la obra supone la posibilidad de explotar la misma mediante el ejercicio de los derechos patrimoniales, pero no necesariamente siempre ocurre así (por ejemplo, cuando el autor deposita un manuscrito en la

[107] Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *Derecho de Autor: La facultad de Divulgación,* Civitas, España, 1993, p. 93.

biblioteca pública). Y a la inversa, se puede explotar la obra antes de su divulgación (venta de un cuadro a un particular) [108].

El ejercicio de esta facultad depende únicamente del autor, y dicho sea de paso, si la ejercita positivamente, debe determinar (de conformidad a la ley), la forma en qué ha de ejercitarse. González López refiere al ejercicio del titular de este derecho moral, aludiendo que *"aunque la obra nace con una vocación de comunicación, el autor es el único facultado para decidir si ésta ha de ser puesta en conocimiento del público, pues no hay duda de que la divulgación pone en juego la reputación o fama del autor, siendo por ello lógico que sólo él, de modo soberano, pueda decidir si ha de quedar en su esfera privada o ha de ver la luz"*[109].De igual manera, Rodríguez Tapia coincide con dicho aspecto, y a su vez, sostiene que:

> El autor es el único que puede decidir cuándo y de qué manera y en qué condiciones divulgará su obra, decisión que dependerá de una amplia serie de circunstancias y motivaciones, tanto de carácter personal como objetivo (la propia maduración de la obra, la oportunidad social o económica que se estime más favorable, la perfección deseada para su prestigio, etc.). Si tiene derecho a divulgarla, también lo tiene a no hacerlo (inédito). El derecho a decidir si la obra se divulga o no implica el reconocimiento del derecho de inédito, que supone el ejercicio del derecho de no divulgación[110].

Por lo tanto, el autor tiene la facultad de decidir ejercitar (aspecto positivo), o no ejercitar (aspecto negativo) la divulgación. Y como se mencionó en las características, el derecho moral, es oponible a cualquier persona. Un punto a destacar en torno a esta facultad, consiste en que no se considera divulgación, si la obra no tiene acceso al público.

La facultad de ejercitar la divulgación implica que el público tenga acceso a la obra, y se entiende como acceso al público, cuando la obra sale de la esfera

[108] Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, *op. cit*., p. 69.
[109] González López Marisela, *op. cit*., p. 145.
[110] Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, *op. cit*., p. 70.

íntima del autor[111]. De no ser así, se entenderá que el autor ejerció su facultad negativa, y a ésta se le conoce como el derecho al inédito.

El derecho al inédito, por considerarse como una facultad negativa queda bajo la tutela jurídica del derecho moral del autor. Además, la ley que regula la materia, contempla las obras objeto de protección y señala a las no divulgadas, es decir, las inéditas (art. 4, B, fr. II, LFDA). Por tratarse de un tema extenso, se analizarán solamente las siguientes consideraciones:

Derecho al inédito.

En relación a la terminología de este apartado, cabe hacer la siguiente diferencia, en primer lugar, distinguir entre sujeto y objeto:

El objeto es la obra; una obra inédita es aquella que no ha salido de la esfera íntima del autor, es decir que no haya sido accesible al público. El derecho al inédito es la facultad discrecional y exclusiva que tiene el autor (sujeto) de que su obra (objeto) no sea divulgada, por lo que se trata de una facultad en su aspecto negativo.

Precisar lo anterior, es con el propósito de establecer que la expresión de derecho al inédito (decidir no divulgar la obra), es la correcta en el sentido de que se trata de una facultad (negativa) que va ejercer el autor. Y así lo estima Pérez de Ontiveros: *"Considerar que el derecho al inédito es el no ejercicio del derecho de divulgación es adecuado, pues precisamente es con la divulgación cuando una obra deja de ser inédita"*[112].

Pueden ser diversas las razones o circunstancias por las que un autor decida no divulgar su obra, Espín Cánovas asienta que *"la no divulgación de una obra por parte de su autor puede obedecer a una decisión firme de no darla a*

[111] En este aspecto la doctrina y la jurisprudencia italiana y francesa, tras múltiples vacilaciones, se inclinan por aceptar un criterio intermedio entendiendo que el círculo íntimo del autor ha de incluir a éste y a aquellas personas que mantengan una relación estrecha con él, así no sólo parientes, sino también amigos o domésticos, etc. Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *op. cit*., p. 68.
[112] Ibídem, p. 92.

conocer guardándola en su esfera reservada o bien al deseo de esperar un momento ulterior"[113].

No cabe duda que la autorización del titular de este derecho moral, es pieza clave; toda vez que su ejercicio ocurre durante la vida del autor. Sin embargo, la legislación autoral al describir que los titulares de los derechos morales, podrán en todo tiempo determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita (art. 21 LFDA); también dispone, que esta facultad moral (para decidir -o no- la divulgación), puede recaer en otras personas, si el autor ha fallecido. Nuestra legislación, al otorgar el ejercicio del derecho moral al propio creador de la obra, concede también que en ausencia de éste, a sus herederos (último párrafo del art. 21 LFDA) y a falta de éstos, el Estado podrá ejercitarlo.

Esta disposición plantea la cuestión de legitimidad en cuanto a quiénes son las personas que están facultadas para el ejercicio del citado derecho; el precepto primeramente señala a los herederos del autor, y en este caso, habrá que analizar si fue albedrío del autor divulgar o no la obra. Rodríguez Tapia alude este punto, y al comentar algunos supuestos de legitimación *mortis causa*, señala la eficacia que representa el respeto a la voluntad del autor:

> Cuestión distinta es la eficacia de la decisión adoptada por el autor una vez muerto, el respeto a su voluntad por parte de sus herederos, los cuales podrían verse forzados por el propio autor, si éste les impuso algún tipo de gravamen modal o de condición, a divulgar materialmente la obra. Si el autor manifestó su voluntad de no divulgar, también ejerció el derecho, y serán sus herederos los que respetarán o no su decisión[114].

La decisión de divulgar o no divulgar la obra tras la muerte del autor, primeramente, corresponde a los herederos y no se precisa, que tengan -por una parte- la obligación de respetar la voluntad del autor, a menos que medie una disposición testamentaria[115], asunto que correspondería disipar a las autoridades

---

[113] Espín Cánovas, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, España, 1996, p. 164.
[114] Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, *op. cit.,* p. 89.
[115] Si el autor manifestó de modo fehaciente, durante su vida o por testamento, su decisión de no divulgar o mantener inédita su obra, el "derecho a la no divulgación" ya se agotó por parte del autor,

en la materia; y -por otra-, la prioridad que tendrían los herederos en torno a este derecho. Espín Cánovas remitiéndose a la legislación española, misma que concuerda con la nacional, expone:

> La Ley al llamar a "los herederos", no señala ninguna norma de prioridad, por lo que están legitimados todos de modo conjunto. Al no distinguir la ley, serán llamados todos los herederos aunque fueren parientes de distinto grado (hermanos, sobrinos), parientes o no, aplicándose el llamamiento en la sucesión testada y en la intestada[116].

Como se mencionó, en ausencia de herederos, el Estado puede ejercer, la titularidad de este derecho moral, pero ha de subrayarse, siempre y cuando se trate de obras de interés para el patrimonio cultural nacional. Y en esta dirección, como se vio en el capítulo pasado, el acceso a dichas obras corresponde a los titulares de los derechos culturales, y por lo tanto, *todas las personas tienen permitido el derecho a su acceso*. Cabe destacar, que aquí aparece la primera colisión entre derechos culturales con el derecho de autor. La colisión de ambos derechos, en caso de presentarse, debe ser determinada por el órgano que conozca del asunto, en virtud de que implica, además de una valoración de la divulgación o no de la obra, un ejercicio de ponderación de derechos culturales, y como se ha reiterado a lo largo de la investigación, tienen carácter de fundamental.

Formas de divulgación.

La facultad de decidir la divulgación de la obra, presupone la coyuntura de explotarla mediante el ejercicio de los derechos patrimoniales (aunque, no siempre ocurra así). Los derechos patrimoniales del autor surgen con la creación de la obra, pero se exteriorizan a partir de su decisión de divulgarla, una vez que el autor ha decidido divulgar (aspecto positivo), ha de decidir también la forma. Lo anterior tiene su fundamento en la legislación de la materia, donde se establece que el autor ha de determinar la forma en qué debe ser divulgada su obra (art. 21, fr. I, LFDA).

---

con un carácter irreversible después de su muerte, pues ya no hay posibilidad de que revoque su decisión negativa. Ibídem p. 196.

[116] Espín Cánovas, Diego, *op. cit*., p. 166.

La divulgación es el acto de hacer accesible una obra literaria y artística por cualquier medio al público, por primera vez, con lo cual deja de ser inédita (art. 16 fr. I, LFDA), por lo tanto, realizada esta acción, se considera agotada la facultad moral. Pérez de Ontiveros Baquero dice que *"el autor va agotar su derecho a decidir la divulgación en el momento en que, a la vista de su creación, la considere apta para ser conocida por el público y para ello se obligue contractualmente con terceros o haga entrega de la obra, en caso de que el vínculo contractual sea anterior a la creación de la misma o bien divulgue él en solitario, sin necesidad de mediación alguna"*[117].

Nuestra legislación consagra las formas en que una obra puede ser accesible al público; y las define en los siguientes actos:

- **Publicación.-** Consiste en la reproducción de la obra en forma tangible y su puesta a disposición del público mediante ejemplares, o su almacenamiento permanente o provisional por medios electrónicos, que permitan al público leerla o conocerla visual, táctil o auditivamente.
- **Comunicación pública.-** Consiste en el acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares. Cabe precisar que si la divulgación es el acto de hacer accesible una obra por cualquier medio al público, entonces tanto la publicación, como la comunicación pública son actos en los que se puede ejercer esta facultad, siempre y cuando, dicho acto se realice por primera vez. Entendiéndose que si se divulga una obra, deja de ser inédita, y por lo tanto, queda agotada dicha facultad.
- **Ejecución o representación pública.-** Consiste en la presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores sin restringirla a un grupo privado o círculo familiar. Dicho acto también se considera como una modalidad de la comunicación pública.

[117] Pérez de Ontiveros Carmen, *op. cit*., p. 88.

- **Distribución.-** Consiste en la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma.
- **Reproducción.-** Consiste en el acto de realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

Las formas anteriormente descritas podrán ser convenidas de acuerdo a la naturaleza de la obra, lo que implica a su vez, el ejercicio del derecho patrimonial[118]. Existen diferencias para determinar el momento en que se ejerce la facultad de divulgación, por ejemplo, lo que va a diferenciar la divulgación de la publicación -suscribe Pérez de Ontiveros-, es que ésta última exige para su realización la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra, que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la obra[119].

Y en los mismos términos, la ley nacional (art. 4, B, fr. III, LFDA) consagra: las obras publicadas son las que han sido editadas, cualquiera que sea el modo de reproducción de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos, puestos a disposición del público, satisfaga razonablemente las necesidades de su explotación, estimadas de acuerdo con la naturaleza de la obra.

En relación a la comunicación pública -como se vio-, es el acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público en general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda, y que no consista en la distribución de ejemplares. Y de acuerdo a la misma ley, pueden ser variadas las modalidades en las que se puede realizar dicho acto[120], dependiendo de la naturaleza de la obra.

---

[118] Art. 27 LFDA.
[119] Pérez de Ontiveros Carmen, *op. cit.,* p. 73.
[120] La fracción II del art. 27 LFDA, dispone que los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

Las formas que reviste la divulgación hoy en día pueden ser muy diversas, y las legislaciones tratan de prever las más posibles, incluso las que podría haber en el futuro; independientemente de que, como se ha reiterado, se supedita a la naturaleza de la creación intelectual y consiguientemente, a la autorización del titular del derecho moral, aspecto que pudiera entrar en colisión con el *derecho de acceso a la cultura*.

Derivado de lo anterior, se pueden obtener tres elementos de la facultad positiva de la divulgación:

1. Autorización del titular del derecho moral para decidir divulgar la obra.

2. Que la obra sea accesible al público, es decir que salga de la esfera de la intimidad del autor.

3. Que se realice por primera vez mediante los actos antes señalados.

La dogmática especializada considera que el derecho de divulgación enfrenta ciertos límites, mismos que decidirá el órgano encargado de la aplicación del derecho, en el caso concreto. La aplicación del derecho deberá de realizarse, conforme a un enfoque valorativo, o bien de acuerdo a los fines que persiga la tutela del derecho moral del autor. La facultad de decidir la divulgación de la obra, corresponde al autor. La divulgación de la obra puede darse bajo las formas anteriormente vistas; no obstante, son diversas las circunstancias por las que el autor se enfrentaría a ciertas vicisitudes en torno a su ejercicio, enseguida se presentarán brevemente algunos de los casos:

A. Cuando el autor se obliga contractualmente.

La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:
a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
c) El acceso público por medio de la telecomunicación.
Posteriormente, la fracción III del mismo precepto, establece las modalidades mediante las cuales puede llevarse a cabo la comunicación pública, cuando se trate de transmisión pública o radiodifusión de obras, y son las siguientes:
a) Cable;
b) Fibra óptica;
c) Microondas;
d) Vía satélite, o
e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.

El autor se obliga contractualmente a crear una obra, y transmite sus derechos de explotación sobre ésta; en este caso, se observan dos vertientes, la primera, que el autor se negara a realizar la obra; y la segunda, que se negara a entregarla para su divulgación; en ambas, puede apelar a su derecho moral.

En la primera vertiente, se observa: si bien el incumplimiento para realizar la obra por parte del autor, podría acarrearle implicaciones de carácter patrimonial, es un hecho que no se puede atentar contra su libertad de creación o su libertad de manifestarse artísticamente, toda vez que su derecho es oponible a cualquier persona. Independientemente que la divulgación es una facultad y no una obligación. En la segunda vertiente expuesta, González López asienta:

> Aunque el autor haya firmado un contrato para realizar una obra no puede ser obligado a ejecutar su compromiso de entrega, pues mantiene en todo momento su derecho moral de inédito de impedir que su obra sea divulgada sin su consentimiento; corresponde únicamente al autor tanto decidir si la obra está terminada como autorizar su divulgación. Todo ello sin perjuicio de la acción que por indemnización de daños y perjuicios tiene derecho a promover la parte afectada, donde se debería analizar, en cada caso, las causas del incumplimiento contractual por parte del autor[121],

Por su parte, la legislación nacional contempla en las disposiciones generales de protección al derecho de autor lo siguiente (art. 83 primer párrafo, LFDA): *"Salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de*

---

[121] La fracción II del art. 27 LFDA, dispone que los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:
La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:
a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
c) El acceso público por medio de la telecomunicación.
Posteriormente, la fracción III del mismo precepto, establece las modalidades mediante las cuales puede llevarse a cabo la comunicación pública, cuando se trate de transmisión pública o radiodifusión de obras, y son las siguientes:
a) Cable;
b) Fibra óptica;
c) Microondas;
d) Vía satélite, o
e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.

otras, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones." Como se puede observar, esta disposición le otorga a una persona distinta del autor (la persona que comisiona una obra), el derecho moral de divulgación. Y dadas las características del derecho moral, se presume una antinomia aparente, en virtud de que solamente bajo esa circunstancia el que comisiona la obra puede ejercitar ese derecho.

En caso de controversia, le corresponderá al órgano encargado de la aplicación, resolver la existencia o no, de la contradicción de preceptos; y posteriormente, resolver la preeminencia acerca de la titularidad del derecho moral controvertido. Se considera que el derecho moral de divulgación encuentra cierto límite para ser ejercitado, cuando el autor se obliga contractualmente. Sin embargo, la disposición consecuente en su segundo párrafo (art. 83 bis LFDA), brinda un margen de acción para que el autor pueda llevar a cabo el ejercicio de su derecho moral: *"Para que una obra se considere realizada por encargo, los términos del contrato deberán ser claros y precisos, en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al autor. El autor también está facultado para elaborar su contrato cuando se le solicite una obra por encargo."*

De acuerdo al precepto citado, la interpretación jurídica favorecerá al autor; y por lo tanto, el órgano encargado de la aplicación precisará los criterios que estime convenientes para dirimir la controversia. Lo anterior, con el fin de proporcionar al ordenamiento jurídico, el atributo de coherencia (propio del derecho positivo); y en consonancia con el contenido de lo que se pretende proteger, será propiamente, el ejercicio de los derechos morales que tiene el autor. Y en los mismos términos se aplicará, cuando se trata de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral (art. 84, segundo párrafo, LFDA): *"El empleador podrá divulgar la obra sin autorización del empleado, pero no al contrario. A falta de contrato individual de trabajo por escrito, los derechos patrimoniales corresponderán al empleado."*

Sin embargo, la interpretación final solamente le corresponde al órgano aplicador, toda vez que exista controversia en relación a la titularidad del derecho

moral. Y por lo tanto, el autor se encuentre en presencia de un límite en torno al ejercicio de esta facultad.

B. El autor y el propietario del soporte material.

La facultades o prerrogativas del derecho moral son del autor, por lo que si éste entrega o enajena el soporte material de su obra, no se considera que cede su derecho moral. La norma sólo le confiere al autor (el sujeto), las facultades o prerrogativas de ejercicio; y éstas no son conferidas a la obra (objeto). Delia Lipszyc suscribe:

> La adquisición de una obra artística (una pintura, un grabado, una escultura, una fotografía, etc.) no importa la adquisición de los derechos de explotación de la obra, del mismo modo que el comprador de un manuscrito o de una partitura musical original recibe solo la propiedad del objeto físico y no puede publicarlos, ni representar o ejecutar la obra o radiodifundirla o transformarla, etc. Excepto que lo haya convenido expresamente.
>
> La enajenación del soporte material original donde consta una obra no implica, por este solo acto, transferencia alguna de la titularidad de los derechos que corresponden al autor. Este último conserva tanto el derecho moral como los derechos patrimoniales[122].

Al respecto, la legislación nacional regula en el título relativo a la transmisión de los derechos patrimoniales lo siguiente (art. 38 LFDA): *"El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra."*

Aunque en el precepto anterior, se salvaguardan los derechos de autor; se reconoce también en otra disposición (salvo pacto en contrario), la facultad de exhibición pública, en favor del adquirente del soporte material (art. 85 LFDA): *"Salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos.*

[122] Lipszyc Delia, *op. cit.*, p. 164.

En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos derechos, cuando la exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional".

La exhibición pública es una modalidad de la comunicación pública; y ésta última, una forma de divulgación. Por lo tanto, si el propietario del soporte ejerce la facultad de exhibición pública, se verá vulnerado el ejercicio del derecho moral del autor relativo a la divulgación, en el caso de que la obra no haya sido divulgada. No obstante, el derecho moral del autor es oponible a cualquier persona. En todo caso, si el autor en el acto de enajenación del original no se opone a que el propietario ejercite sobre la misma el derecho de comunicación pública, ya está consintiendo (tácitamente) sobre la divulgación de la obra o, en los mismos términos, ya ha ejercitado activamente la facultad de decidir la divulgación de la obra, y la forma en que ésta ha de llevarse a cabo.

En esta dirección, es de suponerse que el autor de la obra está ejercitando su facultad y no la está transmitiendo, toda vez que se trata de una facultad inalienable.

C. Cuando es una obra en colaboración.

La legislación nacional contempla como objeto de protección, a las obras en colaboración, y las define como aquellas que han sido creadas por varios autores (art. 4, inciso D, fr. II, LFDA). Derivado de lo anterior, se desprende la siguiente cuestión, ¿a quién corresponde la titularidad de los derechos morales? La misma legislación proporciona la respuesta (art. 80 LFDA): *"En el caso de las obras hechas en coautoría, los derechos otorgados por esta Ley, corresponderán a todos los autores por partes iguales, salvo pacto en contrario o que se demuestre la autoría de cada uno."* Y el segundo párrafo de la misma disposición, establece el mecanismo del ejercicio de los derechos de autor: *"Para ejercitar los derechos establecidos por esta Ley, se requiere el consentimiento de la mayoría de los autores, mismo que obliga a todos."* Asimismo el Convenio de Berna (art. 7bis)

concede protección en tanto a las disposiciones aplicables al derecho de autor, remarcando que pertenece en común a los colaboradores de una obra.

Por lo tanto, los autores que participen en la creación de una obra, gozarán de la titularidad de los derechos de autor, es decir, disponen tanto de las facultades patrimoniales como de las facultades morales.

Cabe la posibilidad de que alguno de los integrantes de la creación, se abstuviera a dar su autorización para ejercer la facultad de decidir la divulgación. En este supuesto, el derecho moral de divulgación podría verse vulnerado, porque como se observa, la ley exige el consentimiento de la mayoría de los autores, González López señala:

> Para cuando no existe el consentimiento de todos los coautores, se arbitra por la ley el recurso al Juez, lo que nos parece acertado, pues la creación de una obra de esta naturaleza es de suponer que siempre le habrá precedido el acuerdo de todos, y es desconcertante que luego alguno de ellos se niegue a la divulgación.[123]

Llegado el caso en el que un coautor se negará a dar su autorización para el ejercicio de la facultad de divulgación, tendrá el órgano correspondiente que resolver el conflicto en cuanto a la divulgación de la obra; independientemente de que su incumplimiento pudiera generarle condena para el pago de indemnización compensatoria. González López propone que el ejercicio de este derecho no puede ser resuelto por decisión judicial:

> Podrá en todo caso el Juez disponer el pago de una indemnización, pero no la divulgación de la obra, pues las razones que justifican la negativa se refiere a aspectos morales del derecho de autor. El decidir cuándo la aportación que va a integrar la obra está concluida corresponde únicamente al coautor que se comprometió a su realización. No creemos que el Juez, y ni siquiera los demás coautores, puedan determinar sobre esta cuestión tan personal.[124]

[123] González López, Marisela, *op. cit.*, p. 163.
[124] Ídem.

Como se ha revisado en este límite y en los anteriores, el derecho moral del autor es oponible a cualquier persona, y además constituye una facultad de carácter inalienable; razones que deben ser valoradas. Sin embargo será el órgano encargado de la aplicación del derecho, el que resolverá si se suscitasen casos en los que pudiera verse quebrantado el ejercicio del derecho moral de divulgación. O en su caso, realizar un ejercicio de ponderación, cuando se trate de valorar si el ejercicio del derecho de divulgación colisiona con el derecho de acceso a la cultura.

Paternidad.

Esta facultad consiste en que se le reconozca al autor su atributo de realización intelectual -misma que nace en el momento de creación de la obra-, pero que se ejercitará cuando la obra se haya divulgado.

La ley le asigna a su titular, exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima (art. 21, fr. I, LFDA). En el ámbito internacional, el Convenio de Berna suscribe en el art. 6 bis, primer párrafo: *"Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra."*

De los preceptos descritos, se desprende: el autor tiene el derecho de que le sea reconocida tal cualidad, y en el mismo sentido, la norma le confiere el derecho de exigir a los demás una conducta correspondiente, es decir, la no interferencia en el ejercicio (o no) de su derecho, y en la forma en qué el autor decida ejercitarlo. Al respecto Delia Lipszyc señala:

> La mención del autor debe hacerse en la forma que él ha elegido. Ello incluye el seudónimo y el anónimo, pues la prerrogativa de que se identifique la obra con su autor es concebida como un derecho y no como una obligación de éste, lo cual implica que el creador goza de la facultad de decidir si desea que se haga tal

asociación y en qué forma (mediante su nombre, un seudónimo, iniciales, etc.) o si quiere permanecer anónimo[125] .

La legislación nacional al clasificar las obras objeto de protección según el autor (art. 4, inciso A, fracciones I, II, III, LFDA), define:

- **Conocido.-** Contienen la mención del nombre, signo o firma con que se identifica a su autor.
- **Anónimas.-** Sin mención del nombre, signo o firma que identifica al autor, bien por voluntad del mismo, bien por no ser posible tal identificación.
- **Seudónimas.-** Las divulgadas con un nombre, signo o firma que no revele la identidad del autor;

El ejercicio de esta facultad y la forma en que se realice, dependen directamente de la autorización de su titular; y en su caso, también la de oponerse frente a terceros en caso de trasgresión. Y así está previsto en la ley de la materia, el primer párrafo del art. 77 de la LFDA dispone: *"La persona cuyo nombre o seudónimo, conocido o registrado, aparezca como autor de una obra, será considerada como tal, salvo prueba en contrario y, en consecuencia, se admitirán por los tribunales competentes las acciones que entable por trasgresión a sus derechos."*

El Convenio de Berna[126], atribuye el *derecho de reivindicar la paternidad* de la obra; y al respecto, Lipszyc plantea los aspectos que comprenden dicho **derecho de reivindicar**[127]:

La condición de autor.

Cuando se ha omitido la mención de su nombre o se hace figurar otro nombre o un seudónimo. La legislación concede al autor el derecho de exigir el reconocimiento de su condición de autor sobre su creación intelectual (art. 21, fr. II,

[125] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 166.
[126] Art. 6 bis, primer párrafo.
[127] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 167.

LFDA). Lo anterior genera un mandato para que nadie pueda interferir en su derecho moral, porque -como se ha visto-, es oponible a cualquier persona. En este sentido, si se llegaran a producir los siguientes hechos, el autor en todo momento podrá oponerse. A continuación se citarán algunos casos como los describe Rodríguez Tapia[128]:

- Que la paternidad de la obra sea negada por un tercero.
- Que la obra fuera divulgada anónimamente sin permiso del autor.
- Que se atribuya esta facultad a otras personas por error o intencionalmente.

La forma especial de mencionar su nombre.

El autor ha decidido divulgar su nombre bajo una forma singular. Sin embargo, también puede ocurrir que se haya omitido alguna precisión respecto a la forma especial de mencionar el nombre del autor en la divulgación de su obra, es decir, el caso en que se presente el nombre abreviado o con algún agregado, entonces, el autor tendrá la facultad de oponerse frente a quienes hubieran incurrido en la omisión de dicha precisión. Y a su vez, exigir el reconocimiento de su condición de autor sobre la obra con la que se identifica.

La opción de seudónimo o el anónimo.

El autor al divulgar su obra, puede elegir entre aparecer con un nombre, signo o firma que no revele su identidad (seudónimo); o bien sin mención de su nombre (anónimo). El autor goza de la facultad de optar por cualquiera de las formas en las que quiera darse a conocer, no obstante puede suceder que cuando ha elegido por éstos, se violente su derecho y se haga figurar su verdadero nombre, en este caso, tendrá el derecho de oponerse frente a quienes hubieren vulnerado dicho derecho. En este orden de ideas, también la ley que regula la materia lo prevé, la fracción VI del art. 21 LFDA dispone que los titulares de los derechos morales podrán oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Y en su segunda parte, la misma fracción establece que

[128] Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, *op. cit*., p. 75.

cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere dicha fracción.

La titularidad del derecho a la paternidad durante el anonimato o el seudónimo la tiene el autor, no obstante su ejercicio, puede ser confiado (mediante autorización) a otra persona[129], durante la vida del autor, o en su muerte (si existiese disposición testamentaria). En relación a esta encomienda, la legislación nacional proporciona el mecanismo de la protección al derecho moral del autor, en el segundo párrafo del art. 77 de LFDA:

Respecto de las obras firmadas bajo seudónimo o cuyos autores no se hayan dado a conocer, las acciones para proteger el derecho corresponderán a la persona que las haga del conocimiento público con el consentimiento del autor, quien tendrá las responsabilidades de un gestor, hasta en cuanto el titular de los derechos no comparezca en el juicio respectivo, a no ser que existiera convenio previo en contrario.

Cabe resaltar que el gestor sólo tiene el ejercicio de esta facultad, en virtud de que, como se ha examinado, el derecho moral únicamente corresponde al autor, toda vez que dicho derecho tiene el carácter de irrenunciable.

Esta facultad también le concede la prerrogativa de revelar su identidad, en cualquier momento ya sea durante su vida, o en su muerte (previa disposición testamentaria) por las personas que hayan sido designadas por él. Pero también puede resultar que tras la muerte del autor, surgiera el interés de la colectividad para saber la identidad del autor, asunto que quedaría en manos de los tribunales competentes para efectuar el análisis sobre la ponderación de derechos, y en este sentido, la cuestión radicaría en precisar, si se podría hablar de que también es un derecho cultural, o específicamente un derecho de acceso a la cultura. La respuesta a dicha interrogante, sólo puede ser resuelta por los órganos

[129] La legislación francesa dispone además de que los autores de obras seudónimas y anónimas gozarán sobre las mismas de los derechos (morales) reconocidos en ella, que en el ejercicio de estos derechos, mientras no hayan dado a conocer su identidad civil y no hayan acreditado su calidad de autores, éstos estarán representados por el primer editor o publicador (art. L113-6 Código de la Propiedad Intelectual).

jurisdiccionales, no obstante, puede argumentarse mediante el mencionado ejercicio de ponderación, el peso que ambos derechos pudiesen tener.

En resumen, el ejercicio de esta facultad, consiste en decidir la forma en la que el autor se quiere dar a conocer al momento de divulgar su obra (mencionando su nombre, o por seudónimo, o en anónimo). Y también le permite en todo momento revelar su identidad aún cuando la obra haya sido divulgada.

Respeto a la integridad de la obra.

La facultad que la norma le otorga al autor consiste en exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que le cause demérito o perjuicio a la reputación de su autor (art. 21, fr. III, LFDA). Asimismo, el Convenio de Berna, pronuncia en su art. 6 bis, primer párrafo, lo siguiente:

> Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de **oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación**.

Este derecho moral, involucra el respeto a la personalidad del autor y a la obra misma, Lipszyc menciona en este sentido lo siguiente: *"El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión."*[130]

El contenido de la norma implica -por una parte-, la exigencia de respeto a la integridad de la obra, lo que quiere decir que se prohíbe cualquier alteración que no haya sido autorizada por el titular de este derecho moral; y -por otra-, que le cause demérito o perjuicio a la reputación del autor. Primero, se analizará el primer aspecto que comprende la norma; y posteriormente el relativo a la reputación del autor.

[130] Lipszyc Delia, *op. cit*., p. 168.

La exigencia de respeto a la integridad de la obra.

Como se ha mencionado, el derecho moral del autor es aquel que sobrevive ante la perspectiva de obtener una retribución económica por la obra, si el autor cede los derechos de explotación contractualmente a otra persona, salvaguarda su derecho moral.

Sin embargo (de acuerdo a la naturaleza de la obra), existen ciertas condiciones técnicas cuando la obra es explotada (edición, representación y ejecución pública, reproducción, radiodifusión, etc.) que pudieran menoscabar esta facultad, y las personas encargadas de dicha explotación (editor, productor, etc.), están obligadas a prevenir la protección de este derecho. Lipszyc resalta dicha obligación: *"La obligación de respetar la integridad de la obra alcanza a todos los utilizadores, tanto si la utilización se realiza en virtud de una autorización contractual como en el marco de las limitaciones del derecho de autor. La misma obligación corresponde al propietario del soporte material originario de la obra (una obra artística, un manuscrito, una partitura musical, etc.)."*[131]

El deber de respeto a la integridad de la obra por parte del cesionario es absoluto,[132] y de igual forma lo tiene el propietario del soporte, por lo que en caso de controversia, lo decidirá el órgano encargado de la aplicación del derecho, Espín Cánovas refiere a que en caso de controversia, se estará de conformidad al principio de buena fe.[133]

El ejercicio de esta facultad, lleva implícita la autorización del titular del derecho moral a la persona encargada de llevar a cabo las alteraciones exigidas de acuerdo a la naturaleza de la obra. Sin embargo, ello no significa que dicha

[131] Ibídem, p. 170.
[132] González López, Marisela, *op. cit*., p. 184.
[133] Este principio general de la buena fe habrá de aplicarse a los conflictos que plantee la concurrencia de los derechos del propietario de la obra de arte y los de autor. La falta de más reglas concretas en las leyes de propiedad intelectual sobre este conflicto tendrán que suplirse por la aplicación judicial del principio de buena fe y la proscripción del abuso. Si no existe una regla legal que imponga taxativamente al adquirente de la obra de arte un deber de conservación y que prohíba su destrucción, hay que admitir, sin género de duda, que todo derecho debe ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe con la ponderación de las circunstancias del caso. Las reglas de la buena fe impiden al propietario de una obra de arte causar intencionadamente o por negligencia su deterioro o destrucción. Espín Cánovas, Diego, *op. cit*., p. 94.

persona, pueda realizar todas las alteraciones que desee sin límite alguno, pues el carácter indisponible del derecho considerado lo impediría[134]. Por lo tanto, se concluye que si el autor considera que se ha violentado su derecho, podrá exigir el respeto a la integridad de su obra. En este rubro se debe subrayar que al efectuar otras personas modificaciones a la obra original con la autorización del titular del derecho, éstas pueden llevar en sí mismas una verdadera creación.

El resultado de la creación antes mencionada, sería elemento de protección, sin menoscabo de los derechos de autor de la obra preexistente, a dicho resultado se le conoce como obra derivada.[135] El fundamento de lo anterior, se encuentra previsto en el art. 78 de la legislación nacional:

> Las obras derivadas, tales como arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, paráfrasis, compilaciones, colecciones y transformaciones de obras literarias o artísticas, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero sólo podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia, previo consentimiento del titular del derecho moral, en los casos previstos en la fracción III, del artículo 21 de la ley, (éste último, relativo al respeto de integridad de la obra).

Cabe precisar, que existen modificaciones lícitas a la obra, como el caso de la parodia, regulada explícitamente en otras legislaciones, ejemplos de ello, lo previsto en la legislación francesa[136] y en la española.[137] También están dentro de las alteraciones lícitas, aquellas que surjan de la realización de una obra

---

[134] Si el resultado de la transformación supone un perjuicio a sus intereses (se desnaturaliza la obra si, por ejemplo, no se respeta su espíritu o filosofía) el autor podrá impedir su difusión. Rodríguez Tapia, J. Miguel y Bondía Román, Fernando, *op. cit*., p. 77.

[135] La legislación nacional define a las obras derivadas como aquellas que resultan de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra primigenia (art. 4 inciso C, fr. II, LFDA).

[136] La legislación francesa (art. L211-3, fracción I, Código de Propiedad Intelectual) dispone que los beneficiarios de los derechos contemplados en el presente título (derechos afines al derecho de autor) no podrán oponerse a:
IV. La parodia, el pastiche y la caricatura, habida cuenta de las reglas del género.

[137] La legislación española (art. 39 Ley de Propiedad Intelectual) dispone: no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.

audiovisual o cinematográfica,[138] (autorizadas contractualmente) siempre y cuando la obra en cuestión no esté terminada.[139]

Existe debate en la doctrina y en la jurisprudencia de algunos países en cuanto a las prácticas en la teledifusión de las obras audiovisuales que lesionan la integridad de las obras. Son diversas las posturas en las que se han pronunciado los tribunales de algunos países en cuanto al ejercicio de esta facultad; y por lo extenso que podría resultar el análisis de cada uno de los ámbitos de aplicación, sólo se mencionarán dichas prácticas:

> "Se trata, entre otras, del doblaje y los subtítulos desnaturalizantes, la música de acompañamiento, los recortes de los fotogramas para adaptarlos al tamaño de la pequeña pantalla, la incrustación de la sigla o logotipo de la cadena que emite en el marco de la pantalla, la realización de los cortes publicitarios y el coloreado de los filmes rodados originalmente en blanco y negro"[140].

Como se dijo anteriormente, los casos antes citados causan polémica, no obstante la facultad de respeto a la integridad de la obra es absoluta, y el autor puede ejercitarla frente a todos.

El caso de la obra plástica no es la excepción en cuanto a la discusión: el autor puede ejercer su facultad moral contra el propietario del soporte material (quien -como se dijo-, presuntamente tiene el deber de conservación de la obra); primero, si la obra sufre alguna deformación, mutilación u otra modificación, y segundo, si dichas acciones pudieran causar demérito o perjuicio a su

---

[138] El art. 99 de LFDA dispone que, salvo pacto en contrario, el contrato que se celebre entre el autor o los titulares de los derechos patrimoniales, en su caso, y el productor, no implica la cesión ilimitada y exclusiva a favor de éste de los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual. Una vez que los autores o los titulares de derechos patrimoniales se hayan comprometido a aportar sus contribuciones para la realización de la obra audiovisual, no podrán oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por cable, radiodifusión, comunicación al público, subtitulado y doblaje de los textos de dicha obra. Sin perjuicio de los derechos de los autores, el productor puede llevar a cabo todas las acciones necesarias para la explotación de la obra audiovisual.

[139] Según el art. 71 de la LFDA, se considera terminada la obra audiovisual cuando, de acuerdo con lo pactado entre el director realizador por una parte, y el productor por la otra, se haya llegado a la versión definitiva.

[140] González López, Marisela, *op. cit.,* p. 190.

reputación[141]. Cuestión que de acuerdo al planteamiento inicial, se analizará enseguida.

El autor podrá oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra, que le cause demérito o perjuicio a su reputación.

La norma (art. 21, fr. III, LFDA) le otorga al autor además del respeto a la integridad de la obra, la acción de oponerse en contra de la deformación, mutilación u otra modificación, así como a toda acción o atentado que recaiga sobre su obra; siempre y cuando la realización de las conductas anteriormente descritas, le cause demérito o perjuicio a su reputación. Y conjuntamente, el Convenio de Berna (art. 6 bis, primer párrafo), suscribe: *"…oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación".*

Como se observa, el instrumento jurídico internacional además comprende el honor, y al respecto, Espín Cánovas sugiere que resulta estricta tal evocación, toda vez que compete (el honor) a los derechos de la personalidad: *"La protección del honor no es propiamente cometido de una ley de propiedad intelectual, sino de normas generales de protección a la persona natural".*[142]

Igualmente, el mismo autor ocupándose de la protección que esta facultad otorga, señala el alcance de dos requisitos, uno puramente objetivo consistente en prohibir la modificación de la obra; y el otro subjetivo por referencia al interés o reputación del autor[143]. Se coincide en la observación relativa al honor, en cuanto a su inclusión en una ley de propiedad intelectual, y como se aprecia, en nuestra legislación este elemento no está contemplado. No obstante, en caso de

[141] El art. 85 LFDA establece que salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos derechos, cuando la exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

[142] Espín Cánovas, Diego, *op. cit.,* p. 90.

[143] El requisito subjetivo viene en cambio a restringir el ámbito de deber de respeto a la obra ya que una lectura rápida sugiere la necesidad de que lesione un interés específico en cada caso o menoscabe la reputación del autor. Pero en realidad debe presumirse, a mi juicio, el interés del autor en que se respete la integridad de su obra sin modificación alguna y como este interés es legítimo, presuntamente toda modificación de la obra lesiona un interés legítimo de su autor. Ídem.

controversia, el órgano competente deberá elegir la norma jurídica aplicable. Y en virtud de la subjetividad que implica recurrir a esta facultad, se puede apelar a su vez, al daño moral.[144]

Recapitulando en torno al aspecto subjetivo que tiene la norma, se afirma lo siguiente: si la norma le otorga al autor la facultad de exigir el respeto a la integridad de su obra, él debe manifestar cuándo considera que se afecta su derecho moral y la autoridad tendrá que resolverlo. De igual forma, si el autor considera que sufre una acción o atentado[145] su obra, y la ley es omisa al definir atentado, entonces, el órgano correspondiente deberá declarar el significado de atentado y la norma directamente aplicable al caso aparece como conclusión, determinando así la violación o no de su derecho.

Al parecer, el precepto, subordina al autor a acreditar la exigencia de su derecho; González López asevera que el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra debe ser incondicionado:

> El derecho del autor a impedir cualquier deformación o alteración de la obra debe ser incondicionado, no puede depender de que cause o no perjuicio a sus intereses o menoscabo de su reputación, pues cualquiera que sea el efecto que origine la modificación, deformación o alteración de la obra debe ser perseguido por el autor, incluso aunque viniese a mejorarla[146].

El autor en el acto de creación, exterioriza sus sentimientos y emociones en un momento o en una circunstancia determinada, ello da como resultado final su obra; no importa si su creación no cumple con los requisitos de estética, de ahí se desprende el carácter subjetivo del precepto. Se estima que sólo la valoración que haga el autor respecto a la afectación de su derecho moral, es válida en sí misma; y por lo tanto, dicha afectación no debe ser susceptible de acreditación.

---

[144] El art. 1916 del Código Civil Federal en el capítulo referente a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, define en su primer párrafo al daño moral: Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

[145] No se concibe ningún atentado que no tienda a perjudicar intereses ajenos o que no sea ilícito. González, López Marisela, *op. cit.*, p. 182.

[146] Ídem.

Modificación de la obra.

La legislación nacional le otorga al autor la facultad de modificar su obra (art. 21, fr. IV, LFDA), sin embargo, no precisa en qué consiste la facultad. Rodríguez Tapia menciona que la modificación de la obra puede referirse al contenido de la obra o a su composición material[147].

El ejercicio de la facultad moral del autor para modificar su obra, puede recaer sobre una obra divulgada o bien, en vía de divulgación. En virtud de dicho ejercicio, el autor tendrá a su vez, que respetar derechos contraídos por terceros,[148] o los que tutelan el interés cultural[149]. En este último caso, se trata de los derechos culturales, por lo que nuevamente se está en presencia de colisión de derechos. A continuación, se esquematizarán los supuestos que podrían producirse en cuanto a los derechos de explotación de un cesionario:

Modificación de la obra en vía de divulgación.- Tratándose de una obra que no ha sido divulgada, o bien en vía de divulgación, el autor podrá realizar libremente todas aquellas modificaciones que no alteren el carácter o finalidad de la obra, ni eleven sustancialmente el coste de la explotación proyectada[150]. Y en consonancia, el autor se atendrá a las directivas previstas en el contrato de edición[151]: *"El autor conservará el derecho de hacer a su obra las correcciones, enmiendas, adiciones o mejoras que estime convenientes antes de que la obra entre en prensa. Cuando las modificaciones hagan más onerosa la edición, el autor estará obligado a resarcir los gastos que por ese motivo se originen, salvo pacto en contrario (art. 46 LFDA)."*

[147] Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, *op. cit.*, p.80.
[148] Los derechos que los terceros puedan tener sobre la obra, y que hay que respetar son tanto los derechos de explotación de un cesionario como el derecho de propiedad sobre el ejemplar único de una obra de arte plástica o fotográfica. Por lo que respecta al propietario del original, existe prácticamente unanimidad doctrinal sobre la imposibilidad del artista o autor de las citadas obras de poder modificarlas, salvo que se lo autorice el propietario del soporte. Por tanto, el derecho de modificación no es aplicable al artista plástico que ha enajenado el soporte. Ibídem, p. 79.
[149] Art. 20 LFDA.
[150] Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, *op. cit.*, p. 79.
[151] En general la legislación que regula la materia, remite a lo previsto en el contrato de edición, siempre y cuando lo que se regule no se oponga a lo dispuesto en el capítulo específico.

Modificación de la obra divulgada.- Aún cuando la obra haya sido divulgada, el autor conserva el derecho de modificarla[152]. No obstante, el autor adquiere ciertas implicaciones ante el cesionario de los derechos de explotación para efectuar las modificaciones a su obra.

Cabe distinguir (en concordancia con las reglas del contrato de edición), si la cesión se otorgó en exclusiva o no:

a. Si los **derechos de explotación no han sido cedidos en exclusiva** y el autor modifica su obra, el cesionario no puede impedir que lo haga, y una vez hecha la modificación, el autor puede tener las siguientes opciones:

- Puede darle la opción al cesionario original a contratar en circunstancias semejantes a la explotación de la obra anterior a la modificación, la versión modificada de la obra (art. 49 LFDA).[153]
- Dejar subsistente la autorización dada al cesionario para explotar la versión antigua y explotarla por sí mismo, o ceder los derechos de explotación de la obra modificada a otro cesionario[154].
- Previa indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al cesionario, ejercer la facultad moral de retirada (art. 21, fr. V, LFDA) y contratar con otro cesionario o explotar por sí mismo la obra con las modificaciones que ha introducido.

b. Si la **cesión es en exclusiva**, el ejercicio del derecho moral del autor -dice González López-, depende de la actividad desarrollada por el cesionario[155]. La modificación que pretenda hacer el autor a su obra, puede entrañar ciertos límites frente al cesionario, toda vez que se trata de una facultad dirigida a modificar el contenido de la obra:

---

[152] Es una consecuencia lógica del derecho de crear: antes de una nueva edición o de una reimpresión puede sentir -el autor- la necesidad de corregir o de aclarar conceptos, de mejorar el estilo, de hacer inclusiones o supresiones con el propósito de perfeccionar su obra. Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 170.

[153] El art. 49 LFDA dispone: "El editor que hubiere hecho la edición de una obra tendrá el derecho de preferencia en igualdad de condiciones para realizar la siguiente edición".

[154] González López, Marisela, *op. cit.*, p. 209.

[155] Ídem.

- La cesión en exclusiva radica en que el cesionario puede explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona , por lo tanto, el autor podrá ofrecerle prioritariamente a éste la explotación de la obra con las modificaciones que ha introducido, en los mismos términos que determina la ley (art. 49 LFDA). Sin embargo, si el cesionario en exclusiva no acepta dicho ofrecimiento, el autor no podrá ceder a un tercero la explotación de la obra modificada, ni explotarla por sí mismo, pues la cesión en exclusiva lo impide durante el tiempo de duración del contrato .
- Al parecer, la opción que brinda la legislación al autor, es el ejercicio de la facultad moral relativa a retirar su obra del comercio (art. 21, fr. V, LFDA), previa indemnización de daños y perjuicios al cesionario en exclusiva, y ceder a un tercero o explotar por sí mismo la obra.

Modificación de la obra en soporte único.- El planteamiento versa en si el autor ha plasmado su creación en un soporte único -el cual ha sido enajenado-, puede o no ejercitar la facultad moral de modificar su obra. Dicho planteamiento está referido al caso de obra plástica; y representa un enfrentamiento entre el derecho moral del autor y el derecho de propiedad del adquirente de la obra. Si se toma en cuenta que, tratándose de la facultad examinada anteriormente (derecho de respeto a la integridad de la obra), en la que el dueño del soporte único no puede hacerle modificaciones a la obra que ha adquirido; en este caso es a la inversa, el autor no puede realizar modificaciones a la obra que ha enajenado, sin la autorización del propietario. González López argumenta que la facultad del autor a modificar su obra, debe condescender ante el derecho del propietario del soporte único:

> Parece justo en este supuesto que el derecho moral del autor a modificar su obra ceda ante el propietario del soporte, entre otras razones, porque éste último no tiene por qué correr el riesgo de que la modificación que realice el autor en la obra no se corresponda con los gustos artísticos que motivaron inicialmente su adquisición y porque además, y aún más importante, el derecho moral del autor no

puede, en ningún caso, ser perturbador de intereses igualmente respetables, como son los del propietario[156].

Se considera que la preeminencia de un derecho sobre el otro, sólo debe ser determinada por los tribunales competentes mediante un ejercicio de ponderación.

Como se observa claramente, el autor podría enfrentarse a ciertos límites al querer modificar su obra, en virtud de que podría colapsar con los derechos contraídos por terceros, o en un momento dado, con los derechos que atañen al interés de la colectividad, como lo serían los derechos culturales y como se vio, la resolución final competería a una decisión judicial, la cual podría ser apoyada en el multicitado ejercicio de ponderación.

El autor es el único que puede ejercer la facultad moral de modificar su obra. Para que una obra sea tutelada como de interés social, en la que se vea el autor impedido de modificarla, se tiene que vincular con lo previsto en las leyes concernientes; y al parecer no procede, porque se requiere que el autor no esté vivo[157], para que el Estado pueda llevar a cabo las acciones pertinentes, con independencia de lo previsto en la legislación nacional[158].

Lo anterior se puede reflexionar en el siguiente sentido, si una obra es considerada como de interés de la colectividad y el autor pretendiese hacer modificaciones a su obra, en ese momento pudiera verse vulnerado el valor estético que originó la declaración. Cabe precisar, que dentro de este rubro estarían las obras que se consideran como patrimonio cultural de la humanidad y que constituyen, como se observó en el capítulo precedente, un aspecto importante de los derechos culturales.

La legislación española dispone en esta facultad moral lo siguiente (art. 14, fr. V Ley de Propiedad Intelectual), corresponden al autor los siguientes derechos

---

[156] González López, Marisela, *op. cit.*, p. 210.
[157] La Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos que tiene por objeto velar por el interés social y nacional; y que sus disposiciones son de orden público, prevé en el art. 33, cuarto párrafo, lo siguiente: "…Las obras de artistas **vivos** que tengan la naturaleza de bienes muebles no podrán declararse monumentos artísticos".
[158] Salvo lo dispuesto en el Título VII de la LFDA (art. 20 LFDA).

irrenunciables e inalienables: *"Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural".*

González López, advierte en relación a lo dispuesto en el precepto antes citado:

> La imposibilidad del autor de realizar concretas modificaciones sobre su obra no sólo resultaría del límite impuesto a esta facultad, de respetar los derechos adquiridos por terceros (en este caso el derecho del propietario), sino también porque habrá de respetar las exigencias de la protección de bienes de interés cultural, operando así conjuntamente los dos límites contenidos[159].

Se observa entonces, que si bien el autor tiene la facultad moral de modificar su obra, también dicha facultad converge con los derechos adquiridos por terceros, y sobretodo aquellos que tengan relación con los derechos culturales; el ejercicio de éstos últimos implicará una acción concreta del Estado. Lo anterior, en el sentido de que es obligación del Estado, por un lado, garantizar el cumplimiento de los derechos culturales (exigibilidad y justiciabilidad), y por otro, otorgar todos los recursos necesarios para preservar y valorar el patrimonio cultural, si ese fuera el caso.

Consecuentemente, se puede advertir una vez más, colisión entre derechos que provienen de la misma naturaleza jurídica, y por lo tanto, el órgano jurisdiccional deberá resolver. El problema se puede plantear en tres escenarios, primero, si el autor pretende hacer modificaciones a su obra (soporte único), una vez que ésta fue adquirida por terceros, como en general apunta la dogmática especializada, el autor contará con la autorización del tercero, o en caso de no contar con dicha autorización, el autor podrá ceder el ejercicio de su facultad moral; el segundo, consiste en las acciones del adquirente del soporte único de la obra, en este caso, él tiene la facultad de oponerse frente al autor, y ejercer su derecho de acción para pedir la intervención del órgano jurisdiccional para dirimir la controversia; y por último si el Estado fuera quien se opusiese a que el autor modificara su obra tratándose de bienes que afectaran el interés de la colectividad,

[159] González López, Marisela, *op. cit.,* p. 212.

entonces, el Estado desempeñaría doble papel: como parte (titular de los derechos culturales) y como aquél encargado de cumplir con la función jurisdiccional. Al formular el planteamiento en los tres escenarios posibles, la pretensión consiste en dejar claro que aún tratándose de derechos de la misma naturaleza jurídica, existe la posibilidad de que el tratamiento jurídico para el ejercicio de dichos derechos pudiera ser diferente: por lo que respecta a la titularidad de los derechos y por el bien jurídico que se pretende proteger, en este orden de ideas no se trata de antinomias, sino de colisión de derechos.

Como se ha sostenido a lo largo de cada apartado, el juzgador tendrá que valorar mediante un ejercicio de ponderación de derechos y sobre el caso concreto, es decir, el órgano jurisdiccional resolverá el derecho preeminente.

Retirar la obra del comercio.

La facultad moral que tiene el autor de retirar su obra del comercio, es irrenunciable e inalienable; y está consagrada en la legislación nacional (art. 21, fr. V, LFDA). Tradicionalmente también se le conoce como el derecho de arrepentimiento o retracto del autor; por lo tanto, sólo corresponde a él su ejercicio, y podrá hacerlo, a partir de que la obra haya sido divulgada o después de haber contratado su divulgación. De ser así, en cualquiera de los casos, el autor podrá ejercitarla previa indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a los titulares de los derechos de explotación.

La potestad concedida al autor, puede tener su fundamento en el principio de la libertad de expresión, y derivado de ello, la libertad de creación que implica la afinidad que el autor tenga para con su obra. Delia Lipszyc lo expone de la siguiente manera:

> El reconocimiento de esta prerrogativa revela un alto grado de respeto hacia los escrúpulos intelectuales del autor y constituye el complemento natural del derecho del autor a decidir la divulgación de su obra. Al igual que este último

> derecho, se funda en la necesidad de preservar la libertad de pensamiento y la consiguiente posibilidad de cambiar su opinión.[160]

Por lo tanto, se puede observar que la norma jurídica le otorga al autor la facultad de retirar su obra del comercio, y dicha facultad resulta prácticamente excepcional, en el sentido de que se contrapone con el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, sin embargo, esta permisión es totalmente compatible con el principio de libertad de expresión, en el sentido de un cambio repentino de parecer o de convicción.

La legislación nacional sólo enumera esta facultad moral del autor; sin supeditar el ejercicio de ésta a las razones por las que el autor tuviera que adoptar esta determinación. De lo anterior, se deduce, el carácter discrecional concedido al autor, no obstante se presume el previo pago de daños y perjuicios.

Al parecer, el legislador nacional no quiso dejarle la carga de la prueba al autor, para que éste último acreditara las razones del ejercicio de esta facultad, prevaleciendo así el goce del ejercicio de la libertad de creación. Como se dijo anteriormente, nuestra legislación es meramente enunciativa, no obstante, existen otros ordenamientos jurídicos que condicionan el ejercicio de esta facultad, Lipszyc señala que la mayoría de los ordenamientos jurídicos practican un criterio más específico:

> La mayor parte sigue un criterio más restringido y prescribe cuál debe ser la índole de los motivos que conducen al autor a tomar tan extrema determinación y exigen que la obra no refleje ya sus puntos de vista y convicciones personales y, por ello, que no pueda esperarse de él que siga consintiendo la explotación (Alemania), o que concurran graves razones de tipo moral (Italia, Libia, Uruguay), que sobrevengan causas graves (Egipto) o un cambio en las convicciones intelectuales o morales (España)[161].

En la legislación española, por ejemplo, aparece el supuesto en que el autor pueda cambiar de convicciones morales o intelectuales; mismo resulta difícil de acreditar, así el primer párrafo del artículo 14 apartado 6 de la Ley de Propiedad

[160] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 172.
[161] Lipszyc, Delia, *op. cit.*, p. 173.

Intelectual, establece que el autor tiene derecho a *"Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación".*

Espín Cánovas refiere al carácter subjetivo del supuesto, recurriendo a que la protección radica en la personalidad del autor: *"Se trata de proteger la propia personalidad del autor por medio de su libre desarrollo que inevitablemente se refleja en sus obras. Por virtud de esta facultad al autor que crea que su obra no refleja su pensamiento después de una evolución de su ideal estético e intelectual puede retirarla del comercio"*[162].

Dado el carácter específico del supuesto jurídico, el ejercicio de esta facultad, en caso de controversia, estará supeditado a las determinaciones que la autoridad competente estime suficientes; y por consiguiente el autor deberá de otorgar una indemnización por daños y perjuicios con quienes hubiese pactado. Se puede advertir que el ejercicio de esta facultad conlleva ciertas consecuencias jurídicas. Si el autor decide retirar del comercio su obra, debe de reconocer los derechos de explotación adquiridos y la obligación en caso de responsabilidad por incumplimiento de otorgar el pago de daños y perjuicios correspondientes a los cesionarios de dichos derechos.

La legislación española prevé y le impone como contrapartida de su ejercicio, el deber al autor de indemnizar al cesionario; y el deber de prioridad en caso de reanudar la explotación de la obra. Como lo establece el segundo párrafo del art. 14 apartado 6 de la Ley de Propiedad Intelectual: *"Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias"*.

De igual manera, la legislación francesa plantea las consecuencias jurídicas que se desprenden del derecho de retracto (término utilizado en este

[162] Espín Cánovas, Diego, *op. cit.,* pp. 85-86.

ordenamiento) el art. L121-4 del Código de la Propiedad Intelectual de Francia prescribe lo siguiente:

> Aunque haya cedido el derecho de explotación, el autor, incluso con posterioridad a la publicación de su obra, gozará del derecho de revocación o de retracto con respecto al cesionario. Sin embargo, podrá ejercer dicho derecho siempre y cuando indemnice previamente al cesionario por el perjuicio que esta revocación o este retracto le pudiera causar. Cuando el autor decida publicar su obra con posterioridad al ejercicio de su derecho de revocación o de retracto, deberá ofrecer con prioridad sus derechos de explotación al cesionario que había elegido originariamente y en las condiciones originariamente pactadas.

En las legislaciones anteriormente citadas se aprecia como común denominador, la condición de que el cesionario goce prioritariamente para recontratar la utilización de la obra en condiciones equivalentes a las originariamente pactadas. A este respecto, Delia Lipszyc destaca lo siguiente: *"En este supuesto se considera justo que el anterior contratante goce de prioridad para volver a contratar la utilización de la obra en condiciones razonablemente similares a las originarias, a fin de evitar que el derecho de retracto o arrepentimiento sea utilizado para mejorar las condiciones económicas originariamente pactadas"*[163]. Y en la misma dirección, Rodríguez Tapia, apunta la siguiente precisión: *"Para evitar que el autor proceda de un modo arbitrario y con finalidades especulativas, se establece un derecho expectante de readquisición o un derecho preferente al cesionario que soportó la retirada, en el caso de que el autor decidiera de nuevo reemprender la explotación de la obra"* [164].

Se presume que si el legislador nacional de la materia no reguló dicha consecuencia, fue porque consideró que el autor al retirar su obra del comercio, está ejercitando su derecho, independientemente de las razones que pudiera el autor invocar. Y en un momento dado, las consecuencias jurídicas que se desprenden del ejercicio de esta facultad, están reguladas en la legislación civil

[163] Lipszyc, Delia, *op. cit*., p. 174.
[164] Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, *op. cit.,* p. 82.

correspondiente; y la ley en materia autoral remite a ella.[165] Por lo tanto, en caso controversia, la resolución quedaría en manos de los tribunales que conozcan del asunto. Rodríguez Tapia sostiene que el ejercicio de esta facultad, da pie a un incumplimiento de contrato, no obstante, redime la inobservancia sobre una base jurídica, -que es la facultad misma-, sin menoscabo de la indemnización correspondiente: *"El contrato se incumple por parte del autor, incumplimiento que tiene su causa no en el dolo o la culpa, sino en el arrepentimiento (que a su vez, tiene su causa en el derecho legalmente reconocido), y que acarrea igualmente la indemnización"*.[166] Las circunstancias que deben producirse para que el autor cumpla con este deber son:

1. Que la obra sea la misma que retiró del comercio.
2. Que la forma de explotación de la obra sea la misma.

Las obras plásticas tienen un tratamiento diferente en cuanto al ejercicio de la facultad de retirar la obra del comercio, en virtud de que ésta tiene carácter de unicidad en la expresión creativa, todas las obras creadas son únicas o en series reducidas.[167] El autor podrá ejercer la facultad de retirar la obra del comercio, mientras no haya enajenado el soporte material. Si el autor enajenó el soporte, el ejercicio de esta facultad, no procede frente al propietario del soporte al que se ha incorporado la obra plástica.

Espín Cánovas plantea el supuesto en que una obra de arte pudiera ser expuesta al público, entonces, es claro que desde la apertura de la exposición, la obra ya está en el comercio; sin embargo, aún antes de la inauguración de la exposición podría ser retirada del comercio, o sea, frente a la posibilidad de que ésta sea vendida: *"En realidad la facultad puede ejercitarse desde que se celebre el contrato de cesión de explotación, que marca el inicio de la salida de la obra de la*

[165] La LFDA en su art. 10 dispone la supletoriedad referida: "En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará la legislación mercantil, el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y la Ley Federal del Procedimiento Administrativo".
[166] Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, *op. cit*., p. 81-82.
[167] Gutiérrez Vicén, Javier, *op. cit*, p. 49.

esfera reservada del artista para su inmediata exposición".[168] Sin embargo, el autor debe mostrar su intención de poner a la venta su obra, de lo contrario, el cesionario será simplemente el encargado de la conservación de la misma, y así lo advierte también Espín Cánovas: *"El autor al carecer de intención de transferir la posesión de las obras expuestas, convierte al cesionario en mero detentador de las mismas. Porque, como se dijo anteriormente, sólo la adquisición de la propiedad de la obra de arte pone fin al derecho de retirada del autor".*[169]

Se concluye que el ejercicio de esta facultad moral en el ordenamiento jurídico nacional queda bajo el carácter discrecional del autor, y por consiguiente, él es el único que puede determinar las razones por las que decida retirar su obra del comercio; y las consecuencias jurídicas que se deriven de dicho ejercicio, serán determinadas por las autoridades competentes.

Acceso al original de la obra.

La facultad de acceso al original consiste en que si el autor no tiene el soporte material original de la obra, puede en un momento dado, exigir de quien detente la posesión, el acceso a la misma. Los fines que el autor tenga para efectuar dicho acceso, están delimitados en las facultades anteriormente vistas. La legislación nacional no contempla este derecho moral, y algunos autores lo califican como inadecuado porque no puede proyectarse integrando la tutela jurídica de la personalidad del autor.[170]

Como se puntualizó, nuestro ordenamiento jurídico no prevé este supuesto, pero dada la importancia que reviste en otras legislaciones, se determinarán las características propias de esta facultad moral. Nuevamente se requiere delimitar al autor (sujeto) y a la obra (objeto); y ésta última, se supone, está en manos de otra persona (adquirente de derechos sobre el soporte material). Lo anterior, con el fin de precisar que dentro de la terminología de la materia, se considera necesario precisar el doble aspecto que entraña la obra: el "*corpus mysticum*" o creación

[168] Espín Cánovas, Diego, *op. cit*., p. 86.
[169] Ibídem, p. 87.
[170] González López, Marisela, *op. cit*., pp. 222-223.

intelectual, y el "*corpus mechanicum*" o soporte material sobre el que se incorpora dicha creación. En este sentido, Gutiérrez Vicén los describe como el bien inmaterial y el bien físico o sensible.[171]

Efectuada la distinción, se tiene que por un lado, la presencia del derecho moral del autor sobre su obra; y por otro, el derecho del adquirente sobre el soporte material que, en caso de controversia, el juez resolverá de acuerdo al caso concreto. La legislación española prevé esta facultad moral, y en el primer párrafo del art. 14 apartado 7 de la Ley de Propiedad Intelectual suscribe que corresponde al autor: "*Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda*". Rodríguez Tapia refiere al precepto citado y efectúa el deslinde de los derechos transcritos, es decir, los del autor y los del propietario del soporte:

> Estamos aquí ante una manifestación de la independencia entre los derechos del autor y el dominio sobre la cosa material que incorpora la creación intelectual. Cuando el soporte de la obra está en posesión de una persona distinta del autor, éste necesitará acceder al ejemplar único o raro para ejercitar sus derechos de propiedad intelectual, en especial el derecho de divulgación.[172]

Generalmente está facultad va dirigida a la obra plástica,[173] no obstante también pueden serlo, el manuscrito original de una obra literaria, o bien una partitura musical. El ejercicio de este derecho, comprende (como en todas las otras) la facultad del autor a exigir de los demás una conducta correspondiente, entonces, las personas sobre las que puede recaer dicha exigencia, pueden ser el adquirente o subadquirente del soporte material, o los cesionarios de los derechos de explotación. En este orden de ideas, en el segundo párrafo de la disposición antes mencionada se prevé lo siguiente: *"Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y*

---

[171] Gutiérrez Vicén, Javier, *op. cit*., p. 49.
[172] Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, op. cit., p. 82.
[173] A diferencia de lo que sucede con la obra literaria o la musical, en la plástica la obra no tiene vida independiente del medio a través del que se ha expresado. Un libro o un disco no son más que soportes que permiten acceder a la obra. Un óleo en cambio no es un mero soporte: es la obra misma. Gutiérrez Vicén, Javier, *op. cit*., p. 50.

forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen".

Si bien la disposición señala que este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra, Rodríguez Tapia sugiere que puede significar tanto el acceso del autor al lugar donde se encuentre la obra, como el desplazamiento temporal de la obra para su exhibición al público[174]. Asimismo, hace alusión que a pesar de la regla contenida en dicho segundo párrafo, tal exigencia, puede resultar difícil para el poseedor del ejemplar único:

> Aunque la regla contenida en el párrafo segundo no permite exigir el desplazamiento de la obra, en muchas ocasiones será menos incómodo para el poseedor que la divulgación de la obra se realice en lugar distinto de aquél en el que habitualmente se encuentra. Lo mismo puede decirse cuando el autor quiera hacer copias o reproducciones del original.[175]

Las consecuencias jurídicas que pueden suscitarse con el ejercicio de este derecho, serán en todo caso que si el autor requiere del desplazamiento del soporte, éste correrá con todos los gastos e indemnizará por los daños y perjuicios ocasionados al poseedor. Además dicho poseedor puede exigir al autor un seguro o algún tipo de garantía personal que cubra su responsabilidad.

Aunque parte de la doctrina no lo considere como un derecho moral, resulta de gran significado su contenido, si bien no atañe directamente a la personalidad del autor, sí le corresponde saber el destino de su creación intelectual, independientemente de los fines a los que vaya encaminado su deseo al acceso. Cuestión que en un momento dado, sí puede tener dimensión moral. Al respecto de la obra plástica, Gutiérrez Vicén manifiesta lo siguiente:

> Para que el ejercicio de determinados derechos que la ley reconoce a los artistas plásticos, no sean "letra muerta" o meramente nominales, es preciso

[174] Según los casos, será imprescindible la salida del ejemplar único del inmueble donde lo tuviera el poseedor para ejercitar el derecho de divulgación. Rodríguez Tapia, J. Miguel, y Bondía Román, Fernando, *op. cit.*, p. 83.
[175] Ídem.

garantizar al artista la posibilidad de informarse sobre la localización de las obras de las que es autor.

Dado el carácter extenso del derecho que aquí comentamos, y su importancia para garantizar la eficacia del ejercicio de otros derechos a los artistas plásticos, no estaría de más que en un futuro el legislador español incluyera de forma explícita en la redacción del derecho de acceso, una especial referencia al derecho de información del artista plástico, sobre donde se encuentra su obra.[176]

Como esta facultad no está contemplada en la legislación, pudiera darse el caso de que el adquirente del soporte, se negara a efectuar el acceso al original, lo que daría lugar a una determinación judicial.

La amplitud en el campo de los derechos de autor permite extraer la función inmaterial de las facultades morales. Una vez examinadas integralmente en su contenido, lo que quiere decir que se revisaron sus características; su regulación jurídica tanto en el ámbito nacional como en el internacional; los límites de su ejercicio; así como las consecuencias jurídicas que se desprenden de su aplicación, la parte subsecuente girará en torno a los derechos de explotación que tiene el autor sobre su obra.

3.2.2. Derechos patrimoniales.

Los derechos patrimoniales consisten en aquellas facultades o prerrogativas que tiene el autor para obtener una retribución económica por la explotación de su obra. Nuestra legislación define al derecho patrimonial como aquella facultad que corresponde al autor para explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación (también llamados derechos de explotación) en cualquier forma dentro de los límites que la ley establezca, sin menoscabo de los derechos morales.[177]

[176] Gutiérrez Vicén, Javier, *op. cit*., p. 50.
[177] Art. 24 LFDA

En este orden de ideas y de acuerdo a la legislación vigente, el autor es el titular originario del derecho patrimonial y sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados.[178]

En nuestro sistema jurídico, los derechos patrimoniales implican tantos como sus formas de utilización o explotación lo permitan, es decir, sólo tendrán los límites que establezca la ley. Los derechos patrimoniales son absolutos, no obstante a diferencia de los derechos morales, éstos son transmisibles y su duración es limitada. El autor puede ejercitarlos por sí mismo, o bien, recurrir a una sociedad de gestión de derechos. La característica primordial de estos derechos, como se vio al inicio del capítulo, es que el autor obtenga un beneficio económico por el manejo de su obra.

3.2.2.1. Naturaleza jurídica.

De la definición de derechos patrimoniales que nos proporciona la ley, se desprenden algunos elementos que conforman su naturaleza jurídica:

- La explotación de la obra brinda al autor una **retribución de carácter económico**.
- Los derechos patrimoniales son **transmisibles** y su **duración es limitada**. El autor puede ejercer dichos derechos por sí o por medio de una sociedad de gestión de derechos autorales.
- Incorpora un conjunto de facultades o prerrogativas en las que el autor decide el **medio** o la **forma** en que ha de explotar su obra

De la misma manera que en el caso de los derechos morales, las normas jurídicas que regulan la materia le confieren derechos exclusivos al autor sobre su obra, no obstante, la distinción radica en que estas prerrogativas son de carácter pecuniario, en este sentido, estos derechos sí admiten transmisibilidad y derivado de ello, también son prescriptibles. Los aspectos anteriormente mencionados son esenciales para su descripción, asunto que se abordará enseguida.

[178] Art. 26 LFDA establece: “El autor es el titular originario del derecho patrimonial y sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados.”

3.2.2.2. Características.

De acuerdo a los antecedentes jurídicos del derecho de autor, el objetivo central consistía en que el autor pudiera obtener un beneficio económico por la creación de su obra, ya fuere como privilegio, o bien como un incentivo para la creación o invención según fuere el caso. Por lo tanto, el derecho de autor dispone que toda utilización o explotación de su obra sea onerosa y consecuentemente origine el derecho a percibir una **remuneración**.

Las facultades patrimoniales son específicas de acuerdo a la naturaleza de la obra, por ello se considera que son **independientes** entre sí, este principio de independencia está consagrado en nuestra legislación,[179] y como se mencionó anteriormente, dichas facultades incluyen los medios o formas que corresponde al autor para explotar de manera exclusiva e independiente sus obras, o de autorizar a otros su explotación dentro de los límites legalmente establecidos.

Los derechos patrimoniales son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no sólo en el momento de la creación de la obra, sino durante el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado,[180] por lo tanto, los derechos patrimoniales pueden ser **temporales**. El autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización de uso de su obra.[181] La legislación nacional dispone también la vigencia de dichos derechos.[182]

---

[179] El artículo 28 de la LFDA dispone: "Las facultades a las que se refiere el artículo anterior, son independientes entre sí y cada una de las modalidades de explotación también lo son."

[180] Lipszyc, Delia, *op. cit.* p. 175.

[181] "Puede accionar no solo contra utilizaciones hechas sin su autorización sino también por las realizadas por su cocontratante en ámbitos geográficos no comprendidos expresamente en la autorización o después de concluido el plazo de vigencia de la misma". Ibíd. p. 176.

[182] El artículo 29 de la LFDA establece que: "Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:

I. La vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más.
   Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los cien años se contarán a partir de la muerte del último, y

II. Cien años después de divulgadas.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de éste, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.
Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público.

Los derechos temporales solamente tienen las **limitaciones** o **excepciones** que la legislación determine. Dichas limitaciones y excepciones son específicas. El derecho exclusivo del autor cubre toda posible forma de utilización de la obra, ya existente en el momento de la sanción de la norma o que surja en el futuro como consecuencia del desarrollo tecnológico o de nuevas modalidades en la comercialización de obras y de productos culturales. A reserva de que las limitaciones y excepciones se estudien a detalle en un rubro especial, básicamente no existe restricción alguna al respecto y el autor detenta el monopolio de explotación de su obra.

A continuación, se estudiarán brevemente las facultades o prerrogativas que involucran los derechos patrimoniales que el autor tiene sobre su obra.

3.2.2.3. Facultades.

Los derechos patrimoniales son aquellas facultades o prerrogativas en las que el autor decide la forma en que ha de explotar su obra; a este respecto la ley y la dogmática especializada en la materia enumeran las siguientes:

Reproducción.

El derecho de reproducción consiste en la facultad del autor o su titular para explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o varias copias de todo o parte de ella.[183]

La legislación nacional dispone que el autor tiene la facultad de autorizar o prohibir la **reproducción**, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar[184].

En cuanto al instrumento internacional que regula la materia como lo es el Convenio de Berna en su artículo 9.1 dispone: *"Los autores de obras literarias y*

[183] Art. 18 de la legislación española define la reproducción como "la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias o parte de ella".
[184] Fracción I del artículo 27 de la LFDA.

artísticas protegidas por el presente Convenio, gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma".

Delia Lipszyc[185] distingue en esta facultad al *objeto reproducido* y al *modo de reproducción*. En cuanto al primero, dice que puede tratarse de manuscritos, programas de cómputo, dibujos, ilustraciones y fotografías. Y en relación al segundo, refiere entre otros, a la impresión, grabado, fotocopiado, microfilmación y cualquier procedimiento de las artes gráficas, de la grabación mecánica, cinematográfica y magnética que permita comunicar la obra de una manera indirecta, es decir, a través de una copia de la obra en la que se corporiza la reproducción.

En esta dirección, el derecho de reproducción comprende: la edición, la reproducción mecánica, la reproducción reprográfica, la realización de uno o más ejemplares tridimensionales de una obra bidimensional, la inclusión de una obra o parte de ella en un sistema de computación, sea en su unidad interna o en una de almacenamiento externo.

Cabe subrayar que el derecho de reproducción incluye las transformaciones que de acuerdo a la naturaleza de la obra, pueden hacerse de ella, tales como: traducción, arreglo, adaptación, compilación, etc., por lo tanto, es necesario contar con la autorización para cada uno de los actos de explotación por parte del autor o en su caso, su titular.

Comunicación Pública.

Forma parte de las facultades o prerrogativas que tiene el autor para explotar su obra. La legislación nacional la define como el acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares;[186]en este sentido, la dogmática además precisa que es el acto por el cual, una pluralidad de personas

[185] Lipszyc, Delia, *op. cit*. p. 180.
[186] Art. 16, fr. III LFDA

puede tener acceso a todo o a parte de una obra, en su forma original o transformada.[187] La comunicación se considera pública, cuando sale del ámbito familiar o doméstico (como se citó en el caso de la facultad de divulgación anteriormente vista). En este orden de ideas, la comunicación pública se revisará en cuanto a las posibilidades que el autor tiene para la explotación de su obra, y por lo tanto, de obtención de remuneración, en virtud de que el concepto fue estudiado a detalle con anterioridad.

Como se revisó, la legislación nacional establece las modalidades en las se puede realizar la comunicación pública, en virtud de que depende de la naturaleza de la obra. Y en la legislación internacional, la comunicación pública está prevista en el Convenio de Berna[188] en los mismos términos que nuestra ley.

El derecho de comunicación pública engloba la comunicación directa "en vivo", o indirecta mediante fijaciones como fonogramas, o a través de un agente de difusión. El inventario que puede efectuarse de las diversas formas de comunicación pública no es suficiente, en virtud de que dicho acto posibilita que la obra llegue a un público distinto de aquel al que se dirige la comunicación originaria sobre todo en la actualidad. No es menester de la investigación enfatizar sobre cada una de las formas de comunicación, sin embargo, sólo serán mencionadas aquellas a las que la legislación nacional hace referencia[189]:

- La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas;
- La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y

[187] Lipszyc, Delia, *op. cit.* p. 183.
[188] El art. 11bis del Convenio de Berna, en su inciso 1) dispone: "Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar :
1° la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;
2° toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;
3° la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.
[189] Art. 27, fr. III LFDA

- El acceso público por medio de la telecomunicación;

Dentro de este rubro la ley prevé de manera extensiva la inclusión de la transmisión pública de la obra en cualquier modalidad, y lo establece de la siguiente manera, los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir: la transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por cualquier otro medio conocido o por conocerse.[190]

En este orden de ideas, cabe mencionar que por *radiodifusión* se entiende a la transmisión por cualquier medio inalámbrico de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público. La radiodifusión de obras protegidas por el derecho de autor puede efectuarse a partir de fijaciones (grabaciones) o de interpretaciones o ejecuciones "en vivo" (cuando tienen lugar en el momento de la emisión ante los micrófonos de la radio o las cámaras de la teledifusora, sin previa fijación). En todos los casos la comunicación pública por radiodifusión es indirecta, porque el público no percibe la interpretación directamente sino que tiene acceso a ella a través de un agente de difusión.[191]

Derivado de lo anterior, la legislación puntualiza que la transmisión pública o radiodifusión de las obras, puede realizarse en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por cable, fibra óptica, microondas, vía satélite, o cualquier otro medio conocido o por conocerse.[192] El ejercicio de esta facultad, como en el caso de todos los derechos patrimoniales se ejercitará por medio de la autorización o licencia de explotación del titular.

Se ha reiterado que la comunicación pública como derecho patrimonial es un derecho exclusivo que el autor tiene sobre su obra, no obstante, cuando la comunicación no está dirigida al público queda fuera del monopolio de la explotación. Lipszyc señala que el carácter público de la comunicación es muy difícil de tipificar en términos omnicomprensivos de las distintas situaciones

[190] Fracción III inciso e) del artículo 27 de la LFDA.
[191] Lipszyc, Delia, *op. cit*. p. 187.
[192] Art. 27, fr. III LFDA.

posibles[193]. Lo anterior, en virtud de que las nuevas tecnologías permiten poner a disposición del público las obras protegidas.

Distribución.

Consiste en la facultad patrimonial que tiene el autor para que su obra sea distribuida, y la ley la define como la puesta a disposición al público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y en general, cualquier forma.[194]

La distribución incluye la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cabe mencionar que la legislación señala que cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta.[195]

El Convenio de Berna refiere a la distribución en el artículo 14 inciso 1) en donde específica que el autor tendrá el derecho exclusivo a autorizar: "… *la distribución de sus obras…"*

Transformación.

La dogmática jurídica la define como la facultad o prerrogativa del autor para explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etc. Nuestra legislación la refiere como la facultad patrimonial del autor para autorizar la divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones.[196] También esta facultad está prevista en el Convenio de Berna en el artículo 12 que dice: *"Los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras."*

---

[193] Lipszyc, Delia, *op.cit*. p. 210.
[194] Art. 16, fr. V LFDA.
[195] Art. 27, fr. IV LFDA.
[196] Art. 27, fr. VI LFDA

Cabe señalar que esta prerrogativa puede implicar la generación de los llamados derechos conexos, en virtud de que dichas transformaciones conllevan intrínsecamente un acto de creación, el cual, la legislación tanto nacional como internacional reconocen.

Las facultades y prerrogativas que comprende el derecho de autor son extensas y complejas, sin embargo resultaba imprescindible efectuar una revisión de todas y cada una de dichas facultades, en virtud de aportar un amplio margen para la descripción jurídica del derecho de autor para su posterior confrontación con los derechos que atañen el interés de la colectividad como es el caso del derecho de acceso a la cultura.

En el supuesto de brindar satisfacción a sectores de la vida cultural y facilitar el acceso a las obras, la legislación autoral, permite la realización de determinadas reproducciones y comunicaciones públicas sin exigir la autorización previa del autor o del titular del derecho, estableciendo diversas limitaciones del derecho exclusivo del autor, como se estudiará en el rubro consecuente.

3.3. Límites o excepciones al Derecho de Autor.

Como se ha visto, el derecho de autor concreta las facultades de carácter patrimonial que tiene el titular sobre la creación artística, no obstante, la legislación que regula la materia establece determinadas situaciones en que se permite hacer uso libre de las obras, a dichas situaciones se les denomina límites o excepciones al derecho de autor.

Es justamente en este rubro, donde se puede apreciar la línea que divide al derecho de autor con el derecho de acceso a la cultura. Cabe precisar, que en este apartado se contemplan excepciones y limitaciones generales para uso privado, o concretas como serían los casos para archivos, bibliotecas, muesos, etc. Las excepciones y límites que se expondrán a continuación, derivan de usos justos o legítimos por parte de los usuarios y es exactamente donde surge el debate que tiene el derecho de autor frente al derecho de acceso a la cultura.

Las limitaciones o excepciones al derecho de autor no deben afectar su derecho moral, en virtud de que sólo restringen los derechos patrimoniales. Sin embargo, como se revisó en su momento, se pueden dar situaciones en las que sí se pudiera ver vulnerado el derecho moral del autor.

Es menester, precisar que las limitaciones sólo se pueden aplicar después de la primera publicación de la obra realizada con la autorización del titular, es decir, posteriormente de que el autor ha ejercitado su facultad positiva de divulgación; y en este tenor, se debe citar la fuente y no alterar la obra, como se verá más adelante.

Delia Lipszyc señala que las limitaciones son básicamente de dos tipos: las que autorizan la utilización libre y gratuita y las que están sujetas a remuneración; estas últimas constituyen licencias no voluntarias. Con el objeto de no desviar la atención al propósito de la investigación, únicamente se revisarán las del primer tipo:[197]

> "Las utilizaciones libres y gratuitas se admiten cuando median razones de política social vinculadas a necesidades en materia de educación, información y cultura; las licencias no voluntarias se establecen para posibilitar el acceso adecuado a las obras."

De acuerdo al planteamiento, sólo se tratarán las limitaciones relativas a la utilización libre y gratuita de la obra, en virtud de que recaen directamente sobre las formas y alcance jurídico de las facultades morales del autor. En este tenor, el uso sólo puede hacerse dentro de los límites estrictos de la excepción: el usuario debe mencionar el nombre del autor (respeto a la paternidad), título de la obra, y fuente; ello, consecuentemente sin modificar la obra.

La legislación nacional establece los límites a los derechos patrimoniales, específicamente el art. 148 de la LFDA dispone:

> "Las obras literarias o artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del

[197] Lipszyc, Delia, *op. cit.* pp. 220-221.

derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos…"

El primer caso que apunta nuestra legislación refiere a la cita de textos, en la que el usuario tiene autorizada su utilización, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial de la obra. Y en el ámbito internacional, el Convenio de Berna establece:[198]

> "Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa".

Se considera necesario hacer una breve reflexión en lo que respecta a la copia privada. Lipszyc define a la *copia privada* como: *"Una reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o determinada obras aisladas protegidas por el derecho de autor incluidas en un volumen (revistas, diarios, etc.), exclusivamente para uso personal del copista (por ejemplo, para estudio, docencia, esparcimiento)"*.[199] Esta excepción prevista en general en las legislaciones especializadas en la materia tiene el propósito de beneficiar a instituciones a las que el público tenga el acceso, por lo que no se debe perseguir fines lucrativos al aplicar dichas excepciones. En este tenor, la fracción IV de nuestra ley establece, que el usuario podrá utilizar sin la autorización del autor: la *"…reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro."* Como se observa, la legislación autoral prevé que la colectividad tenga acceso a la obra, y por lo tanto a la cultura.

En este rubro, también está considerada la excepción del "uso justo" o "fair use", la cual es una doctrina desarrollada en Estados Unidos y concede un amplio margen a los tribunales para interpretar lo que puede ser permisible en instancias específicas. Carlos M. Correa define al "uso justo" como una norma racional que se

[198] Artículo 10, fr. I Convenio de Berna.
[199] Ibíd. p. 222.

basa en la equidad y permite que se usen materiales protegidos en ciertas condiciones sin la autorización del autor o su titular:[200]

- El **propósito** y el carácter general del uso, incluso si éste se realiza con propósitos comerciales o con fines educativos sin ánimo de lucro, ya sean transformadores y productivos o duplicativos.
- Si el trabajo original es o no inédito (tomar material de un trabajo sin publicar[201] pesa en contra en un juicio sobre uso justo).
- La **naturaleza** de la obra intelectual protegida.
- La **cantidad** y **sustancialidad** de la parte utilizada en relación con la obra protegida como un todo (cuanto mayor sea la apropiación de materiales protegidos, más débil la defensa de uso justo.
- El **efecto** del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida por derecho de autor."

La reproducción en este sentido, tiene grandes vertientes en cuanto a sus límites, por lo que el Convenio de Berna remite los límites a las legislaciones domésticas, así en su art. 9.2 establece la regla de la prueba de los tres pasos:

> "Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor".

Esta disposición comprende todos los medios de posible reproducción que pudieran suscitarse para fines determinados por las legislaciones internas, cabe precisar, que no hay disposición alguna dentro del convenio que prohíba la reproducción de la obra completa y además, no es necesario pagar una remuneración por la reproducción de la obra, por lo que no existe limitación en el uso de la obra reproducida. Siempre y cuando se siga la llamada regla de la prueba de los tres pasos, misma que se fundamenta en el precepto anteriormente citado

[200] Correa, Carlos M. *Uso justo en la era digital*, Portal Iberoamericano de Gestión Cultural, www.gestioncultural.org. Fecha de Consulta: noviembre 2010.
[201] Publicar, el autor lo refiere al acto negativo de la divulgación.

del Convenio de Berna, dicha regla se entiende como una forma de compatibilizar el acceso a la cultura. Los requisitos para esta excepción consisten en:

- Debe tratarse de un caso especial;
- No puede existir conflicto con la exposición de la obra, y
- No puede existir un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En concordancia, nuestra legislación contempla medios permitidos de reproducción de la obra específicos, que a continuación se describen:

La fracción II del artículo 148 de la LFDA dispone como límite al derecho de autor, es decir, que se puede utilizar sin la autorización del titular, lo siguiente: *"…la reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho".*

La dogmática extiende el precepto, no sólo a la reproducción, sino como se observa a la distribución y a la comunicación pública con la condicionante de indicar la fuente y el autor. El Convenio de Berna nuevamente remite a la legislación interna para establecer las condiciones en cuanto a este límite y en el artículo 10bis en su segundo párrafo establece lo siguiente: *"Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento."*

Dentro de los límites establecidos en la materia, la ley también prevé en la fracción III del art. 148 lo siguiente: la "*reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística".*

Otro aspecto importante en las limitaciones y excepciones del derecho de autor es el relativo a los establecimientos de enseñanza, los cuales constituyen la columna vertebral para la efectividad del derecho de acceso a la cultura. Dichos establecimientos deben de contar con los medios idóneos para alcanzar su propósito primordial, derivado de lo anterior, la legislación dispone en la fracción V del art. 148 de la LFDA que el usuario puede utilizar sin autorización del autor: la *"reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer".*

En este aspecto, al igual que en los demás, dicha excepción no debe de entrar en conflicto con la explotación normal de la obra utilizada, y no debe causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, como se mencionó anteriormente y que la legislación internacional lo contempla (art. 9.2 del Convenio de Berna.

La legislación autoral mexicana también contempla la reproducción para el uso de procesos legales, y la fracción VI del mencionado artículo confiere la *"reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo".* Y por último la fracción VII, también concede la *"reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos".* Esta excepción se refiere a que todos los monumentos y obras artísticas que adornan las plazas, avenidas y lugares públicos pueden ser libremente reproducidos por cualquier procedimiento. Respecto a esta excepción, Ruíz Gallardo[202] refiere a la legislación chilena que "no están contempladas las reproducciones que se hagan de monumentos u obras artísticas que se encuentren en lugares cerrados, sin distinción de si son ellos públicos o no".

[202] Ruíz Gallardo, Claudio, *Hacia una dogmática para el acceso en Chile*, en Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor, www.derechosdigitales.ong. p. 46.

3.4. El Derecho de Acceso a la Cultura frente al Derecho de Autor.

En el punto anterior, fueron desarrollados los límites y las excepciones jurídicas del derecho de autor con el propósito de no interponerse con otros derechos (algunos de carácter fundamental); como por ejemplo: el derecho a la educación, el derecho a la información, etc. Con el objeto de llevar a cabo una exposición en la que se confronten el derecho autor con el derecho de acceso a la cultura, es menester explicar dos cuestionamientos: ¿El derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor tienen la misma naturaleza jurídica? De acuerdo al capítulo respectivo, los derechos culturales tienen un amplio margen de protección en varios aspectos, primeramente, en relación al bien jurídico tutelado y consecuentemente, a la multiplicidad de instrumentos jurídicos fundamentales en los que están consagrados y que se vinculan con el acto de creación cultural, del cual se desprenden derechos y obligaciones -como se vio en el capítulo anterior-, tanto para el creador como para los demás (sea el Estado o la colectividad). Por lo tanto, el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor pueden ser considerados derechos de la misma naturaleza jurídica, en virtud de que forman parte esencial de los derechos culturales. Derivado de la respuesta anterior, el segundo cuestionamiento versa: si son derechos de la misma naturaleza jurídica, ¿ambos derechos pueden entrar en tensión? El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura como se ha revisado, provienen de la misma naturaleza jurídica, aparentemente buscan la protección del mismo bien jurídico: la cultura, sin embargo, después del estudio pormenorizado de ambos, es evidente que existen discrepancias en torno a todos los aspectos que regulan a la cultura, dichos aspectos van desde la titularidad hasta el contenido del derecho. En este sentido, el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura son derechos de la misma naturaleza jurídica y pueden entrar en tensión porque la línea divisoria en ambos suele verse tenue en virtud de la proliferación de las nuevas tecnologías de información y comunicación. Si bien es cierto que la legislación autoral establece límites para dejar a salvo otros derechos que en un momento dado pudieran verse vulnerados, también lo es, el dinamismo que han adquirido las formas en las que

puede ser producida y distribuida la creación cultural. A este respecto Beatriz Busaniche observa:

> "Nuevas formas artísticas y culturales surgen a cada momento y se ha revolucionado la posibilidad de producir y distribuir cultura, con una potencialidad comunicativa nunca antes vista, sin que la condición de obtener monopolios sobre las producciones sea indispensable.
>
> Al mismo tiempo que Internet aparece como la promesa de acceso masivo a cultura, el quiebre de la noción de autor y un desplazamiento tecnológico de las formas de construir conocimiento y generar prácticas de acceso más amplio, la reivindicación del derecho de autor desde la perspectiva comercial, parece más viva que nunca. "Defender" al autor de los abusos producidos a partir de la masificación de las TICs se ha convertido en el discurso dominante de gobiernos, empresas vinculadas al derecho de autor, gestoras colectivas e incluso se cristaliza en legislaciones nacionales y tratados internacionales. En nombre de los derechos de los autores se renuevan las amenazas en forma permanente: persecución penal, desconexión a Internet, bloqueo de contenidos y multas inauditas."[203]

Las circunstancias antes descritas conllevan a realizar un cuadro jurídico comparativo del derecho de acceso a la cultura (de rango constitucional) y el derecho de autor mismo (instrumentos jurídicos internacionales) en el que se aprecia tanto el carácter fundamental de las normas que facultan a los destinatarios de los derechos como su probable adscripción a las mismas. Y en la misma dirección, las obligaciones o deberes del Estado. No obstante, en el transcurso del capítulo se apreció a detalle la regulación jurídica especializada que circunscribe al derecho de autor.

[203] Busaniche, Beatriz, *El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor*, www.usla.org.ar, Fecha de consulta: 15 de enero de 2011, pp. 9-10.

Instrumento Jurídico	Derecho de autor	Derecho de acceso a la cultura
Declaración Universal de Derechos Humanos Artículo 27	Toda persona *tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales* que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.	Toda persona *tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural* de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Artículo 15	Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.	Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	**Artículo 28.** "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes… Tampoco constituyen *monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras* y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.	**Párrafo noveno del artículo 4:** "Toda persona tiene ***derecho al acceso a la cultura***…"
Ley Federal del Derecho de Autor: Artículo 1	"La presente Ley reglamentaria del artículo 28 constitucional, tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; protección de los derechos de los autores…"	

En concordancia con los capítulos anteriores, se aprecia que las facultades tanto morales como patrimoniales que conforman el derecho de autor, tienen las características de derechos subjetivos, no obstante, solamente en las características que conforma el derecho moral sólo puede equipararse o adscribirse a los derechos fundamentales (imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad), toda vez que en lo referente a las facultades de carácter patrimonial -como se vio-, la legislación que regula la materia establece límites y excepciones que en un momento dado propician el desarrollo del derecho de

acceso a la cultura. Busaniche[204], expone los cuestionamientos que la doctrina ha discutido, mismos que atañen a las características del dominio sobre la propiedad tangible a las creaciones:

- La obra no es una cosa, por lo tanto el dominio que se ejerce sobre ella es diferente del que se ejerce sobre una propiedad tangible.
- El derecho de autor nace del acto creativo de una obra, y no de las formas clásicas de adquisición del dominio de un bien tangible.
- El plazo de ejercicio del derecho monopólico es limitado en el tiempo, no es ilimitado como en el sistema de propiedades materiales. El ejercicio del derecho tiene vigencia. [205]
- El derecho moral no tiene contraparte en el derecho de dominio y propiedad.
- No existe transferencia plena del derecho de autor, la obra nunca deja de ser una obra de su autor, nunca abandona la esfera de la personalidad de éste, independientemente de las enajenaciones que puedan producirse.

Como se ha observado, existen instrumentos jurídicos que disponen, por un lado, la obligación del Estado para proteger el derecho de los creadores de obras, y por otro, proteger el derecho de la colectividad para el acceso a la cultura. Ambos derechos (derecho de autor y derecho al acceso a la cultura) aplicados a un caso concreto podrían entrar en colisión, toda vez que en la actualidad el desarrollo de los medios tecnológicos ha favorecido dicha tensión, por lo que resulta compleja la función que debe desempeñar el Estado para garantizar el cabal cumplimiento de

[204] Busaniche, *op.cit.* p.12.

[205] El artículo 29 de la LFDA establece: "Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:

I. La vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más.
Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los cien años se contarán a partir de la muerte del último, y

II. Cien años después de divulgadas.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de éste, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.
Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público."

dichos derechos, dado que hoy en día la balanza parece verse inclinada al derecho de autor. Al respecto, Busaniche señala:

> "El fortalecimiento y la ampliación de los derechos de autor se debe, esencialmente, a la existencia de grupos de interés organizados que trabajan de manera sistemática en esa meta, invierten recursos en esta tarea y consiguen consensos políticos y sociales para llevar las modificaciones adelante. Además cuentan con estructuras de soporte corporativo, fuerte vinculación con los medios de comunicación de masas y el apoyo de algunos artistas populares que resultan beneficiados con estas políticas. La desactivación de un discurso único en relación a los derechos de los autores requiere la reconstrucción de estrategias de defensa de los derechos culturales"[206].

Cabe enfatizar, que si bien es cierto que el derecho de autor cuenta con mecanismos jurídicos especializados tanto en el ámbito nacional como en el internacional para exigir su cumplimiento, y con sociedades de gestión colectiva para brindar protección a sus derechos, también lo es que el derecho de acceso a la cultura no cuenta con esa estructura.

Lo anterior cobra especial importancia porque a diferencia del derecho de autor, el derecho de acceso a la cultura no cuenta con un ordenamiento jurídico especializado que regule los medios para su protección y exigibilidad, ni con alguna sociedad u organización que vigile su cumplimiento.

Asimismo, se considera necesario subrayar que ambos derechos implican la acción del Estado para brindar la prestación correspondiente, y por lo tanto, disponer de los recursos que tenga a su alcance para lograr la cristalización de los derechos en comento. Dicha función consiste desde legislar en la materia, establecer políticas públicas hasta garantizar el cumplimiento de los derechos culturales, mediante el empleo de mecanismos que los hagan exigibles y justiciables. La exigibilidad y cumplimiento de los derechos culturales se estudiará en el capítulo siguiente.

[206] Busaniche, *op. cit.* p. 13.

CAPÍTULO 4

Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos culturales

Un enfoque al derecho de acceso a la cultura

La mejor ley es la que no existe.

Luis Prieto Sanchís

4.1. Introducción

Las descripciones en torno a los derechos culturales, así como la exposición referente a su efectivo ejercicio durante el desarrollo de la investigación, han proporcionado razones jurídicas que sirven de apoyo y fundamento para que estos derechos sean exigibles y justiciables. No obstante, la racionalidad que implica la exigibilidad y la justiciabilidad de dichos derechos requiere un tratamiento especializado.

Cabe recordar que los derechos culturales están positivizados de manera dispersa en múltiples instrumentos jurídicos internacionales. Con el propósito de lograr una adecuada sistematización que permita esclarecer la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos en comento, es menester, abordar algunos puntos importantes de los derechos económicos, sociales y culturales, en virtud de que tienen la misma génesis en cuanto a su positivización y, por ende, reciben el mismo tratamiento jurídico.

Los derechos económicos, sociales y culturales surgen de la necesidad de garantizar las condiciones materiales mínimas de vida y el acceso a bienes culturales, por lo tanto, son considerados derechos de igualdad. En concordancia con el tratamiento de la investigación, sólo se tomarán en cuenta los derechos culturales con énfasis en el derecho de acceso a la cultura, en virtud de que se considera que cada derecho posee ciertas particularidades; y debido a la naturaleza de la investigación no es posible abarcarlos todos.

En este tenor, se entiende que los *derechos culturales* se ubican en el contexto jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales, mismos que

se caracterizan por ser universalmente válidos, independientemente del reconocimiento de los órganos estatales, tienen carácter *absoluto* o *prima facie,* son inalienables e imprescriptibles. Los *derechos culturales* implican la facultad de exigir de los demás una conducta correspondiente, en esta dirección, el planteamiento es el siguiente: Si los derechos culturales particularmente el derecho de acceso a la cultura tiene las características de los derechos subjetivos en cuanto a la facultad de exigir de los demás una determinada conducta independientemente del interés jurídico o legítimo, entonces, el Estado estaría obligado a llevar a cabo una conducta de dar o hacer. En este tenor, en el capítulo se estudiarán algunos aspectos explicativos para demostrar que las obligaciones estatales están inmersas en la norma jurídica tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva. Atendiendo a este razonamiento, en el primer punto la pretensión consiste en equiparar el derecho de acceso a la cultura como un derecho prestacional.

No siempre en el orden jurídico nacional están contemplados expresamente todos los derechos, puede darse el caso, que un derecho de acuerdo con el principio que resguarda colisione con otro, en consecuencia, se tendría que efectuar un ejercicio de ponderación. En este sentido, los efectos de dicha ponderación recaerían directamente en sus titulares, lo que conduce a la siguiente reflexión, ¿se puede considerar la posibilidad de que un órgano jurisdiccional decida sobre un derecho no contemplado en el ordenamiento jurídico, o en su caso, resuelva sobre qué titular va a recaer el derecho prevaleciente? Lo anterior, conduce inmediatamente al segundo punto del capítulo que se refiere a la titularidad del derecho. La cuestión no es menor, si se toma en cuenta que en el capitulo anterior se vieron confrontados el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura; sin embargo, para efectos de exigibilidad y justiciabilidad resulta un punto primordial. En este rubro también se plantea la posibilidad de que el derecho de acceso a la cultura pueda ser un derecho difuso, por lo que en la tercera parte del capítulo se aborda una reflexión en torno a su titularidad.

En la cuarta se estudiarán las posibilidades que tiene el titular del derecho de acceso a la cultura para reclamar el cumplimiento de determinadas obligaciones que se derivan del mismo, lo que implica su exigibilidad. Asimismo, dicha exigibilidad será revisada tanto en el marco jurídico nacional (incluyendo las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos) como en el internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en nuestro continente, por lo que se hará una breve referencia al Sistema Interamericano analizando sus fortalezas y debilidades. Una vez examinadas las posibilidades respecto a la exigibilidad del derecho de acceso a la cultura, en la última parte se estudiará su justiciabilidad, es decir, para que un derecho sea justiciable, no sólo requiere su reconocimiento, sino que existan los mecanismos jurídicos que permitan a los titulares acceder a los órganos encargados de la aplicación del derecho. En esta parte se integra una reflexión en torno a la exigibilidad y justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura en la actualidad, toda vez que las nuevas tecnologías han influido de manera determinante en la conformación de la perspectiva de reconocimiento de dicho derecho.

4.2. El derecho de acceso a la cultura como derecho prestacional.

En este rubro se estructura la caracterización de los derechos prestacionales en conexión analógica con los derechos culturales. Cabe precisar que dichos derechos se encuentran clasificados jurídicamente en los derechos económicos, sociales y culturales; y como se recordará, los también llamados DESC, han llevado un tratamiento diferente a los demás derechos, en virtud de que jurídicamente no se les ha dado la importancia que merecen y por ende, su desarrollo en este ámbito requiere el establecimiento de pautas de significación para su descripción; y en este sentido, demostrar las posibilidades de exigibilidad y justiciabilidad que se presentan en la actualidad.

4.2.1. Características de los derechos prestacionales en relación con el derecho de acceso a la cultura.

Los derechos económicos, sociales y culturales en conjunto demandan de la organización estatal, es decir, el Estado debe de cumplir con sus obligaciones, y en concordancia con lo examinado en los capítulos anteriores, dichas obligaciones pueden consistir en acciones de no interferencia (negativas) y en acciones de brindar la prestación correspondiente (positivas). Éstas últimas son medulares para la concreción del derecho de que nos ocupa.

En esta dirección, el análisis del derecho de acceso a la cultura en cuanto a su exigibilidad y justiciabilidad, puede ser vislumbrada a partir de la descripción de los derechos prestacionales; toda vez que resulta útil como argumento para que sea racionalmente un derecho exigible y justiciable.

En capítulos anteriores se ha estudiado a detalle que los derechos fundamentales son aquellos que corresponden a *"Toda persona…"* No obstante, cuando se habla específicamente de los derechos culturales, es menester referirnos a lo que normativamente se les ha denominado derechos económicos, sociales y culturales. Dichos derechos tienden a considerar al hombre en su específica situación social,[207] lo cual implica que el pleno ejercicio de estos derechos dependa de la responsabilidad del Estado en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones.

Por consiguiente, las prerrogativas que proporcionan o satisfacen permisiones o libertades constituyen ventajas para *"Toda persona…"*, mientras que las prerrogativas que involucran los derechos sociales se conectan a necesidades cuya satisfacción en el ámbito de las relaciones jurídico privadas es desigual. Para procurar un balance entre las partes, la legislación ha tratado de establecer normativamente un equilibrio cuando dichas partes se encuentran en

[207] Prieto Sanchís, Luis, *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*, en Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez Comps. 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2001, p. 24.

circunstancias diferentes, aunque no siempre éste logre su cometido y el resultado sea a la inversa.

El ejercicio de los derechos culturales implica, por un lado, la permisión en la que *toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural; de gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones; de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora de su obra*; y por otro lado, *la obligación estatal de brindar la prestación correspondiente para adoptar medidas para asegurar el pleno ejercicio de este derecho como la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la cultura* (acciones positivas)*;* así como *respetar las libertades de toda persona para la investigación científica y la actividad creadora* (acciones negativas).[208] El cumplimiento de las obligaciones de los Estados contraídas en instrumentos internacionales comprende la utilización de todos los medios apropiados para la utilización eficaz de los recursos. Cuando un Estado deja de cumplir con una obligación internacional constituye una violación y por lo tanto se incurre en responsabilidad internacional.

En virtud de lo anterior, para el ejercicio del *derecho de acceso a la cultura*, sus titulares precisan de una participación básica de los bienes materiales que involucran a la cultura. Cabe destacar que dicha participación es un presupuesto necesario para la realización de su ejercicio, sin ello, no es posible concretar el derecho.

Por lo tanto, el ejercicio de los derechos culturales en general, así como el ejercicio del derecho de acceso a la cultura en particular, requieren necesariamente de acciones positivas por parte del Estado, es decir, aquellas acciones que implican obligaciones estatales[209] convertidas en buena parte en aportación de recursos. Dichas obligaciones consisten dar bienes o, servicios o,

---

[208] Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Fecha de Publicación en el Diario Oficial de la Federación: el 12 de mayo de 1981.

[209] Las acciones estatales pueden concentrarse en normas de organización y políticas públicas. Las primeras se concretan como normas objetivas que en sentido estricto serían exigibles, mientras que las segundas, sólo pueden ser consideradas como buenas intenciones. Prieto, Sanchís, *op.cit*. pp. 29-32.

realizar actividades que si tuvieran los medios, los titulares del derecho, podrían adquirirlos. A este último aspecto, es lo que se considera derechos prestacionales en sentido estricto. Por lo tanto, el derecho de acceso a la cultura genera obligaciones frente a los poderes públicos, y lo hace desde la Constitución, es decir, considerando lo previsto en el párrafo noveno del artículo 4° nuestra Carta Magna:

> Toda persona tiene ***derecho al acceso a la cultura*** y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El ***Estado promoverá*** los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

Entonces, el fundamento para describir que el derecho de acceso a la cultura es un derecho de carácter prestacional es la correcta[210]; en virtud de que protege de modo singular una pretensión.

No obstante, la fundamentación anteriormente mencionada, no es suficiente para el pleno ejercicio del derecho de acceso a la cultura, en virtud de su aplicación al caso concreto. Por lo que, otra vía para concretar el derecho puede ser apelar a la igualdad, es decir, cómo han de ser tratadas de modo desigual las situaciones de hecho diferentes. En este caso, el planteamiento del problema consiste en identificar si los poderes públicos deben de establecer las desigualdades jurídicas con el fin de superar desigualdades de hecho.

En el capítulo anterior, se confrontaron dos derechos que provenían de la misma naturaleza jurídica, y se observó que mientras el derecho de autor contaba con una ley especializada y sociedades que velaran por el cumplimiento de las disposiciones en ella contenida; el derecho de acceso a la cultura no tenía los

[210] Los derechos prestacionales pueden ser examinados a la luz de diversas perspectivas, Luis Prieto Sanchís propone que el derecho prestacional puede tener su fundamento en el principio de igualdad sustancial: “El derecho prestacional puede ser reivindicado a través de invocar una concreta norma constitucional que en forma de derecho o de directriz proteja de modo singular una pretensión”. Ídem.

mecanismos jurídicos para exigir el cumplimiento del mandato constitucional. En este sentido, establecer la igualdad requiere de un análisis del caso concreto, en el que, el órgano encargado de la aplicación debe valorar las circunstancias y efectuar una ponderación.

Siguiendo esta dirección, Prieto Sanchís distingue:

> "…la *igualdad* se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común.
>
> *Identidad* es cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos. Igualdad supone identidad parcial, es decir la coincidencia de dos o más objetos en unos elementos o características desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás. Y se distingue también de la semejanza porque si bien ésta implica asimismo que exista algún rasgo común, no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores."

A reserva de que la titularidad se trate en un rubro aparte, cabe precisar que mientras el derecho de autor, sólo regula a una determinada clase de sujetos, el derecho de acceso a la cultura regula a *toda persona*, por lo tanto, el concepto que se pretende distinguir reviste cierta complejidad porque al parecer el establecimiento de la igualdad presumiblemente puede estar en manos del órgano aplicador y no del legislador. En este tenor, surge la necesidad de determinar cuáles son los rasgos que representan una razón para establecer un tratamiento igual o desigual. Si se sigue la perspectiva de invocar el precepto constitucional, entonces el fundamento que prevalecerá al momento de realizar la aplicación del derecho, será (de acuerdo al caso concreto) aquella que se ajuste a la norma fundamental, claro está, en el marco de la racionalidad.

Si "*Toda persona tiene derecho de acceso a la cultura",* entonces existe igualdad normativa, por lo tanto, y según el caso concreto, de ser necesario, el órgano jurisdiccional, deberá aportar razones para ofrecer un tratamiento desigual.

A la valoración conjunta de elementos fácticos y normativos, la dogmática jurídica le denomina racionalidad. El principio de igualdad consiste en la exigencia

de fundamentación racional de juicios de valor de acuerdo al caso concreto, juicios en los que se determinará la consecuencia jurídica correspondiente. La referencia a los criterios de ponderación (vistos en el capítulo primero) implica una justificación racional de la decisión que emita el órgano jurisdiccional.

Una vez determinada la igualdad sustancial, el paso siguiente será determinar la igualdad material en la que puedan concretarse las pretensiones y por lo tanto, volverse exigibles y justiciables.

La reflexión versa en el siguiente planteamiento: si las exigencias de igualdad sustancial en torno al derecho de acceso a la cultura configuran el fundamento de exigibilidad para definir la pretensión en el ámbito de la igualdad material, entonces, el marco normativo nacional no ofrece ningún resquemor. Lo anterior, en virtud de que la pretensión se ve reflejada expresamente en la Constitución al disponer las obligaciones estatales: *"El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural."* Sin embargo, al momento de redactar este escrito no se encuentran los mecanismos a los que el texto constitucional hace referencia. No parece ser suficiente el reconocimiento en el que alguien tiene derecho a una prestación porque está expreso en la norma jurídica fundamental o bien, porque así lo exige la igualdad material de acuerdo a la ponderación del órgano jurisdiccional en el caso concreto. Para ser viable la igualdad material en la concreción del *derecho de acceso a la cultura* se pueden procurar los siguientes supuestos:

1. Cuando la igualdad material viene apoyada por un **derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible**: En el caso que nos ocupa se observa con claridad que el derecho de acceso a la cultura es un derecho fundamental y, por lo tanto, "el Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus

manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa", lo cual, lo hace directamente exigible.

2. Si la **pretensión de igualdad sustancial, concurre con otro derecho fundamental**, aún cuando no sea de naturaleza prestacional. El derecho de acceso a la cultura puede concurrir con el derecho de autor; en virtud de que el Estado tiene el deber de respetar la libertad de la actividad creadora, y en el supuesto de que el autor impida el acceso a su obra, el derecho de acceso a la cultura puede verse limitado por la normatividad especializada que regula al derecho de autor, empero, cabe recordar que éste último derecho también tiene sus límites; entonces, únicamente el órgano encargado de la aplicación tendrá que proporcionar razones para establecer la igualdad sustancial y consecuentemente la igualdad material.
3. El último supuesto, se relaciona con el anterior, en el sentido de que una vez que se establece la igualdad material por el órgano jurisdiccional, **la exigencia de igualdad material vendrá acompañada de igualdad formal**. La igualdad material se fortalece con la igualdad formal: los poderes públicos para concretar el derecho de acceso a la cultura tienen la obligación de aportar los bienes materiales culturales, ya sea en normas de organización o en políticas públicas, que pueden consistir en la distribución de recursos para la promoción, difusión y desarrollo de la cultura, verbigracia: cine, teatro, bibliotecas, salas de conciertos, foros, museos, conservación y mantenimiento de patrimonio cultural, etc. Lo que implica proporcionalidad de acuerdo a los recursos con que cuente el Estado para poder cumplir con sus obligaciones.

Los supuestos anteriormente citados cobran especial importancia para la descripción del derecho de acceso a la cultura como derecho de carácter prestacional, en virtud de que puede ser exigible por quienes en un momento dado pueden reclamar unos beneficios a los que, de otro modo, no tendrían derecho.

La concurrencia de un derecho prestacional inmediatamente exigible como: *el derecho de acceso a la cultura* implica la consagración constitucional de una

concreta pretensión que se adscribe a la igualdad de hecho; a la que los poderes públicos tienen la obligación de promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, y ello supone, como dice Prieto Sanchís, *"una toma de posición que elimina todo ulterior a discusión".*[211]

4.2.2. Naturaleza jurídica de los derechos prestacionales en relación con el derecho de acceso a la cultura.

La naturaleza jurídica de los derechos prestacionales, no son auténticos derechos fundamentales, sino normas programáticas. Un sector de la dogmática jurídica señala que los derechos prestacionales no son normas jurídicas sino meras declaraciones, en virtud de que no cuentan con la estructura lógica de las normas, es decir, que lleven implícita una prohibición o un mandato y que adopte una determinada estructura lingüística imperativa. No obstante, otro sector dice el hecho de que no empleen dicha estructura no es criterio definitivo para separar el derecho de las buenas intenciones:

> "Al margen de que no todos los derechos prestacionales aparecen con la misma estructura lingüística, lo cierto es que la concepción del positivismo teórico a propósito de las normas puede considerarse superada: sencillamente, no es cierto que allí donde falta un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica perfectamente delimitados falte una norma jurídica. Que las normas materiales de la Constitución sean "generalmente esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas" no representa ninguna dificultad a su carácter vinculante."[212]

Como se ha podido observar, los ordenamientos que prevén el derecho de acceso a la cultura, muestran en su formulación lingüística la falta de un supuesto de hecho, no obstante, sí puede reconocérsele como vinculante en su dimensión objetiva.

Los derechos prestacionales vinculan a todos los poderes públicos, desde el legislador hasta el juzgador, porque como se dijo anteriormente, los Estados al someterse a la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos son

[211] Prieto, Sanchís, *op.cit*. p. 45.
[212] Ibíd. p. 48.

responsables del cumplimiento de sus obligaciones. El derecho de acceso a la cultura está previsto en diversos instrumentos internacionales de los cuales nuestro país forma parte. En dichos instrumentos, están plasmadas normas objetivas que se conciben como directrices de eficacia directa e inmediata de la acción estatal. El contenido de las obligaciones que constriñen al Estado en cuanto al derecho de acceso a la cultura, se expondrán específicamente en un rubro posterior, sin embargo, se considera primordial resaltar el carácter vinculante del Estado en el cumplimiento de dichas obligaciones.

Asimismo, cabe precisar que la revisión del carácter objetivo del derecho de acceso a la cultura, como se ha constatado a lo largo de la investigación puede abarcar una pluralidad de significados, lo que se traduce en expresiones deónticas para adjudicarlos como razones para lograr una correcta fundamentación acorde con la igualdad sustancial.

En cuanto a la dimensión subjetiva de los derechos prestacionales, cabe mencionar lo examinado en torno a los derechos subjetivos (ver capítulo primero, pág. 7), en los que se formulan permisiones, o bien se protegen libertades individuales, verbigracia: *Toda persona tiene permitido (derecho al) el acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicio que presta el Estado en la materia*. En el caso que nos ocupa, el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para organizar dicho acceso, sin embargo, el derecho de acceso a la cultura se considera de carácter fundamental porque proviene de una norma fundamental. Y en lo referente a su aplicación, es decir, a la práctica judicial, se concretarán conforme al caso concreto, y el órgano jurisdiccional deberá determinar en qué condiciones y con qué alcance podrá afectarle la tutela:

> "Las normas constitucionales son directamente invocables y aplicables en el curso de cualquier controversia jurídica, pero su configuración como verdaderos derechos accionales ante la jurisdicción requiere la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, etc."[213]

[213] Ibíd. p. 54.

4.2.3. Contenido de los derechos prestacionales en relación con el derecho de acceso a la cultura.

El contenido obligacional de los derechos prestacionales se fundamenta en los principios directriz que la norma lleva intrínsecamente para orientar a los poderes públicos, los cuales se caracterizan por ser cumplidos en diferente grado.

Las obligaciones estatales que comprende el derecho de acceso a la cultura, son imprecisas, empero, la legislación constitucional permite fundamentar pretensiones concretas y por ende, la consecución de los fines para los cuales fueron consagradas. Y en el mismo sentido, la voluntad de nuestro país para comprometerse en los instrumentos jurídicos que tutelan las obligaciones encaminadas al acceso a la cultura. Sin embargo, para considerar que el derecho de acceso a la cultura es un derecho de carácter prestacional y auténtico derecho fundamental susceptible de tutela jurídica, es necesario que las prestaciones a las cuales va encaminado dicho derecho, requieran de capacidad organizativa, del diseño de servicios públicos, y el empleo de los recursos financieros que permitan su concreción.

Como se ha reiterado, las exigencias prestacionales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. En esta dirección, cabe mencionar que los derechos prestacionales implican la utilización de recursos financieros, cuya distribución es competencia del Congreso de la Unión[214]. En este sentido, resulta

[214] El art. 73 Constitucional establece que el Congreso tiene facultad:
XXV. **Para establecer, organizar y sostener en toda la República** escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República. Los Títulos que se expidan por los establecimientos de que se trata surtirán sus

indispensable que la legislación positiva desarrolle procedimientos, organice servicios, coordine, y establezca los mecanismos de exigibilidad para el cumplimiento de las obligaciones del Estado.

Derivado de lo anterior, se aprecia la preeminencia tanto del principio de la democracia como del principio de la constitucionalidad o defensa de la posición del individuo incluso frente a la mayoría, toda vez que ningún ámbito queda absolutamente al arbitrio de la política[215]. Actualmente, los derechos prestacionales ostentan un mayor peso objetivo que subjetivo; cabe advertir que esta diferencia no puede ser absoluta, ni llegar al límite de que toda prestación haya de concebirse como un mero reflejo de normas objetivas.

Los derechos prestacionales deben concretarse, y su configuración, tanto en dimensión objetiva como subjetiva, en concordancia con la dogmática que sostiene la relevancia de estos derechos, sólo corresponde al tribunal constitucional. Por lo tanto, solamente el tribunal constitucional puede determinar el carácter prestacional del derecho de acceso a la cultura, lo que implica también determinar su titularidad y contenido. La tarea de dicho tribunal no sería sencilla, toda vez que la pretensión según el caso concreto, consistiría en armonizar el derecho de acceso a la cultura como derecho prestacional. En el rubro siguiente se reflexiona acerca de la titularidad del derecho de acceso a la cultura, con la finalidad de presentar el abanico de posibilidades que comprende para posteriormente, destacar la importancia de su exigibilidad y justiciabilidad.

4.3. Reflexión acerca de la titularidad del derecho de acceso a la cultura.

De acuerdo a lo examinado durante la investigación, determinar quién es el titular del derecho de acceso a la cultura, no tendría gran dificultad, en virtud de lo

---

efectos en toda la República. **Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma.**
XXIX-Ñ. **Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal coordinarán sus acciones en materia de cultura**, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este artículo. Asimismo, **establecerán los mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo noveno del artículo 4o. de esta Constitución.**

[215] Prieto Sanchís, *op. cit*. p. 64.

que establece la norma jurídica de carácter fundamental (Constitución, tratados internacionales): el titular del derecho goza de la universalidad a la que se ha hecho referencia anteriormente, por lo tanto, le pertenece a *toda persona*, sin embargo, en las sociedades actuales frente a problemáticas específicas, resulta complejo precisar al titular del derecho, toda vez que dicho titular va a ser quien ejercite la acción jurídica correspondiente.

Los derechos culturales en general presentan vicisitudes en cuanto a la titularidad, no obstante, el derecho de acceso a la cultura -como se ha visto a lo largo de la investigación-, además de estimarse como un derecho subjetivo, también puede considerársele como un derecho que atañe no sólo a un individuo, sino a la colectividad, en este sentido, puede llamarse derecho subjetivo colectivo[216]. En esta dirección, se plantea el siguiente supuesto: Si el derecho de acceso a la cultura fuera ejercitado como un derecho de la colectividad o interés difuso, propiciaría vínculos con características propias y por lo tanto, su protección se extendería cualitativa y cuantitativamente, en virtud de que puede considerársele como un derecho social[217]. Lo anterior, se puede relacionar de la siguiente manera: una comunidad o una región que tuviera interés en que fuera construido un museo; o que se implementara un programa de conciertos; o que se tomaran las medidas necesarias para tener acceso al patrimonio cultural, o en su caso, llevar a cabo las obras que impliquen mantenimiento para la conservación de dicho patrimonio, la comunidad puede ejercitar una acción colectiva en contra de quien estuviere obligado a brindar la prestación correspondiente que en este

---

[216] Ferrer Mac-Gregor cuando distingue entre derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, menciona: *"La naturaleza jurídica de las nuevas realidades supraindividuales (difusas y colectivas) ha sido ampliamente estudiada por la doctrina desde la década de los setentas, sobre todo en Italia. La mayoría se inclina por reconducirla a los conceptos de derecho subjetivo o de interés legítimo, tendencia que defiende Vigoriti, al sostener que siempre que hablemos de estas posiciones de ventaja estaremos en presencia de un "derecho subjetivo colectivo" o de un "interés legítimo colectivo"."* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Breviarios Jurídicos 9, Porrúa, México, 2004, p. 8.

[217] Ferrer Mac-Gregor refiere a Lucio Cabrera Acevedo señalando que dentro de las características de los intereses difusos y colectivos lo siguiente: *"No se ubican en el derecho público ni en el privado, sino en el social. Pero a diferencia de lo que sucede en el derecho del trabajo o en el agrario –que se refieren a grupos organizados- rigen para agrupaciones o sectores desorganizados, cuyos miembros se desconocen entre sí y donde quienes los forman puede entrar y salir del grupo o desubicarse en cualquier momento".* Ferrer Mac.Gregor, *op. cit.* pp. 4-5.

caso, sería el Estado quién tendría la obligación prestacional[218] en la medida de sus posibilidades en cuanto a recursos económicos -como se vio en el rubro pasado-. Cabe recordar que la comunidad es el centro de toda manifestación y expresión artística del ser como hombre y como pueblo. El resultado de esa comunión será la obra, la cual, en la mayoría de los casos surge con vocación de ser divulgada para que la comunidad misma la reconozca y se identifique con ella.

En la actualidad, frente a fenómenos como la globalización y las tecnologías de la información y comunicación, los retos que enfrentan el autor para divulgar su obra, la comunidad para tener acceso a ella o bien al patrimonio cultural son para un sector de la población relativamente fáciles, no obstante, para otro sector materialmente imposibles. En esta problemática es donde debe figurar la participación del Estado en brindar la prestación para que *"todas las personas tengan el derecho de acceso a la cultura"*.

Empero, la realidad actual muestra el grado de desigualdad social que dichos fenómenos pueden provocar y que al parecer, el marco jurídico que regula los derechos a los que se le ha dado seguimiento en esta investigación, en ocasiones, propicia cierta confusión respecto al bien jurídico tutelado: ¿el autor o la obra?, a saber. Esta vaguedad se origina cuando la cultura representa un sector sustancial del mercado y como se ha precisado en los marcos jurídicos anteriores, la legislación autoral tiene la finalidad de velar tanto por los intereses morales, como por la optimización económica del creador. Alberto López Cuenca, en este sentido, advierte lo siguiente:

> "Defender la cultura en el ámbito de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) como bien de consumo y pretender que las leyes de derechos de

[218] El Estado tiene la obligación de llevar a cabo la protección y promoción del derecho de acceso a la cultura, en este orden de ideas, Ferrer Mac-Gregor menciona: *"El Estado mexicano ha asumido la responsabilidad de protegerlos (-derechos o intereses difusos-).De esta manera intenta la defensa del ambiente, de la salud, de los habitantes, del consumidor, de la cultura histórica y arqueológica mexicanas, del idioma castellano y de los indígenas, etc. El Estado se ha echado la carga de realizar nuevas tareas y asumir mayores responsabilidades, para lo cual se ha visto obligado a crear nuevos departamentos y organismos públicos especializados en su protección".* Ibíd. p. 5.

autor sean innegociablemente garante jurídico no es más que limitar su función social y abusar interesadamente de la legislación".[219]

No es pretensión analizar si el autor (titular del derecho de autor) se asume con alguna función social, sino reflexionar en torno a las imprecisiones a las que se enfrentan derechos de la misma naturaleza jurídica; derechos con finalidades similares en los que se aspira el desarrollo y el conocimiento para todas las personas; derechos en los que se debate si realmente se persigue el bienestar para el mayor número de personas; derechos que implican acciones estatales; derechos que involucran términos jurídicos y económicos; derechos poco actualizados; y derechos en los que resulta difícil detectar hacia quién va destinada la protección. Este último aspecto, se considera trascendental porque los bienes culturales (llámense obras, patrimonio cultural de la humanidad, lenguaje, etc.) también pueden ser vistos como bienes de consumo, toda vez que en términos económicos derraman ganancias para un sector de la población y pérdidas para otro.

En concordancia con la tercera parte de la investigación, las creaciones intelectuales se protegen mediante soporte material, aún cuando las obras se encuentran codificadas digitalmente y puestas a disposición del público en las formas previstas en la legislación autoral no dejan de ser redituables para quienes tienen los derechos de explotación sobre ellas, en este, sentido, López Cuenca menciona:

"El giro en la codificación de la información ha llevado a minimizar el soporte de la información. Esta evanescencia de las producciones digitales abre un abanico de posibilidades para su transformación y plantea un serio problema para determinar y controlar su propiedad. A diferencia de los objetos o las obras que requieren de un soporte material, la ontología de la cultura digital cuestiona nociones como las de propiedad, escasez o enajenación."[220]

---

[219] López Cuenca, Alberto, *¿A quién protege el derecho de autor? Sujeto y ontologías de la cultura digital* en ¿Desea guardar los cambios? Propiedad Intelectual y Tecnologías Digitales: hacia un nuevo pacto social, Paula Beulieu y Alberto López Cuenca Comps., Centro Cultural España-Córdoba, España, 2009, p. 88.
[220] Ibid. p. 90.

El ejercicio del derecho de acceso a la cultura en la era digital repercute en un sinnúmero de actividades culturales, e involucra a un gran sector de la población desarrollada, y en este orden de ideas, los efectos jurídicos desprendidos de las acciones colectivas podrían ser potencializados, porque justamente en la actualidad este derecho representa un factor de desigualdad, de acuerdo a la norma jurídica fundamental: *"Todas las personas tienen el derecho de acceso a la cultura"*, pero *de facto* no *"Todas las personas pueden ejercitar el derecho de acceso a la cultura".*

Entonces, la reflexión versa en torno a la utilidad de ser el titular del derecho en comento, si de acuerdo a las estadísticas de organismos internacionales,[221]el derecho de acceso a la cultura no se puede concretar. La titularidad de un individuo, en este sentido, es irrelevante, en virtud de que la protección puede destinarse a un número indeterminado de individuos vinculados por una relación de hecho con un interés de bienestar[222] colectivo frente a quienes deben de brindar la prestación correspondiente.

---

[221] Néstor Canclini muestra las estadísticas sobre los usos de las tecnologías, las cuales revelan ciertas desigualdades: *"Internet nos acerca y vuelve simultáneas vidas lejanas, como 20 por ciento de la población mundial acapara más de 90 por ciento del acceso ahonda la brecha entre ricos y pobres. Los medios masivos y la informática permiten imaginar que vivimos en la sociedad del conocimiento, pero la cumbre sobre este asunto realizad en Ginebra, en diciembre de 2003, registró que 97 por ciento de los africanos no tienen acceso a las nuevas tecnologías de información y comunicación, mientras Europa y Estados Unidos concentran el 67 por ciento de los usuarios de Internet. América Latina que cuenta con 8 por ciento de la población mundial y contribuye con el 7 por ciento del PIB global, participa en el ciberespacio sólo con 4 por ciento. El bajo porcentaje de hosts, de computadoras y de acceso a Internet, explica un informe de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), es causa y síntoma de nuestro rezago y escasa visibilidad cultural en los diálogos mediáticos globales y en los espacios públicos internacionales"*. García Canclini, Néstor, *Todos tienen cultura: ¿Quiénes pueden desarrollarla?* En la Conferencia para el Seminario sobre la Cultura y Desarrollo, en el Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 24 de febrero de 2005. www.oei.es. Fecha de consulta 22 de mayo 2011, p. 2.

[222] Luis Prieto Sanchís dice: "… *el bienestar debe configurarse como un concepto relativo y gradual. Relativo porque la definición de una función de bienestar depende del desarrollo de las fuerzas productivas, de los descubrimientos científicos, del refinamiento cultural y, si se quiere, también las circunstancias demográficas y climáticas. Y gradual, porque del bienestar no se goza o se carece a la manera de todo o nada, sino que se disfruta en una cierta medida o cantidad, de acuerdo con el reparto de los recursos disponibles y de las cargas que hayan de asumirse".* Prieto Sanchís, Luis, *Notas sobre el bienestar*, Revista Doxa Núm. 9: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1991, http//:213.0.4.19

Hoy más que nunca, el derecho de acceso a la cultura implica muchas perspectivas, el acceso cultural referido vincula a la comunidad con la obra y por ende con su creador, no obstante, en la actualidad sabemos que se puede extender dicho vínculo traspasando fronteras y así establecer un diálogo entre diversas culturas, mismo que favorecerá la diseminación y la dispersión de las referencias culturales.

Por ello, la titularidad del derecho, en un momento dado, puede pensarse como interés difuso y con apremio de ser atendido por los poderes estatales. Esta situación de diseminación y dispersión de bienes culturales resulta adversa en ocasiones porque induce a la pérdida de bienes que reflejan la identidad de los pueblos; y a su vez, que se impongan otros con hegemonía dominante y acumulen lo que se denomina capital simbólico y económico a través de la cultura.[223]

En esta dirección, las obligaciones del Estado serán respetar, proteger, garantizar y promover el derecho de acceso a la cultura. Dichas obligaciones tienen la finalidad de impedir por un lado, la pérdida de los bienes culturales que involucran valores propios aunque no se tenga la fortaleza económica o tecnológica y por otro, que promuevan la cultura como la expresión de la identidad de un pueblo.

Dado que el derecho de acceso a la cultura constituye obligaciones estatales, el sistema jurídico nacional es el que debe proporcionar el marco normativo regulatorio, al parecer, hoy en día no existe un mecanismo jurídico del orden jurídico nacional que se encargue de proteger específicamente dicho derecho, no obstante, esta investigación pretende exponer algunos de los

[223] La noción de capital simbólico ha sido tratada por diversos autores, sin embargo, se considera de gran utilidad para el tema hacer hincapié en un texto a propósito del Parlamento Internacional de Escritores de Pierre Bordieu, en donde dice: *"… los intelectuales podrían intervenir de manera eficaz y positiva en el curso del mundo. Esto, claro, con un cierto número de condiciones: primero, dotarse de un mínimo de organización para construir una red abierta, solidaria, capaz de asegurar a cada uno un mínimo de información y estímulo, y dejándole, por supuesto una libertad en sus intervenciones; enseguida, intervenir con medios propios, los suyos, los de la escritura, del análisis, y sobre cuestiones especificas, es decir, esencialmente contra los abusos del poder simbólico que ponen en acción instrumentos específicos como la propaganda, la censura y la opresión cultural."* Bordieu, Pierre, *Capital cultural, escuela y espacio social*, trad. y comp. Isabel Jiménez, Siglo veintiuno editores, octava ed., México, 2008, pp. 195-196.

elementos que tanto los defensores de derechos humanos como los órganos encargados de la aplicación pudieran tomar en cuenta al momento de reivindicar el derecho. En el siguiente punto del capítulo se estudiará el alcance de los instrumentos jurídicos para determinar la exigibilidad del derecho de acceso a la cultura.

4.4. Exigibilidad del derecho de acceso a la cultura.

Los derechos culturales no solamente precisan del Estado acciones positivas –como se ha reiterado-, tales como: las obligaciones de garantizar y promover todo lo concerniente a la cultura; sino que en determinados casos exigen del Estado un deber de respeto o de protección (acciones negativas). A lo largo de la investigación, se ha hecho referencia a que dichas obligaciones estatales están positivizadas de manera general tanto en la legislación nacional como en la internacional, no obstante, dicha generalidad denota cierta opacidad en cuanto a los mecanismos jurídicos para hacer exigibles todos y cada uno de los derechos culturales, y más aún, cuando presentan colisiones entre sí, o bien cuando requieren de la disponibilidad de recursos económicos por parte del Estado.

Para ejemplificar las obligaciones que tiene el Estado en el tema que nos ocupa, se presenta el siguiente ejemplo: El derecho cultural de acceso a contemplar un mural considerado como patrimonio artístico y cultural de la humanidad, no sólo implica la obligación estatal de respetar la facultad que permite a *"Toda persona a contemplar el mural"* (acciones negativas), sino que también comprende la obligación de no descuidarlo, es decir, el Estado debe emprender acciones de mantenimiento, conservación y restauración para preservar dicho mural (acciones positivas). De acuerdo al ejemplo abordado, el mural puede constituir patrimonio tangible (monumentos y zonas arqueológicas) al cual *"Toda persona tiene derecho"*; e igualmente puede figurar la facultad que permite a *"Toda persona a tener acceso a una tradición",* a ello se le considera patrimonio intangible (lengua o tradiciones culturales) y también forma parte de los derechos culturales y en el cual, de igual manera, concurren obligaciones

estatales, tales como la promoción y difusión de dichas tradiciones. Otros ejemplos en torno a derechos culturales que se pueden citar son: el Estado no debe censurar cualquier manifestación artística y cultural, ni impedir el progreso científico y tecnológico, por lo tanto, el Estado debe propiciar la libertad de *"Toda persona para manifestarse y expresarse artísticamente"* e igualmente, la libertad de *"Toda persona para desarrollar tecnología y ciencias"*, incentivando así el mejoramiento en la calidad de vida dentro de la comunidad –como se ha visto en la exposición de los marcos jurídicos anteriores-, que en sí mismo, constituye una obligación estatal.

En este orden de ideas, la obligación estatal de proteger los derechos culturales incluye proveer todos los mecanismos jurídicos para que los autores de las creaciones artísticas y científicas sean reconocidos; y por ende, salvaguardar sus intereses, a menos que se interponga la aplicación de otro derecho fundamental, y por razón de ponderación el órgano jurisdiccional decidiera qué derecho debe prevalecer sobre otro. Incluye también la obligación del Estado para construir centros culturales, educativos y recreativos para que la comunidad tenga acceso a todas las manifestaciones artísticas, verbigracia: escuelas, talleres, seminarios, museos, archivos, bibliotecas, cine, espacios para conciertos musicales y obras de teatro, centros de cómputo con acceso a internet, espacios científicos, laboratorios, etc. Cabe precisar que la obligación de garantizar el derecho de acceso a la cultura podría incluir la adopción de medidas estatales de largo alcance, las cuales podrían consistir en la implementación de programas educativos para hacer eficientes las políticas culturales y que no permanezcan en meras aspiraciones.

Como se puede observar en los supuestos anteriormente citados, la armonización entre las obligaciones de no interferencia y las obligaciones de brindar la prestación correspondiente conlleva la disponibilidad de recursos económicos por parte del Estado. Esta situación de "condicionamiento" en la concreción del derecho de acceso a la cultura, no impide la exigibilidad de dicho derecho, por el contrario, son múltiples los aspectos que pueden ser exigibles ante

el órgano jurisdiccional competente, tanto de incumplimiento de acciones negativas como de cumplimiento de las positivas. En esta dirección, se considera necesario puntualizar enfáticamente que dicho "condicionamiento", no puede ser un obstáculo para el ejercicio pleno del derecho de acceso a la cultura, toda vez que en general, el desarrollo de la cultura está contemplado en el gasto público y por lo tanto, la infraestructura para su consecución debe plantearse como un proyecto en progresión constante de acuerdo al desarrollo que cada Estado vaya adquiriendo.[224] Víctor Abramovich y Christian Courtis plantean que las posibilidades de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales superan el marco del Estado y deben situarse en la cooperación internacional:

> "… aun en el contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones de este tipo supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria. Nuestra intención es la de señalar la necesidad de implementación de formas concretas de exigir el cumplimiento de esta autolimitación por parte del sujeto obligado (el Estado) y por iniciativa de los sujetos beneficiarios (las personas)."[225]

El planteamiento relativo a la exigibilidad del derecho de acceso a la cultura puede exponerse en el marco jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales (como se explicó en el capítulo segundo de esta investigación) lo que reviste cierta complejidad; en razón de la insuficiencia de casos que permitan realizar afirmaciones en torno a la aplicación de este derecho. No obstante, se revisarán los mecanismos jurídicos que prevén y suministran argumentos para hacer exigible el derecho de acceso a la cultura, como lo son: instrumentos internacionales y constituciones, es decir, normas de carácter fundamental

---

[224] Víctor M. Martínez Bullé Goyri menciona: "La conceptualización de los DESC incluye la idea de que difícilmente pueden ser exigibles de manera inmediata una vez que han sido consagrados en normas jurídicas, pues los Estados no cuentan con los recursos financieros para satisfacerlos. Por consiguiente, se establece el concepto de progresividad, esto es, que su cumplimiento es progresivo de acuerdo al desarrollo de los países y de los recursos que dispongan. Martínez Bullé Goyri, Víctor M. *La justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales*, Juan Carlos Gutiérrez Contreras Comp., México, 2005, p. 341.

[225] Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Hacia la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Estándares internacionales y Criterios de aplicación ante los tribunales locale*s, en Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez Comps. 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2001, p. 153.

positivizadas, los cuales pueden ser utilizados como medios idóneos para la defensa, y promoción jurídica de este derecho, a saber: en el supuesto de que el Estado en aras de mejorar la calidad de vida en una comunidad determinada incluya en sus políticas públicas la construcción de escuelas, talleres de artes, bibliotecas, archivos, salas de conciertos, salones de cómputo con internet, etc., y no lo hace, ¿qué se puede hacer al respecto? La práctica apunta que los derechos culturales en lo general y el derecho de acceso a la cultura en lo particular, carecen de exigibilidad, porque no cuentan con tribunales *ad hoc* para dirimir controversias que se presenten, tanto para exigirle al Estado la prestación correspondiente, como, para en caso de colisión con otros derechos, se realice la ponderación entre los derechos en pugna. En este sentido, guardan un "estado" de lo que debería ser exigible, es decir, una aspiración o buena intención, y no una realidad jurídica.

En este tenor, no se encuentra una ventaja práctica de los destinatarios de la norma que prescribe la obligación estatal y que por ende gozan del derecho de acceso a la cultura como derecho subjetivo, solamente hasta que se demuestre si la comunidad realmente se halla en condiciones de ejercer acción judicial para que el Estado brinde la prestación ante un eventual incumplimiento.

Lo anterior para considerar integralmente la concreción del derecho de acceso a la cultura; la cual, inicia desde la creación de las normas tanto fundamentales como las de carácter secundario para su aplicación. Como se ha podido observar, si bien existen las normas fundamentales que otorgan el derecho de acceso a la cultura se debe subrayar también, que todavía no se cuenta con una ley secundaria para su aplicación; en este contexto de insuficiencia, cuando se suscitara un caso concreto, la función del juez quedaría limitada porque al no tener los mecanismos jurídicos para su aplicación, se verá imposibilitado de dotar de contenido al derecho referido. Sin embargo, sería el momento indicado para que el juez en su resolución emplee su capacidad y fuerza argumentativa. En esta circunstancia, es menester señalar la disponibilidad de recursos materiales con los que cuenta el Estado para que la comunidad pueda gozar de los beneficios del

derecho de acceso a la cultura que por lo general, en países como el nuestro son limitados.

Derivado de lo anterior, se observa la dificultad con la que se percibe la exigibilidad del derecho de acceso a la cultura en México. Si bien es cierto que el derecho de acceso a la cultura es un derecho de carácter fundamental por las razones anteriormente expuestas, también lo es que de acuerdo al orden jurídico nacional actual se pueden vislumbrar avances significativos, no obstante, aún no se aprecia su alcance, a saber. El juicio de amparo es una institución protectora de los derechos fundamentales, hoy en día, dicha institución se ha visto fortalecida con las recientes reformas constitucionales, en virtud de que se amplió su procedencia respecto de cualquier norma general,[226] siempre y cuando se trate de violaciones a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que México sea parte con el propósito de que logren su exigibilidad y justiciabilidad para incrementar el desarrollo social y mejoramiento en la calidad de vida. Cabe mencionar que las reformas contienen la introducción de conceptos como interés legítimo, individual y colectivo, mismos a los ya nos hemos referido.

La reforma constitucional al integrar la figura de interés legítimo prevé que no sólo las personas que consideran afectado su derecho subjetivo puedan interponer el juicio de amparo, sino también las personas que en cualquier situación derivada del orden jurídico consideren vulnerado su derecho. En el caso que nos ocupa serán todas las personas que estimen lesionado su derecho de acceso a la cultura.[227] En este orden de ideas, la implicación apunta directamente

---

[226] La fracción primera del artículo 103 constitucional señala: "Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por **normas generales**, actos u omisiones de la autoridad que violen los **derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte…**"

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.

[227] La fracción primera del artículo 107 constitucional establece: "Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un **interés legítimo individual o colectivo**, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello

a los intereses difusos y tal como nos hemos referido anteriormente, son aquellos que corresponden a un número indeterminado de personas que no se encuentran agrupadas entre sí para su defensa, pero que en su conjunto se les puede considerar como víctimas de algún acto de autoridad y por lo tanto, pueden verse directamente afectadas por restricciones a sus derechos difusos.

Miguel Concha refiriéndose a la propuesta de reforma a la Ley de Amparo suscribe a los defensores de derechos culturales como posibles afectados en su esfera jurídica y que para defenderse de una afectación a su derecho difuso deberán acreditar interés legítimo; es decir, contar con un cuerpo normativo que los regule: *"En la propuesta de reforma no se regulan ni la substanciación del procedimiento ni los requisitos, efectos y otras consideraciones importantes para dar inicio al amparo colectivo, lo que deja a quienes lo interpongan en un estado de inseguridad jurídica, ya que por no existir norma específica, cada juzgador decidiría bajo su criterio cómo conducir el procedimiento".*[228]

El autor en comento menciona que la reforma debe integrar un apartado que contemple el amparo colectivo porque de avalarse como está actualmente, se incumpliría la obligación del Estado Mexicano de garantizar los derechos fundamentales porque al no regularse de manera específica un amparo colectivo, no se garantiza el derecho de las colectividades de acceso a la justicia. En esta dirección, para que el titular del derecho subjetivo o de un interés legítimo, individual o colectivo pueda invocar la protección del juicio de amparo *es necesario acreditar que ha sufrido una afectación directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico,* por lo que en esta parte de la reforma todavía queda un amplio margen para la aplicación del derecho, toda vez que faltan reglas de procedimiento, tanto para acreditar el interés legítimo como para acreditar la

---

se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.
Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa…"
Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.

[228] Concha, Miguel, Reforma a la Ley de Amparo, Sec. Política, La Jornada, 1 de octubre de 2011.

afectación. Dadas las situaciones que se han aportado a lo largo de la investigación, parece una historia infinita, sucede que el orden jurídico en muchos aspectos carece de especificidad y hace que los destinatarios de las normas jurídicas queden maniatados y que los derechos en ellas consagrados sean meramente enunciativos.

El concepto de interés jurídico en el juicio de amparo,[229] se identifica con el derecho subjetivo, en este tenor, se confunde la acción con la pretensión de hacer exigible un derecho como el de acceso a la cultura, mismo que además de considerársele como derecho fundamental, también puede dársele tratamiento de derecho prestacional y en un momento dado, el interés jurídico que estaría en juego sería de carácter difuso y que como corolario de lo antes expuesto, la resolución frente a un caso concreto le correspondería a un órgano jurisdiccional.

Derivado de lo arriba mencionado, la viabilidad jurídica de la concreción del derecho de acceso a la cultura en materia de amparo, puede vislumbrarse a través de dos medios básicamente: el primero que se relaciona contra cualquier acto de autoridad en el que se vea vulnerado dicho derecho, recurriendo a las normas jurídicas fundamentales como lo son la Constitución y los tratados internacionales firmados por nuestro país en materia de derechos humanos[230] como respaldo del derecho (particular o colectivo); o en su caso, el amparo contra leyes. Antonio Aramburu refiere que una vía para hacer exigible un derecho económico, social y cultural es el amparo contra leyes*: "Cuando encontremos una ley que vaya en*

[229] El concepto de interés jurídico en el juicio de amparo es el siguiente: el interés jurídico a que alude el artículo 73, fracción V, de la ley de amparo, consiste en el derecho que le asiste a un particular para reclamar, en la vía de amparo, algún acto violatorio de garantías individuales en su perjuicio, es decir, se refiere a un derecho subjetivo protegido por alguna norma legal que se ve afectado por el acto de autoridad ocasionando un perjuicio a su titular, esto es, una ofensa, daño o perjuicio en los derechos o intereses del particular. el juicio de amparo se ha instituido con el fin de asegurar el goce de las garantías individuales establecidas en la constitución general de la republica, cuando la violación atribuida a la autoridad responsable tenga efectos materiales que se traducen en un perjuicio real al solicitante del amparo. en conclusión, el interés jurídico se refiere a la titularidad de los derechos afectados con el acto reclamado de manera que el sujeto de tales derechos pueda ocurrir al juicio de garantías y no otra persona. 8a ÉPOCA | Jurisprudencia Definida por Reiteración de Criterios. www.info4jurídicas.unam.mx Fecha de consulta 15 de agosto 2011.

[230] Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte y en los que se reconocen derechos humanos de carácter general y en materia de derechos culturales, véase anexo en la página 181.

contra de uno de estos derechos, es muy importante que se piense en el amparo como una solución, porque el amparo da la pauta para que dicha ley sea modificada o, en el peor de los casos, sea interpretada de manera más congruente con el resto del sistema".[231] Pero, solamente en el caso de que hubiera una ley que regulara un derecho en particular, porque como se ha visto, los derechos económicos, sociales y culturales abarcan un sinnúmero de aspectos, éstos últimos en particular para desembocar precisamente en el derecho que se está investigando: el derecho de acceso a la cultura.

Por lo tanto, una posibilidad de exigibilidad del derecho de acceso a la cultura es el juicio de amparo, por cualquiera de los dos medios anteriormente expuestos, estimando agotadas las instancias nacionales. En este sentido, la pretensión llevará consigo la capacidad argumentativa, tanto de los defensores de los derechos económicos, sociales y culturales, como del juzgador o tribunal que conozca del caso concreto en que se viera vulnerado el derecho de acceso a la cultura. En la práctica no se han observado este tipo de casos, pero hipotéticamente se puede plantear: primero, que se agoten las instancias jurídicas nacionales y una vez agotadas, segundo, se puede recurrir a los organismos internacionales correspondientes. Rodolfo Arango en su experiencia en Colombia menciona la importancia de recurrir a instancias de carácter internacional:

> Un sistema jurídico nacional para proteger los Derechos Económicos, Sociales y Culturales depende del marco normativo. Sin embargo, lo que el derecho internacional supone en el Sistema Interamericano es una protección accesoria, coadyuvante y complementaria del régimen nacional. La idea es que si agotamos en términos de creatividad argumentativa, la protección a nivel nacional, tendremos la posibilidad de acudir a la jurisdicción internacional. La recomendación es en el sentido de observar el caso colombiano como un caso excepcional en el cual, gracias a una serie de factores se logró una Constitución sustantiva, con gran contenido en materia de protección y, al mismo tiempo, unos

[231] Aramburu, Antonio, *El juicio de amparo como instrumento de justiciabilidad de los Derechos económicos, sociales y culturales* en *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales*, Juan Carlos Gutiérrez Contreras Comp., México, 2005, p. 337.

mecanismos de acción y justicia constitucional efectivas que ayudan a la consecución de estos derechos. [232]

Otra posibilidad de exigibilidad del derecho de acceso a la cultura se encuentra en la vía internacional; si bien es cierto que no es una condición de exigibilidad el hecho de agotar las instancias nacionales, es menester subrayar como un mecanismo jurídico recomendable. En este orden de ideas, es viable que en el caso en que el derecho de acceso a la cultura se viera vulnerado podría someterse a una Corte Internacional, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, resultaría de gran impacto económico para quien o quienes ejercitaran la acción internacional, empero sería objeto de una investigación concreta al respecto.

En la actualidad, se reciben con optimismo las resoluciones internacionales en materia de derechos humanos, este auge ha impulsado reformas de carácter constitucional -como las anteriormente mencionadas- en las que la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen el mismo tratamiento jerárquico, lo que trae como consecuencia una evolución de los derechos humanos en cuanto a su aplicación y eficacia. Si el Estado mexicano toma en serio la aplicación en general de los derechos humanos, derivándose de ellos los derechos económicos, sociales y culturales; entonces, el derecho de acceso a la cultura, como derecho prestacional tendría el impacto que le corresponde para el desarrollo cultural de la sociedad, es decir, el Estado deberá considerar la importancia en la medida de sus posibilidades, de adoptar las prestaciones que dicho derecho implica, en virtud de que repercutirán directamente en el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

La aplicación de la legislación nacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales no concluye con acciones de inconstitucionalidad, impugnación de actos de autoridad, juicio de amparo, etc., sino que –como se mencionó- puede traspasar fronteras, por lo que, es de

[232] Arango, Rodolfo, *Experiencia Colombiana sobre la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales*, Juan Carlos Gutiérrez Contreras Comp., México, 2005, p. 332.

resaltarse la función en nuestro continente. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede ser la vía idónea para que el derecho de acceso a la cultura sea un derecho exigible.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos brinda oportunidades para la exigibilidad de los derechos culturales en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales; no obstante, en la práctica judicial existen ciertas problemáticas en los que se ha argumentado que los derechos de esta clasificación tienen características de los derechos civiles y políticos, en este sentido, se percibe la preferencia de optar por el tratamiento jurídico de esta última clasificación, a saber. Las áreas importantes a considerar en el sistema son: la amplia jurisdicción *ratione materiae* de la Comisión y la Corte bajo su competencia contenciosa; y la dinámica interacción entre los defensores y los órganos permitida a través del variado y creativamente utilizado sistema de mecanismos de promoción de la competencia de los órganos para emitir amplias ordenes de reparación en casos concretos y para mantener su jurisdicción hasta el pleno acatamiento de sus órdenes.[233]

Como se ha visto a lo largo de la investigación, existen diversos instrumentos jurídicos internacionales en los que están contemplados los derechos económicos, sociales y culturales; empero la Comisión y la Corte ejercen jurisdicción sobre la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969[234] y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador -presenta una mayor oportunidad para la exigibilidad-), entre otros. Aunque el sistema interamericano procura el uso estratégico de mecanismos que promueven la protección de los derechos humanos tales como los informes periódicos de los

[233] Melish, Tara, *El litigio supranacional de los Derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano* en *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales*, Juan Carlos Gutiérrez Contreras Comp., México, 2005, p. 175.

[234] Para los Estados que han ratificado la Convención Americana este tratado reemplaza a la Declaración como instrumento de aplicación ante peticiones individuales bajo la jurisdicción contenciosa de la Comisión y de la Corte. Ibíd. p. 176.

Estados en relación con las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar los derechos económicos, sociales y culturales; y establece medidas cautelares y provisionales; proporciona alcance y detalle de las sentencias de reparación, sólo se trata de acciones individuales y concretas. Es decir, en el caso del derecho de acceso a la cultura sólo podrá ser exigible si se trata de una acción individual, y a este respecto, sólo ha habido casos en relación con el derecho a la educación[235].

El derecho de acceso a la cultura además de considerársele como un derecho fundamental con sus características, también se ha abordado en este capítulo como un derecho prestacional, es decir, un derecho que necesariamente requiere de la intervención del Estado. En esta dirección, cuando se trata de efectuar una revisión respecto de los requisitos jurisdiccionales dentro del sistema interamericano, se observan algunos problemas que conllevan directamente a la justiciabilidad del derecho, aspecto que se revisará más adelante.

Tara Melish apunta la diferencia crítica e importante entre la función de promoción del sistema y las funciones contenciosas del mismo y destaca en primer lugar el agotamiento de los recursos internos y la existencia de un reclamo justiciable: *"Para acceder al Sistema Interamericano es imprescindible, como requisito jurisdiccional que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna antes de presentar una petición individual a la Comisión Interamericana".* El otro aspecto consiste en que la petición contenga un reclamo justiciable: *"Lo que importa es si un caso dado se enmarca o no en términos justiciables –es decir, que demuestre (1) daño concreto a una determinada persona o personas; y (2) un nexo causal entre la conducta del Estado y este daño".* [236]

[235] En 1999, la Comisión respondió ante la expulsión arbitraria de una joven niña de una escuela primaria requiriendo que el Estado adoptara medidas necesarias a fin de que la niña "no fuera privada del derecho de asistir a clases y de recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana. Ibíd. p. 188.
[236] Ibíd. pp. 209-210.

Cabe recordar que el derecho de acceso a la cultura puede configurarse como derecho difuso, lo que implica gran dificultad para la determinación o identificación de las personas a las que se les pudiera vulnerar dicho derecho. Entonces para el Sistema Interamericano, si las personas no son identificables, los derechos no son justiciables. En procesos contenciosos la responsabilidad internacional solamente puede generarse a través de una conducta del Estado, es decir, debe de haber un acto directo que causa daño concreto a las víctimas o una omisión donde el Estado tenía la obligación de actuar y no lo hizo, con el resultado (nexo causal) de que una determinada sufrió daño concreto.

Derivado de lo anterior, resulta indispensable subrayar la falta de investigación en cuanto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y en especial el derecho de acceso a la cultura porque nos enfrentamos ante una gran opacidad en su estudio y discusión. No obstante, se reconocen esfuerzos para impulsar los argumentos para reivindicar los derechos económicos, sociales y culturales tanto en el ámbito de la dogmática jurídica, como en el de la práctica jurisdiccional. Abramovich y Courtis distinguen dos tipos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en los que se exponen básicamente estrategias para casos concretos[237]:

La **exigibilidad directa** consiste en que el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación directa del derecho económico social o cultural, y a partir del reclamo judicial comprende dos segmentos: Primero, *la declaración de que la omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión*, la cual consiste en la resolución de un juicio de comparación de las medidas que el Estado debió haber adoptado para proteger un derecho, con las medidas efectivamente adoptadas por él. Para ello, es de gran utilidad el uso de indicadores numéricos o estadísticos. Segundo, *el emplazamiento al Estado de realizar la conducta debida*, la cual se concreta cuando se establece de manera precisa la conducta que debe realizar el Estado para reparar la violación; y en el

[237] Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2ª ed. España, 2004, pp. 132-249.

caso de los derechos económicos, sociales y culturales, la reparación consiste en la adopción de las medidas omitidas para garantizar o satisfacer el derecho.

La **exigibilidad indirecta** surge de la imposibilidad de ejercer la tutela judicial directa de un derecho social, por lo que se recurre a diversas estrategias para protegerlo indirectamente. En este tipo de exigibilidad se aprovechan las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos. La estrategia más común en los tribunales suele ser la invocación de los derechos civiles y políticos[238]. Para la implementación de esta estrategia es menester enfatizar en las acciones positivas estatales de los derechos civiles y políticos, en este sentido señalan los autores que en muchos casos, si el Estado se limitara a no intervenir, su comportamiento no garantizaría el goce del derecho lo que equivaldría dejar al ciudadano a su propia suerte. Otra vía de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales consiste en invocar los nuevos derechos sociales -como se ha señalado en apartados anteriores- son los que tutelan los intereses difusos, lo cual equivale a utilizar los derechos sociales "fuertes" y sus mecanismos de tutela, para proteger los derechos sociales "debilitados".

Como corolario de este rubro, se resaltarán las reflexiones de Tara Melish respecto a la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales:

> "Como defensores debemos utilizar nuestra creatividad y los diversos mecanismos que estén a nuestro alcance –ya sea judiciales, políticos, legislativos, así como aquellos relacionados con la acción directa y la acción en los medios de comunicación- para asegurar la total y la plena defesa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ningún mecanismo por sí solo es suficiente, particularmente los mecanismos judiciales. Aún así, la exigibilidad judicial es necesaria e indispensable. Sin ella, jamás lograríamos superar la opinión –aún fuerte y atrincherada en el Sistema Interamericano- de los Derechos

[238] Esta estrategia consiste en "recontextualizar" o "traducir" la violación de derechos económicos, sociales y culturales, en violaciones a derechos civiles y políticos conexos, cuya justiciabilidad no está puesta en duda. La conexión teórica y práctica entre algunos derechos resulta obvia: por ejemplo: el derecho a la vida, y el derecho a la salud, o el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda, el derecho de asociación y los derechos sindicales, la libertad de expresión, etc. Se han planteado también conexiones entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la intimidad, y entre éste y los derechos culturales, etc. Ídem.

Económicos, Sociales y Culturales son objetivos programáticos a ser realizados progresivamente para la totalidad de la población, mientras que los derechos civiles y políticos son inmediatos, individuales y están inmunes a los constreñimientos de los recursos disponibles del Estado."[239]

Una vez expuesto el contexto de exigibilidad del derecho de acceso a la cultura en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, en el cual, como se observó existen diversas vías para hacer exigible dicho derecho. Las posibilidades para la exigibilidad del derecho de acceso a la cultura han sido expuestas con sus fortalezas y debilidades, en esta dirección, se observó que en general los derechos económicos, sociales y culturales, enfrentan serios obstáculos para que sean realmente derechos justiciables, por lo que la cuestión versa: el derecho de acceso a la cultura es un derecho fundamental, toda vez que está posivizado en normas de carácter fundamental y le corresponde a *"Todos",* dado el carácter fundamental del derecho, se presenta la obligación correlativa de los demás, incluyendo al Estado, por lo que, para tener el derecho de acceso a la cultura el Estado debe de brindar la prestación correspondiente. De las numerosas y diversas obligaciones estatales se resalta la de hacer justiciables los derechos. Precisamente, el siguiente punto a tratar es relativo en torno a la justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura.

4.5. Justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura.

Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden la justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho[240]. O, como se dijo anteriormente, si un Estado cumple habitualmente con satisfacer determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social, absolutamente nadie podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho

[239]Melish, Tara, *op.cit*. p. 218.
[240] Abramovich, Víctor y Christian Courtis*, op. cit*., p. 37.

como derecho subjetivo, hasta comprobar si la población se encuentra en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Si se retoma el ejemplo en que el Estado debe de brindar la prestación de conservar un mural, una escultura, un museo, archivo o biblioteca, o bien propiciar la creación de obras por medio de la creación de escuelas o talleres; entonces, lo que calificará la existencia del derecho será el ejercicio de una acción jurídica en la que el titular de dicho derecho, pueda exigir el cumplimiento de la obligación debida. A este respecto Abramovich y Courtis subrayan que *considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida- el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto del derecho*.[241]

No obstante, la reflexión en torno a la exigibilidad y justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura se aprecia con cierto resquemor, porque las disposiciones normativas que regulan a los derechos económicos, sociales y culturales gozan de amplio margen en cuanto a las obligaciones estatales.

La amplitud anteriormente mencionada, dificulta dicha exigibilidad y justiciabilidad en virtud de carecer de especificidad de los deberes estatales. Más aún, cuando se trata de los derechos culturales y como se observó en los capítulos anteriores, no existe instrumento jurídico tanto nacional como internacional[242] que enumere cuales son, y en esta dirección cuales serían las prestaciones que el Estado tiene la obligación de brindar, lo que no implica que exista exigibilidad y por ende, justiciabilidad vía argumentación jurídica, y en este sentido, hacer la adscripción como derecho fundamental. Lo anterior, utilizando todos los recursos de índole jurídica, lo que acarrea capacidad creativa.

---

[241] Ibíd. p. 154.

[242] En el plano internacional, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituyen un buen ejemplo de esta tarea de especificación del contenido de los derechos establecidos en el PIDESC. De manera similar, las observaciones y recomendaciones del Comité frente a los Informes de cada uno de los países signatarios, se aproximan funcionalmente a la "jurisprudencia" a nivel local, ya que analizan el cumplimiento o incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones establecidas en el PIDESC en situaciones concretas de carácter general. Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *op. cit*. p. 123.

Asimismo, la consideración de que en las Observaciones Generales del Comité de Derechos económicos, Sociales y Culturales, no se registra ningún caso en que el Estado haya incumplido con las obligaciones prestacionales concernientes al derecho de acceso a la cultura; y en este tenor, tampoco se encuentra ninguna fuente de carácter jurisdiccional que proporcione una directriz para la descripción del contenido del derecho en cuestión. Aunado a lo anterior, cabe resaltar la falta de legislación específica como sería en este caso, la ley de acceso a la cultura. Si bien es cierto, hubo un gran avance en materia constitucional nacional para incluir el derecho de acceso a la cultura y hacer un adscripción de éste como derecho fundamental, también lo es, que el legislador ha sido omiso para la creación de una ley general y; subsecuentemente, la escasez de casos impide hacer una descripción de las obligaciones estatales.

Sin embargo, se considera que existen argumentos en los cuales el órgano jurisdiccional o el jurista pueden hacer la adscripción correspondiente, es decir, apegados a la racionalidad estar facultados para discernir la aplicación del derecho de acceso a la cultura, tanto en la acción positiva del Estado, como en su acción negativa; así como su probable colisión con otros derechos.

Para finalizar con la investigación, el último rubro a tratar será una reflexión en cuanto a la visión actual de los derechos, lo que implica un nuevo paradigma para la exigibilidad y justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura.

4.6. Reflexión en torno a la exigibilidad y justiciabilidad del derecho de acceso a la cultura en la actualidad.

A lo largo de la investigación se ha razonado la forma operativa de los derechos; sea en el ámbito individual del derecho subjetivo o, sea en el ámbito colectivo con los derechos difusos; y en esta dirección, las colisiones a las que se pueden enfrentar entre sí.

Asimismo, fueron revisados los derechos desde las diversas perspectivas que proporciona la dogmática jurídica; y en dicha revisión se señaló puntualmente desde la titularidad hasta el contenido mismo de los derechos. La tarea ha sido

compleja debido a la limitada regulación de los derechos culturales, no sólo en nuestro país, sino también en la esfera internacional.

Dada esta situación, la propuesta principal de la investigación consistió en exponer los marcos teórico-jurídicos correspondientes a las temáticas que atañen al punto central: el *Derecho de Acceso a la Cultura*. De esta manera fue expuesto el marco teórico-jurídico de los Derechos Fundamentales desde la teoría jurídica contemporánea, el de los Derechos Culturales, y así extraer el concepto de Derecho de Acceso a la Cultura; posteriormente, la confrontación de dicho Derecho de Acceso a la Cultura frente al Derecho de Autor, en esta revisión nos percatamos de la existencia de tensión entre uno y otro derecho, lo que generaba mayor dificultad para el encuadre jurídico. Lo anterior, nos condujo al estudio de la exigibilidad y justiciabilidad del Derecho de Acceso a la Cultura, y en este tenor, la propuesta consistió en invocar toda nuestra capacidad creativa para formular argumentos a favor de que *"Toda persona tenga el derecho de acceso a la cultura".* Sobretodo porque durante la investigación se observó que actualmente existe abundancia de bienes culturales en todas sus expresiones, en virtud de que la digitalización ha disminuido los costes de reproducción, distribución, y comunicación de las obras, lo que acarrea prácticamente el libre acceso a dichos bienes y propicia el acercamiento entre el autor y su público. Este acercamiento pretende establecer un vínculo de identidad como al principio donde hombre y pueblo se unifican y retroalimentan.

Durante la investigación se observó que las nuevas tecnologías brindan espacios en los que la convergencia del autor con la comunidad es inminente. Ello propicia que las obras puedan ser modificadas e incluso sustraídas trasgrediendo así todas las normas autorales, no obstante, se observó también que el autor o creador de la obra está dispuesto a correr el riesgo con el propósito de que su creación sea conocida, siempre y cuando se respete su derecho moral de paternidad. En este sentido, Ariel Kyrou refiriéndose a las imágenes, los anuncios e incluso las obras vendidas y escuchadas miles de veces subraya que las obras

deberían pasar automáticamente de un régimen de copyright a otro de "*copyleft*[243]*,* es decir, el autor mismo puede dar la pauta para que toda persona tenga el derecho de acceso a la cultura.

Los derechos de autor actualmente no son como fueron concebidos en otros tiempos, sino que han ido transformándose. Si bien es cierto que fueron pensados como privilegios[244] o incentivos para que los creadores no dejaran de plasmar sus sentimientos y emociones, también lo es, que hoy en día, la producción creativa se ha visto rebasada en virtud de que el autor posee nuevas y mejores herramientas para que su obra pueda ser divulgada más allá de su comunidad y de manera casi instantánea. De tal suerte que se presume la abundancia en la producción y reproducción de bienes culturales debido al uso de las redes digitales. La finalidad que persigue la digitalización de las obras consiste en poner al alcance de *toda persona*, una obra y; además establecer el contacto directo del autor con el público. Sin embrago, no todas las personas tienen acceso a los medios digitales, por lo que la brecha entre pobres y ricos se hace cada día más grande; y consecuentemente, el ejercicio de *toda persona a tener derecho de*

[243] El copyleft, o "izquierda de autor", es una aplicación de los principios del software libre al mundo del arte. Al estar el código fuente de su programa abierto a todo el mundo, cada persona puede utilizar, mejorar o manipular a su gusto el software libre. De la misma manera, la creación en copyleft permite al espectador convertirse en actor. Si quiere respetar ciertas reglas, como la mención explícita del artista y la obra de origen, tiene todo el derecho de remezclarla, modificarla, alargarla, torcerla, citarla, robarla, digerirla, vomitarla o dejarla como está. Se acabó la separación entre los creadores y los espectadores, entre autores y lectores. El público improvisa su arte. Kyrou, Ariel, *Epílogo del plagio. El sampling como juego o acto artístico*, en *Capitalismo Cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva,* Trad. Emmanuel Rodríguez López y Raúl Sánchez Cedillo, Edit. Traficantes de Sueños, Madrid, 2004.

[244] Moulier Boutang refiere a los privilegios destinados a los encargados de la reproducción de las obras, mismos que tenían un término: "La determinación de los derechos de propiedad intelectual agota tanto o más esta lógica a medida que su carácter de bien colectivo, reconoce desde el siglo XVI con el "privilegio real", y acordado con los impresores, acaba con el espacio del mercado que deviene autófago. La mercantilización predadora acaba con las posibilidades de reproducción de la creación. Las posibilidades de reproducción de los manuscritos bajo la forma impresa descubierta por Gutenberg, junto a la inexistencia de un aparato de coerción capaz de hacer respetar la propiedad comercial del soporte impreso, condujo a los impresores a aceptar la tutela de la censura, pero reconocía igualmente el carácter limitado en el tiempo de la cesión de derechos". Boutang, Moulier, *Riqueza, propiedad, libertad y renta en el capitalismo cognitivo*, en *Capitalismo Cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva,* Trad. Emmanuel Rodríguez López y Raúl Sánchez Cedillo, Edit. Traficantes de Sueños, Madrid, 2004.

acceso a la cultura sólo será para aquellos que cuenten con medios electrónicos y redes digitales.

En este supuesto, cabría establecer la posibilidad en que hipotéticamente lo que impida el acceso a la cultura no sea la ausencia de los mecanismos jurídicos (tanto en normatividad como en el establecimiento de órganos jurisdiccionales), sino se trata de disponibilidad de los recursos económicos destinados a la producción de bienes culturales; es decir, solamente las regiones o particularmente las personas que tengan los medios económicos para tener acceso a todas las tecnologías de la información y comunicación, así como acceso a internet, podrán ejercer plenamente el derecho de acceso a la cultura solamente en el sentido al que nos estamos refiriendo.

Para concluir esta reflexión, es menester considerar que la producción de materiales jurídicos de acuerdo a lo revisado en los capítulos anteriores forma parte de la cultura, es decir, son manifestaciones de la expresión del hombre como ser individual y sobretodo como pueblo. Cabe recordar que uno de los fines del derecho es el bien común, y en ese tenor, constituye un bien cultural en toda la extensión de la palabra. No es pretensión plantear un debate en el que nos lleve a un callejón sin salida, no obstante, se plantean las siguientes coyunturas: Si el Derecho es una creación cultural del hombre como ser individual y como pueblo ¿Por qué la norma jurídica (creación del hombre) le otorga derechos al hombre para que exteriorice sus sentimientos y emociones? ¿Qué es aquello que otorga la permisión correspondiente?

No solamente podría generar discusión la libertad del hombre para concebir Derecho como creación cultural, es decir, como la permisión para producir materiales jurídicos, también la permisión que tiene *Toda persona* para la reproducción, distribución, divulgación, etc. de dichos materiales jurídicos (normas jurídicas, resoluciones judiciales, etc.). Lo anterior, en virtud de que el Derecho a pesar de ser una creación de carácter intelectual, a nadie se le atribuye la calidad de autor, y en este sentido, si no se reproducen todos los materiales jurídicos, también se incurre en una violación al principio de legalidad, el cual constituye una

garantía constitucional y se perdería por completo la seguridad jurídica. En palabras de Javier de la Cueva: *"Si no pudiéramos copiar la ley, ni las resoluciones, nuestro trabajo sería imposible. Sin copyleft de origen constitucional, no existiría una arquitectura respetuosa con los derechos fundamentales de los ciudadanos."*[245]

Las cuestiones anteriores quedan expuestas como punto culminante de la investigación: El Derecho de Acceso a la Cultura tiene más argumentos jurídicos a favor para hacerlo exigible y justiciable que en contra. El derecho fundamental que posee *Toda persona para gozar del derecho de acceso a la cultura* debe prevalecer sobre derechos de carácter individual. El autor siempre tiene la alternativa jurídica para elegir la forma en que ha de explotar su obra; y el Estado debe brindar la prestación correspondiente para que se cristalice dicho derecho y beneficie a la comunidad en su totalidad.

[245] De la Cueva, Javier, *El derecho es copyleft. O la libertad de copiar leyes*, en *Copyleft Manual de Uso,* Traficantes de Sueños, Madrid, 2006, p. 157.

Conclusiones

PRIMERA.- De conformidad a la hipótesis propuesta en la que se planteaba la posibilidad de ubicar el derecho de acceso a la cultura como un derecho fundamental; y de ser así, se planteaba la posibilidad jurídica a partir de los derechos económicos sociales y culturales de reconocerse como un derecho exigible y justiciable. Los derechos fundamentales son aquellos que provienen de una norma válida de derecho fundamental; dichas normas pueden ser estatuidas directamente de la Constitución, de tratados internacionales o pueden ser adscritas a través de una argumentación iusfundamental correcta. La norma válida de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo y éste debe estar positivizado mediante un criterio formal. La norma jurídica fundamental implícitamente abarca el otorgamiento de derechos; y a su vez conlleva la imposición de deberes.

SEGUNDA.- El alcance jurídico de los derechos fundamentales se aprecia tanto en la titularidad como en su contenido. La universalidad característica de los derechos fundamentales se refiere, por un lado, a la determinación de la clase de sujetos sobre la que recaen los derechos, y por otro, a los destinatarios de las obligaciones generales y especiales que implican los mismos derechos. El derecho fundamental no sólo concierne al titular del derecho, además, incluye al titular del deber.

TERCERA.- Los derechos fundamentales implican que el Estado omita intervenciones y a su vez, se encargue de que terceros también se abstengan, en virtud de que se consideran directrices e irán destinadas a acciones negativas del Estado, y por lo tanto, serán deberes con carácter de principios. Al Estado también le corresponden acciones positivas, mismas que se refieren a deberes de prestación.

CUARTA.- En la práctica judicial pueden darse colisiones producidas entre los contenidos de las normas fundamentales, por lo que el órgano jurisdiccional debe estimar los criterios suministrados por la dogmática jurídica para fundamentar su

decisión. Dichos criterios llevan en sí mismos fortalezas y debilidades al momento de ser aplicados al caso concreto; conforme a lo examinado en la investigación van desde un razonamiento jurídico, el cual implica la ponderación de principios; un argumento político con objetivo colectivo; o la consideración de argumentos de textura abierta basados en la moral, bienestar social, expectativas, etc., o establecer el fin al que se pretende llegar mediante la competencia de la autoridad encargada de la aplicación, o mediante la armonización de los derechos.

QUINTA.- En la disertación de los derechos culturales se observó que son diversas las disciplinas que los estudian tales como la Antropología, la Sociología, la Filosofía, etc. En este tenor, se revisó el concepto de cultura y se consideró aquel que supone a la cultura como aquella trama tejida por acciones simbólicas creada por el hombre, toda vez que el hombre en su afán de tener conciencia de sí mismo; de entender la función que desempeña en la comunidad; de la necesidad de comunicarse con los demás; de lograr un sentimiento de pertenencia; de exteriorizar sus sentimientos y emociones como ser individual… crea. Y al crear, estampa su ser individual convirtiéndolo en pueblo. La noción de cultura se muestra como la comunión entre hombre y pueblo, en este sentido, el estudio de la cultura debe ser multidisciplinario.

SEXTA.- Considerando al acto de creación como la expresión del hombre exteriorizada a través de las formas que la posibiliten, entonces dicho acto será también expresión del pueblo mismo. El acto de creación es una acción simbólica susceptible de interpretarse como generadora de cultura, por lo que se propicia una relación dialéctica de cultura hacia el hombre mediante la enseñanza o la necesidad de compartir lo conocido o creado. El hombre crea; y dicha creación genera innumerables aspectos que tendrán repercusión tanto en el hombre mismo como en sus relaciones con los demás. Es entonces, cuando la urdimbre revela diversas condiciones de posibilidad, el hombre crea como mera expresión de su ser. El acto de creación del hombre visto como la exteriorización de sus sentimientos y emociones dará origen a una obra, misma que consiste en la fusión entre ser individual y ser colectivo. El ser humano trasciende desde el acto de

creación hasta la construcción de un patrimonio en comunidad, forja la identidad propia y la del pueblo. La creación de una obra cultural no es parte del todo, sino el todo mismo. El hombre al compartir su creación con los demás, genera posibilidades para propiciar el desarrollo tanto de sí mismo como el de su comunidad. . La relación que vincula al creador como pueblo, conforma la unidad que permite el desarrollo y progreso de la sociedad, y por lo tanto, el mejoramiento de la calidad de vida, con todo y lo debatible que esto pudiera resultar.

SÉPTIMA.- Los derechos culturales forman parte de los derechos económicos y sociales, son derechos en que el Estado debe brindar la prestación correspondiente. Los derechos culturales constituyen derechos de carácter fundamental, en virtud de que son derechos reconocidos por una norma válida de derecho fundamental (Constituciones o tratados internacionales). Los derechos culturales son aquellos que garantizan el desarrollo libre e igualitario de los seres humanos en esa capacidad singular que tenemos de poder simbolizar y crear sentidos de vida que podemos comunicar a otros.

OCTAVA.- Los derechos culturales como derechos fundamentales requieren de la protección y el fomento estatal de todo lo que ha exteriorizado (en el patrimonio cultural de la humanidad), manifiesta y expresará (en las nuevas tecnologías de la información y comunicación) culturalmente el hombre, como ser y como pueblo, lo que implica que el concepto constantemente se transforme, sin embargo la relación dialéctica entre el hombre y la cultura es perenne, es su determinación esencial. Las consecuencias de la transformación del concepto, se perciben en la discusión internacional en torno a la vigencia, contenido y exigencia de los derechos culturales en las políticas públicas de los Estados para su promoción.

NOVENA.- Los derechos culturales abarcan diversas facultades: el derecho de acceso al conocimiento de las creaciones e invenciones que bajo la premisa de la libertad de creación, el individuo haya realizado. Es decir, el individuo como productor de cultura y al mismo tiempo la cultura como producto al que toda persona tiene permitido el (derecho de) acceso; el derecho comprende los medios y espacios que faciliten y propicien el acceso a la cultura (museos, salas de

conciertos, teatros, cines, bibliotecas, internet, etc.) y a su vez, favorezcan al individuo como productor de cultura, es decir, espacios en los que florezca su capacidad de creación (academias, talleres, escuelas, etc.). Lo anterior, supone las obligaciones estatales correspondientes: no interferir en el derecho; velar para que los demás no interfieran y; aportar los recursos necesarios que den viabilidad para que todas las personas ejerciten el derecho

DÉCIMA.- Los derechos culturales estatuidos en los tratados internacionales comprenden: la facultad que tiene toda persona para acceder y conservar su patrimonio cultural; de acceder a la vida cultural, entendiéndose dicho ejercicio como la permisión de toda persona para expresarse en el o los idiomas de su elección; la facultad para ejercer las prácticas culturales y modo de vida asociado a sus valores culturales; para desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, para emprender investigaciones y participar de las formas de creación y sus beneficios. Asimismo, dicha facultad comprende el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras fruto de su actividad cultural (derecho de autor); y por último, la facultad de toda persona a elegir su identidad cultural.

DÉCIMA PRIMERA.- El derecho de toda persona al acceso a la cultura como el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales provienen de la misma naturaleza jurídica; aparentemente buscan la protección del mismo bien jurídico: la cultura, sin embargo, existen discrepancias y pueden entrar en tensión porque la línea divisoria en ambos suele verse tenue en virtud de la proliferación de las nuevas tecnologías de información y comunicación.

DÉCIMA SEGUNDA.- En la investigación se realizó un desarrollo puntualizado de las facultades que contiene el derecho de autor y que están previstas en legislaciones del ámbito jurídico nacional e internacional. El derecho de autor dispone de mecanismos jurídicos especializados para exigir su cumplimiento, es decir, órganos especializados en la materia para dirimir controversias; además cuenta con sociedades de gestión colectiva que se encargan de velar por la protección sus intereses en caso de controversia.

DÉCIMA TERCERA.- En la actualidad el desarrollo de los medios tecnológicos ha favorecido la tensión entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura, por lo que resulta compleja la función que debe desempeñar el Estado para garantizar el cabal cumplimiento de dichos derechos simultáneamente, dado que hoy en día, la balanza parece verse inclinada al derecho de autor. En caso de colisión de derechos, el órgano encargado de la aplicación, tendría que recurrir a la ponderación, toda vez que ambos provienen de la misma naturaleza jurídica, ambos son derechos culturales.

DÉCIMA CUARTA.- El derecho de acceso a la cultura no cuenta con la estructura jurídica del derecho de autor; es decir, no dispone de un ordenamiento jurídico especializado que regule los medios para su protección y exigibilidad, ni con alguna sociedad u organización que vigile su cumplimiento. Aunque está previsto en la Constitución, no cuenta con una ley reglamentaria. Ambos derechos implican la acción del Estado para brindar la prestación correspondiente y disponer de los recursos que tenga a su alcance para lograr la cristalización de los derechos. Dicha función consiste desde legislar en la materia, establecer políticas públicas hasta garantizar el cumplimiento de los derechos culturales; lo anterior, mediante el empleo de mecanismos jurídicos y organizacionales que los hagan exigibles y justiciables.

DÉCIMA QUINTA.- El derecho de autor sólo regula a una determinada clase de sujetos, el derecho de acceso a la cultura regula a toda persona, por lo tanto, el concepto que se pretende distinguir reviste cierta complejidad porque al parecer el establecimiento de la igualdad presumiblemente puede estar en manos del órgano aplicador y no del legislativo. En este tenor, surge la necesidad de determinar cuáles son los rasgos que representan una razón para establecer un tratamiento igual o desigual. Si se sigue la perspectiva de invocar el precepto constitucional, entonces el fundamento que prevalecerá al momento de realizar la aplicación del derecho, será (de acuerdo al caso concreto) aquella que se ajuste a la norma fundamental en el marco de la racionalidad. El principio de igualdad consiste en la exigencia de fundamentación racional de juicios de valor de acuerdo al caso

concreto, juicios en los que se determinará la consecuencia jurídica correspondiente. La referencia a los criterios de ponderación implica una justificación racional de la decisión que emita el órgano jurisdiccional.

DÉCIMA SEXTA.- El análisis del derecho de acceso a la cultura en cuanto a su exigibilidad y justiciabilidad, puede ser vislumbrada a partir de la descripción de los derechos prestacionales; toda vez que resulta útil como argumento para que sea racionalmente un derecho exigible y justiciable. El cumplimiento de las obligaciones de los Estados contraídas en instrumentos internacionales comprende la utilización de todos los medios apropiados para la utilización eficaz de los recursos. Cuando un Estado deja de cumplir con una obligación internacional constituye una violación y por lo tanto se incurre en responsabilidad internacional. En virtud de lo anterior, para el ejercicio del derecho de acceso a la cultura, sus titulares precisan de una participación básica de los bienes materiales que involucran a la cultura.

DÉCIMA SÉPTIMA.- El ejercicio de los derechos culturales en general, así como el ejercicio del derecho de acceso a la cultura en particular, requieren necesariamente de acciones positivas por parte del Estado, es decir, aquellas acciones que implican obligaciones estatales convertidas en la aportación de recursos. Dichas obligaciones consisten dar bienes o, servicios o, realizar actividades que si tuvieran los medios, los titulares del derecho, podrían adquirirlos. A este último aspecto, es lo que se considera derechos prestacionales en sentido estricto. Por lo tanto, el derecho de acceso a la cultura genera obligaciones frente a los poderes públicos, y lo hace desde la Constitución.

DÉCIMA OCTAVA.- Los derechos prestacionales no son auténticos derechos fundamentales, sino normas programáticas. Las exigencias prestacionales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. Para considerar que el derecho de acceso a la cultura es un derecho de carácter prestacional y auténtico derecho

fundamental susceptible de tutela jurídica, es necesario que las prestaciones a las cuales va encaminado dicho derecho, requieran de capacidad organizativa, del diseño de servicios públicos, y el empleo de los recursos financieros que permitan su concreción.

DÉCIMA NOVENA.- El derecho de acceso a la cultura puede considerársele como un derecho que atañe a la colectividad, entonces, se planteó el supuesto de que si el derecho de acceso a la cultura fuera ejercitado como un derecho de la colectividad o interés difuso, propiciaría vínculos con características propias y por lo tanto, su protección se extendería cualitativa y cuantitativamente. Una comunidad puede ejercitar una acción colectiva en contra de quien estuviere obligado a brindar la prestación correspondiente es decir, el Estado, y éste en la medida de sus posibilidades en cuanto a los recursos económicos disponibles debe otorgarla; en virtud de que la comunidad es el centro de toda manifestación y expresión artística del ser como hombre y como pueblo.

VIGÉSIMA.- Son diversas y complejas las imprecisiones a las que se enfrentan derechos de la misma naturaleza jurídica, como lo son el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura y se concluye lo siguiente: son derechos con finalidades similares en los que se aspira el desarrollo y el conocimiento para todas las personas; derechos en los que se debate si realmente se persigue el bienestar para el mayor número de personas; derechos que implican acciones estatales; derechos en los que resulta difícil detectar hacia quién va destinada la protección. Este último aspecto, se considera trascendental porque los bienes culturales (llámense obras, patrimonio cultural de la humanidad, lenguaje, identidad, etc.) también pueden ser vistos como bienes de consumo, toda vez que en términos económicos derraman ganancias para un sector de la población y pérdidas para otro.

VIGÉSIMA PRIMERA.- El derecho de acceso a la cultura vincula a la comunidad con la obra y por ende con su creador, no obstante, en la actualidad el vínculo se extiende traspasando fronteras y establece un diálogo entre diversas culturas, mismo que favorecerá la diseminación y la dispersión de las referencias culturales.

Por ello, la titularidad del derecho puede referirse como interés difuso y con apremio de ser atendido por los poderes estatales. Esta situación de diseminación y dispersión de bienes culturales resulta adversa en ocasiones porque induce a la pérdida de bienes que reflejan la identidad de los pueblos; y a su vez, que se impongan otros con hegemonía dominante y acumulen lo que se denomina capital simbólico y económico a través de la cultura.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- La obligación de garantizar el derecho de acceso a la cultura incluye la adopción de medidas estatales de largo alcance, las cuales podrían consistir en la implementación de programas educativos para hacer eficientes las políticas culturales y que no permanezcan en meras aspiraciones. Dichas obligaciones estatales de brindar la prestación correspondiente conlleva la disponibilidad de recursos económicos por parte del Estado. Esta situación de "condicionamiento" en la concreción del derecho no impide la exigibilidad del derecho. Este "condicionamiento" no debe ser un obstáculo para el ejercicio pleno del derecho de acceso a la cultura, porque el desarrollo de la cultura está contemplado en el gasto público y por lo tanto, la infraestructura para su consecución debe plantearse como un proyecto en progresión constante de acuerdo al desarrollo de cada Estado.

VIGÉSIMA TERCERA.- El derecho de acceso a la cultura está consagrado en normas fundamentales, no obstante, se debe subrayar que todavía no se cuenta con una ley reglamentaria para su aplicación; en este contexto de insuficiencia, la función del juez en el caso concreto, quedaría limitada al no tener los mecanismos jurídicos para su aplicación, y por lo tanto se vería imposibilitado de dotar de contenido al derecho referido. Éste sería el momento indicado para que el juez en su resolución emplee su capacidad y fuerza argumentativa.

VIGÉSIMA CUARTA.- Una posibilidad de exigibilidad del derecho de acceso a la cultura es el juicio de amparo, en este sentido, la pretensión llevará consigo la capacidad argumentativa de los defensores y del juzgador que conozca del caso concreto en que se viera vulnerado el derecho de acceso a la cultura. En la práctica no se han observado este tipo de casos, pero hipotéticamente se puede

plantear que se agoten las instancias jurídicas nacionales para después recurrir a los organismos internacionales correspondientes, aunque no es una condición de exigibilidad el hecho de agotar las instancias nacionales.

VIGÉSIMA QUINTA.- El derecho de acceso a la cultura puede configurarse como derecho difuso, lo que implica gran dificultad para la determinación o identificación de las personas a las que se les pudiera vulnerar dicho derecho, para el Sistema Interamericano, si las personas no son identificables, los derechos no son justiciables. En procesos contenciosos la responsabilidad internacional solamente puede generarse a través de una conducta del Estado, es decir, debe de haber un acto directo que causa daño concreto a las víctimas o una omisión donde el Estado tenía la obligación de actuar y no lo hizo, con el resultado de que una determinada sufrió daño concreto. Resulta indispensable subrayar la falta de investigación en cuanto a la exigibilidad de los derechos culturales, y en especial el derecho de acceso a la cultura porque nos enfrentamos ante una gran opacidad en su estudio y discusión. No obstante, se reconocen esfuerzos para impulsar los argumentos para reivindicar dichos derechos en el ámbito de la dogmática jurídica.

VIGÉSIMA SEXTA.- En la actualidad, se reciben con optimismo las resoluciones internacionales en materia de derechos humanos, este auge ha impulsado reformas de carácter constitucional, lo que trae como consecuencia una evolución de los derechos humanos en cuanto a su aplicación y eficacia. Si el Estado Mexicano toma en serio la aplicación en general de los derechos humanos, derivándose de ellos los derechos económicos, sociales y culturales; entonces, el derecho de acceso a la cultura, como derecho prestacional tendría el impacto que le corresponde para el desarrollo cultural de la sociedad, es decir, el Estado deberá considerar la importancia en la medida de sus posibilidades, de adoptar las prestaciones que dicho derecho implica, en virtud de que repercutirán directamente en el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Anexo

Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos

DE CARÁCTER GENERAL

1. Carta de la Organización de los Estados Americanos. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 13/01/1949

2. Carta de las Naciones Unidas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 09/10/1946

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 07/05/1981

4. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 14/02/1975

5. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 25/08/2000

6. Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la Diversidad Cultural, Aprobada por la Asamblea General 2 de noviembre de 2001.
7. Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

8. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 09/10/1946

9. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 20/05/1981 F. DE E. 22/06/1981

10. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 12/05/1981

11. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 01/09/1998

12. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 03/05/2002

13. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 26/10/2007

DE EDUCACIÓN Y CULTURA

1. Convención sobre la Orientación Pacífica de la Enseñanza. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 17/06/1938

2. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 26/02/2007

DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

1. Acta de Bruselas que completa la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completada en París, en 1896, Berlín 1908, Berna 1914 y Roma 1928 y revisada en Bruselas el 26 de junio de 1948. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 20/12/1968

2. Acta de Paris del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 24/01/1975

3. Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los Elementos Figurativos de las Marcas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 23/03/2001

4. Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 23/03/2001

5. Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, del treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, revisado en Estocolmo el catorce de julio de mil novecientos sesenta y siete y modificado el veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y nueve y su Reglamento adoptado el cinco de octubre de mil novecientos setenta y seis. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 23/03/2001

6. Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 23/03/2001

7. Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 10/04/2001

8. Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Francesa para la Protección de los Derechos de Autor de las Obras Musicales de sus Nacionales. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 30/11/1951

9. Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 24/10/1947

10. Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de

Radiodifusión. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 27/05/1964

11. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 28/03/2006

12. Convención sobre Propiedad Literaria y Artística, suscrita en la Cuarta Conferencia Internacional Americana. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 23/04/1964

13. Convención Universal sobre Derecho de Autor. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 9/03/1976

14. Convención Universal Sobre Derecho de Autor. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 6/06/1957

15. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 11/07/1964

16. Acta de Revisión del Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 27/07/1976

17. Convenio de Propiedad Literaria, Científica y Artística. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 14/05/1925

18. Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca para la Protección Mutua de las Obras de sus Autores, Compositores y Artistas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 26/08/1955

19. Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania para la Protección de los Derechos de Autor de las Obras Musicales de sus Nacionales. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 30/04/1956

20. Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 08/02/1974

21. Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 08/07/1975

22. Modificaciones del Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) adoptadas el 29 de septiembre de 2010 por la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de Patentes (Unión PCT) en su cuadragésimo primer periodo de sesiones (24° extraordinario), celebrado del 20 al 29 de septiembre de 2010, en vigor a partir del 1 de julio de 2011. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 28/09/2011

23. Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los Fines del Procedimiento en materia de Patentes. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 10/04/2001

24. Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PTC) y su Reglamento. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 31/12/1994

25. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 15/03/2002

26. Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación: 09/08/1991

Fuentes de información

1. ABRAMOVICH, Víctor y Christian Courtis, *Hacia la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Estándares internacionales y Criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez Comps. 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2001.
2. ABRAMOVICH, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2ª ed. España, 2004.
3. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
4. ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Trad. Garzón, Valdés, Ernesto, Fontamara, México, 2006.
5. ALLFED Philipp, *Del derecho de autor y del derecho del inventor,* Monografías Jurídicas 18, Temis, Colombia, 1999.
6. ARAMBURU, Antonio, *El juicio de amparo como instrumento de justiciabilidad de los Derechos económicos, sociales y culturales* en Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales, Juan Carlos Gutiérrez Contreras Comp., México, 2005.
7. ARANGO, Rodolfo, *Experiencia Colombiana sobre la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales, Juan Carlos Gutiérrez Contreras Comp., México, 2005.
8. ATIENZA, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados,* Ariel, España, 1996.
9. BERNAL PULIDO, Carlos, *La racionalidad de la Ponderación*, en El Principio de Proporcionalidad y Protección de los Derechos Fundamentales, Comp. Miguel Carbonell, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, México, 2008.

10. BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México y Siglo Veintiuno Editores, México, 2005.

11. BORDIEU, Pierre, *Capital cultural, escuela y espacio social*, trad. y comp. Isabel Jiménez, Siglo veintiuno editores, octava ed., México, 2008.

12. BOUTANG, Moulier, *Riqueza, propiedad, libertad y renta en el capitalismo cognitivo*, en *Capitalismo Cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Trad. Emmanuel Rodríguez López y Raúl Sánchez Cedillo, Edit. Traficantes de Sueños, Madrid, 2004.

13. BULYGIN, Eugenio, *Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos*, Doxa, Publicaciones periódicas, No 4, 1987, http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa, fecha de consulta 6 de mayo de 2010.

14. BUSANICHE, Beatriz, *El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor*, www.usla.org.ar, fecha de consulta: 15 de enero de 2011.

15. CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México 2004.

16. CORREA, Carlos M. *Uso justo en la era digital*, Portal Iberoamericano de Gestión Cultural, www.gestioncultural.org. fecha de consulta: 21 de noviembre de 2010.

17. DE LA CUEVA, Javier*, El derecho es copyleft. O la libertad de copiar leyes*, en *Copyleft Manual de Uso*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2006.

18. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Planeta-Agostini, España, 1993.

19. EIDE, Asbjorn, *"Cultural Rights as Individual Human Rights" en Economic, Social and Cultural Rights*, www.unesco.org. Fecha de consulta: 4 de septiembre 2010.

20. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas, España, 1996.

21. FERNÁNDEZ, Eusebio, *Los Derechos Humanos y la Historia*, http://www.ifs.csic.es, Fecha de consulta: 9 de junio de 2010.

22. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trad. Andrés Ibáñez, Perfecto y Greppi Andera, Trotta, Madrid, 2004.

23. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Breviarios Jurídicos 9, Porrúa, México, 2004.

24. FIGUEROA, Ana María, *La Filosofía de los Derechos Humanos*, Investigación y Docencia N° 40, http://www.centrodefilosofia.org.ar, Fecha de consulta 10 de junio de 2010.

25. FREUD, Sigmund, *El malestar de la cultura*, Alianza, España, 2008.

26. GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Todos tienen cultura: ¿Quiénes pueden desarrollarla?* en la Conferencia para el Seminario sobre la Cultura y Desarrollo, en el Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 24 de febrero de 2005. www.oei.es. Fecha de consulta 22 de mayo 2011.

27. GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Gedisa, España, 2006.

28. GIMÉNEZ, Gilberto, *Teoría y Análisis de la Cultura. Problemas Teóricos y Metodológicos*, CONACULTA e Instituto Coahuilense de Cultura, Colección Interacciones, México, 2006.

29. GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual,* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1993.

30. GUTIÉRREZ VICÉN, Javier, *Manual legal de arte. La propiedad intelectual explicada a los artistas plásticos,* Colección Análisis y Documentos 4, Ministerio de Cultura, España, 1993.

31. KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, 11ª edición, Porrúa, México, 2000.

32. KENNEDY, Duncan, *La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies*, Trad. Juan González Bertomeu, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 47 (2006).

33. KYROU, Ariel, *Epílogo del plagio. El sampling como juego o acto artístico*, en Capitalismo Cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva, Trad. Emmanuel Rodríguez López y Raúl Sánchez Cedillo, Edit. Traficantes de Sueños, Madrid, 2004.

34. LAPORTA, Francisco, *Sobre el Concepto de Derechos Humanos*, Doxa, Publicaciones Periódicas, No 4, 1987, http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa, fecha de consulta 6 de mayo de 2010.

35. LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos,* UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, Argentina*,* 2001.

36. LÓPEZ, CUENCA, Alberto, *¿A quién protege el derecho de autor? Sujeto y Ontología de la Cultura Digital* en *¿Desea guardar los cambios?* Propiedad intelectual y tecnologías digitales: hacia un nuevo pacto social, Centro Cultural España-Córdoba, España, 2009.

37. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M. *La justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales,* Juan Carlos Gutiérrez Contreras Comp., México, 2005.

38. MELISH, Tara, *El litigio supranacional de los Derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano* en *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales*, Juan Carlos Gutiérrez Contreras Comp., México, 2005.

39. NARVÁEZ H. José Ramón, *Cultura Jurídica, Ideas e Imágenes*, Porrúa, México, 2010.

40. NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, España, 1989.

41. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General,* Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

42. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derecho de Autor: La facultad de Divulgación,* Civitas, España, 1993.

43. PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001.

44. PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Derechos culturales y Desarrollo Humano*, Pensar Iberoamérica, Revista de Cultura Número 7 septiembre-diciembre 2004.

45. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial,* en Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez Comps. 2ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2001.

46. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Notas sobre el bienestar*, Revista Doxa Núm. 9: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1991, http//:213.0.4.19.

47. RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel Bondía y Román, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* Civitas, España, 1997.

48. RUÍZ GALLARDO, Claudio, *Hacia una dogmática para el acceso en Chile*, en Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor, www.derechosdigitales.ong. fecha de consulta: 12 de febrero de 2011.

49. SEN, Amartya, *La cultura como base del desarrollo contemporáneo*, Revista Voces, N° 25, Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina, 2010.

50. STAMATOPOULOU, Elsa, *Cultural Rights in International Law, Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston United States of America, 2007.

51. STAVENHAGEN, Rodolfo, *Educación y derechos culturales. Un desafío.* Presentación en VI Coloquio Internacional de Educación en derechos Humanos y Encuentro Latinoamericano Preparatorio a la Conferencia Mundial de la Asociación Internacional de Educadores para la Paz. Puebla 10-12 de julio de 2002.

52. SYMONIDES, Janusz, *Derechos Culturales: una categoría descuidada de derechos humanos*, www.unesco.org.

53. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1986.

54. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Gascón, Marina, Trotta, Madrid, 2003.

Legislación nacional:

- Código Civil Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal del Derecho de Autor
- Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricos.

Legislación extranjera:

- Código de la Propiedad Intelectual (Francia)
- Ley de la Propiedad Intelectual (España)

Instrumentos internacionales citados en la investigación:

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1975.
- Declaración de Friburgo, adoptada el 7 de mayo de 2007.
- Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la Diversidad Cultural, Aprobada por la Asamblea General 2 de noviembre de 2001.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.
- Decreto por el que se adiciona un párrafo noveno al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Fecha de Publicación en el Diario Oficial de la Federación: 30 de abril del 2009.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Fecha de Publicación en el Diario Oficial de la Federación: el 12 de mayo de 1981.