

**Estudio comparado
y propuesta de constitucionalización
de los derechos fundamentales
de carácter cultural.**

Para obtener:
Título en Licenciada en Derecho

Presenta:
María del Rosario Islas García

Asesor:
Dr. Diego Valadés Ríos

México, D.F. 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Estudio comparado y propuesta de constitucionalización de los derechos fundamentales de carácter cultural.

- Introducción 1
- Capitulo I 5
Los Derechos Culturales – Concepto y Evolución
 1. Los Derechos Humanos
 2. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 3. El Derecho a la Cultura
 - a) Derecho a la Cultura y Derecho de la Cultura
 4. Derechos Culturales, un compromiso
- Capitulo II 28
Derechos Culturales- Reconocimiento y Protección Internacional
 1. Aproximación
 2. Declaración Universal de Derechos Humanos
 3. Pacto internacional de los Derechos Económicos,
Sociales, y Culturales (PIDESC).
 4. Instrumentos Normativos Interamericanos
 - a) Carta de la Organización de Estados Americanos
 - b) Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre
 - c) Convención Americana sobre los Derechos Humanos
 - d) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 5. El Contenido del derecho a la Cultura y los alcances de este.
- Capitulo III 42
Derechos fundamentales de contenido cultural
en Latinoamérica – Derecho Comparado
 1. Aproximación
 2. Protección constitucional de los derechos culturales
en América Latina
 3. Conclusiones preliminares y consideraciones
 4. Ámbitos normativos del derecho de la cultura.
 - a) Derecho del Patrimonio cultural

- b) Derecho del arte y la creación
- c) Derecho de las industrias culturales
- d) Derecho de las instituciones públicas y privadas
- e) Derecho de autor
- f) Otros sectores normativos

- Capitulo IV 82
 - El Derecho Cultural en la Constitución
 - 1. Contenido y Función de la Constitución
 - 2. La Constitucionalidad de la Constitución
 - 3. La Constitución como manifestación cultural
 - 4. Los Derechos Humanos en la Constitución
 - 5. Los Derechos Culturales en nuestro sistema constitucional.
 - 6. La Constitucionalización de los Derechos Culturales
- Conclusiones 117
- Bibliografía..... 121

*“Solo el que sabe es libre, y más libre el que más sabe... Sólo la cultura de libertad..
No proclaméis la libertad de volar, sino dad alas; no la de pensar, sino dad pensamiento.
La libertad que hay que dar al pueblo es la cultura”
Miguel de Unamuno*

Introducción

Las definiciones de cultura parecen oscilar alrededor de dos polos. Una primera aproximación consiste en limitar la aplicación de esta noción a todo lo relacionado con la creación artística o intelectual. Esta delimitación de la cultura elevada a nuestra época crea, de hecho, algunas dificultades, es decir si la cultura incluye quizás de manera privilegiada, ese tipo de actividad humana, esto no quiere decir que esté limitada a eso. Limitarse a ese aspecto equivale a desplazar sin una justificación convincente lo esencial de las actividades y prácticas de nuestros contemporáneos.

Inversamente, es por esta razón misma que, se podría llegar a otorgar a la actividad cultural una definición mas extensa, que tendría como inconveniente, el correr el riesgo de convertir o considerar, todo tipo de práctica social como cultural, y este aspecto totalitario hará perder entonces todo el valor de la noción de cultura.

Aún no se ha llegado a un concepto unánime de la *Cultura*, sin embargo la concebimos como un medio de reunir y unificar a los hombres. De las ideas y expresiones sobre la cultura, las culturas, la civilización y civilizaciones, se aprecia que en toda sociedad existe una vida cultural más o menos rica, más o menos desarrollada, orientada las más de las veces a un determinado dominio; el paso de los siglos, las sucesiones de regímenes, variaciones de sensibilidad, no pueden mas que agregar a la tradición cultural de un país el enriquecimiento de su patrimonio cultural. Una cosa parece segura, la Cultura cambia porque la sociedad cambia, pero siempre será un ornamento de utilidad social para la identidad de un pueblo.

La identidad de las personas y de sus comunidades, es la causa primera de su soberanía y, por tanto, el poder del pueblo se preserva, renueva, enriquece y amplía en su diálogo con la diversidad cultural. La cultura sustenta la identidad de una nación, de un estado, incluso de un municipio. El hombre crea cultura y mediante la cultura se crea a sí mismo.

Es un componente esencial para elevar la calidad de vida y para lograr un desarrollo de la sociedad. Sin cultura no hay identidad popular, mucho menos desarrollo social, menos aún progreso científico, artístico o cultural. La cultura la hace el pueblo para beneficio del pueblo.

El Derecho está siendo sensible a esta demanda social y está dando paulatinamente respuestas jurídicas a las interrogantes culturales. De entre todas ellas, quizás la de mayor relevancia teórica, es la que concibe el derecho a la cultura como un derecho humano. Los derechos humanos se han convertido en el parámetro clave de nuestro desarrollo civilizatorio, por eso, la legitimidad de un sistema social se valora en razón de su reconocimiento y aplicación práctica. El debate sobre su naturaleza, sin embargo, está muy extendido y nos encontramos todavía lejos de llegar a una versión unívoca de su concepto.

Esta es la razón por la que se habla de generaciones de derechos humanos, porque poco a poco se han ido propugnando, reconociendo formalmente y aplicando en un cierto iter cronológico, que no se ha detenido. Ya desde hace algunos años se habla de la primera, segunda y tercera generación. Entre los derechos humanos de "segunda generación" los llamados culturales han sido los de más reciente definición e implementación legislativa y constitucional, así como de reconocimiento internacional.¹

¹ Esta clasificación de los derechos humanos por generaciones, no esta basada en un orden jerárquico, y tiene fines puramente didácticos.

El alto valor que hoy se reconoce a la cultura para el progreso de las sociedades y los individuos hace de los derechos culturales y del derecho a la cultura un asunto de decisiva importancia. Un desarrollo amplio y una garantía eficaz de estos derechos resultan objetivos ineludibles para las sociedades democráticas contemporáneas. Por ello, es esencial el impulso del conocimiento, mediante la investigación y el contraste de ideas, que sitúe a la cultura en el marco del Derecho y, especialmente de los Derechos Humanos.

Un análisis de la evolución y desarrollo tanto de los derechos humanos como de los derechos culturales será el basamento, de esta investigación en la cual distinguiré en primer lugar dos conceptos que a mi parecer no se les ha dado el reconocimiento que a cada uno les corresponde. El “derecho a la cultura” y el “derecho de la cultura” a pesar de ser tratados muchas veces como conceptos sinónimos, su marco teórico y conceptual son diferentes y deben ser tratados como tales. El fenómeno de la falta de conocimiento de lo que son la educación y la cultura llevó a regularlos en un mismo marco jurídico, el cual es complejo y múltiple, pues hablar en forma conjunta de estas dos materias implica formas de pensar, comportamientos y tratos injustos.

Igualmente se hará la distinción de los derechos culturales propiamente dichos, del derecho a la educación, que si bien, éste es parte integral de los primeros; el derecho a la educación ya cuenta con una caracterización definida y componentes limitados, en cambio los derechos culturales propiamente dichos, aún se encuentran en proceso de definición.

Otra parte de este trabajo de investigación tratará, a los diversos instrumentos jurídicos internacionales, así como un estudio de derecho constitucional comparado de América Latina, ambos serán realizados con el fin de obtener un parámetro internacional del nivel de reconocimiento y protección que se da a los derechos culturales y posteriormente poder emitir una propuesta para México.

Ese derecho fundamental, debe estar incorporado en el cuerpo constitucional y a partir de ahí se podrá elaborar legislación secundaria y políticas públicas, que ya existen pero que a la fecha no tienen un eje rector como la Constitución, por lo que otro capítulo del presente trabajo consistirá en un estudio referido a lo que es la constitucionalidad de la Constitución, es decir qué le da a ese instrumento esa categoría y esa jerarquía, ¿qué es lo que la hace ser lo que es? ¿su forma o su contenido? tal vez ambas cosas, sin el afán de agotar este tema de la constitucionalidad, considero necesario este análisis, ya que la Constitución al ser el documento y manifestación cultural que contiene las disposiciones fundamentales y al ser el instrumento rector fundamental del Estado, es en ella donde deben consagrarse y protegerse los valores , principios , postulados más importantes de una sociedad incluyendo la cultura. La Constitución como bien cultural, será el vínculo para que el derecho constituya un verdadero defensor del ser humano individual de sus valores y libertades.

El desarrollo de los derechos culturales es de particular interés, pues el bien más valioso de sus sociedades es la cultura, precisamente cuando el progreso de nuestros países los emplaza ante importantes retos, empezando por el de no abandonar nuestras visiones del mundo en un mero elemento ornamental, sino más bien consideradas la médula alrededor de la cual se produce el desarrollo económico un desarrollo sostenible apoyado en la integración de su rica y viva diversidad interna.

No hay ninguna ley que defina los derechos culturales y menos aún que los garantice. Por lo que finalmente formularé una propuesta para la constitucionalización de los derechos culturales, entendiendo a la *Constitución no como un ordenamiento para juristas o un simple mecanismo normativo, sino como una expresión de un estadio de desarrollo cultural y medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.* (Häberle)

Capítulo Uno.

Los Derechos Culturales, concepto y evolución

1. Los Derechos Culturales, concepto y evolución: 1. Los Derechos Humanos; 2. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 3. El Derecho a la Cultura a) el Derecho a la Cultura y Derecho de la Cultura; 4. Derechos Culturales, un compromiso.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS CULTURALES (CONCEPTO Y EVOLUCIÓN)

1. LOS DERECHOS HUMANOS

La historia y el desarrollo de la civilización, han dado como resultado el reconocimiento de los derechos humanos, los cuales han evolucionado y por lo tanto han estado sujetos a variaciones y a una ampliación de sus contenidos. Durante los siglos XVIII y XIX estuvieron ligados y sobre todo circunscriptos al reconocimiento de los derechos civiles, es decir derechos del individuo referidos a su libertad individual, seguridad e integridad física y espiritual.

La proclamación de la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), trajo consigo el reconocimiento de una nueva visión de los derechos humanos: los derechos políticos.

La Declaración Francesa señaló que la finalidad de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del ser humano. Estos son: la libertad, la seguridad, la resistencia a la opresión, proclamándose

así derechos naturales del ser humano, que hoy en día son considerados como derechos civiles y políticos, junto a los principios de libertad e igualdad.¹

Karel Vasak decía que, en los inicios del reconocimiento de los derechos humanos en la esfera internacional, a fines del siglo XVIII, solamente se contemplaban los derechos civiles y políticos. Igualmente decía que estos derechos están basados primordialmente en el principio de libertad. Es decir imponen un derecho “negativo” al imponer una obligación a un tercero de no actuar en aras de respetar dichos derechos.²

La Proclamación de los derechos de una segunda generación: los económicos, sociales y culturales, se da al finalizar la Primera Guerra Mundial, reconociendo así una categoría más amplia de derechos inherentes al ser humano. Su consagración en la Constitución Mexicana (1917) y de la República de Weimar (1919); y en tratados internacionales como el Tratado de Paz de Versalles (1919) en su carta de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio constitutivo de la Liga de las Naciones, comenzaron un movimiento jurídico nacional y a nivel internacional a su favor. La culminación de este proceso se da con la aprobación por la Asamblea de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), proclamando además de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales; a este reconocimiento se unen entre otros los de los siguientes instrumentos internacionales : la Carta de las Naciones Unidas (artículo 55, apartados a) y b); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948); la Convención Europea sobre Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950) y su Protocolo N° 1 (1952); la Carta Social Europea (1961); el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966); la

¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio, “*Los Derechos Humanos, estudio preliminar*”, Tecnos , Madrid, 1968

² DONNELLY, Jack, “Third Generation Rights”, *Peoples and Minorities in International Law*, Holanda, 1993.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); la Carta Constitutiva de la Organización de los Estados Americanos (1948); la Carta Cultural de África (1976); la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981); la Declaración de los Deberes Fundamentales de los Pueblos y de los Estados Asiáticos (1983); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).³

2. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los Derechos humanos de segunda generación, necesarios para el desarrollo de la personalidad humana, no han tenido un desarrollo tan afortunado como el de los derechos civiles y políticos. Sin embargo poco a poco su reconocimiento y regulación es cada vez más frecuente en los instrumentos positivos del Derecho internacional, así como en Constituciones políticas y declaraciones de derechos. Una característica que identifica a los derechos de primera y segunda generación es que ambos son esencialmente derechos individuales en contravención con los derechos de tercera generación o derechos de solidaridad que son primordialmente derechos atribuibles a grupos. Por otro lado los derechos de la segunda generación a diferencia de los civiles y políticos se realizan a través o por medio del Estado, actuando este como un

³ Desde la Segunda Guerra Mundial las leyes internacionales sobre derechos humanos han tenido un desarrollo sin precedentes y se han convertido en una parte muy sustancial del Derecho internacional en su conjunto. Las organizaciones internacionales cuyo interés se dirige a la promoción del bienestar del ser humano (tanto de individuos como de grupos) o de ciertas categorías de seres humanos, han sido quienes más han contribuido a dicho desarrollo. Naturalmente, una organización de gran importancia ha sido la ONU, pero también debe destacarse la contribución de las agencias especializadas de esta organización, y en especial la OIT y la Unesco. Las organizaciones intergubernamentales regionales, como el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos, también han contribuido en gran medida al desarrollo de las leyes internacionales sobre derechos humanos. El número de miembros, el clima político y el ámbito específico de competencia de las diversas organizaciones interesadas han tenido un peso importante en el contenido y la naturaleza de los instrumentos sobre los derechos humanos elaborados por ellas. Van Boven, T.C. *Estudio del Derecho internacional positivo sobre derechos humanos*. En Vasak, Karel (ed.), *“Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”*, vol. I, p.136, Serbal, Barcelona, Unesco, 1984.

instrumento para el bien común y desarrollo individual y colectivo de las personas que pertenecen a él.⁴

Actualmente, el instrumento internacional que regula los derechos de primera generación es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCP") y dentro de este marco cada Estado está obligado a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio, los derechos que el Pacto señale. Por otro lado los derechos económicos y sociales (por mencionar algunos el derecho al trabajo; a la libre elección del empleo; a condiciones de trabajo justas y favorables; a huelga; a constituir e integrar sindicatos; a la seguridad social; al descanso; a la protección de la familia; a un nivel de vida adecuado que incluye alimentación, vestido y vivienda) y los derechos culturales (el derecho a la educación; a participar en la vida cultural; a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales emergentes de la producción científica, literaria y artística de que sea autor, entre otros), cada Estado "se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"⁵.

Los derechos económicos, sociales, y culturales podrían considerarse como "programáticos" es decir que para el cumplimiento de dichos derechos

⁴ VAN BOVEN, T.C. *Criterios distintivos de los derechos humanos*. En VASAK, KAREL (ed.), "Las dimensiones internacionales de los derechos humanos", p.87, Serbal, Barcelona, 1984.

⁵ Artículo 2 apartado 1, Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas , *Pactos Internacionales de Derechos Humanos*, NY, enero de 1968)

dependerá, de que el Estado tome acciones positivas, utilizando los recursos disponibles y realizando ciertos cambios estructurales e institucionales.

Señala Kartashkin que "la regulación jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no pretende la codificación de la legislación de los diversos países mediante la presentación de leyes que establezcan un sistema legislativo uniforme que los asegure. En vista de la existencia de Estados con sistemas sociales, niveles de desarrollo económico, estructuras nacionales y de clases y tradiciones históricas diferentes, tal objetivo resultaría impracticable. Sin embargo, la normativa internacional establece un nivel mínimo de protección y bienestar social cuya consecución debe ser buscada por todos los Estados, cualesquiera que sean sus sistemas o circunstancias, incluso si —como en el caso del Convenio sobre derechos económicos, sociales y culturales— el logro de estos derechos está concebido como el resultado del progresivo desarrollo de la política, legislación y actuación práctica de una nación".⁶

La escasez de recursos de los países en vías de desarrollo, que muchas veces están sostenidos por una estructura de pobreza, es un problema serio para la instauración de estos derechos, ya que existen otras prioridades sobre el reconocimiento y aplicación de estos derechos así que el único camino parecería ser la implantación progresiva.

El funcionamiento de un mecanismo orientado y dispuesto a reconocer los derechos económicos, sociales y culturales de las personas es decir "un conjunto de instituciones creadas a fin de asegurar el disfrute, directo o indirecto, total o parcial, de los derechos", significa para el Derecho constitucional e internacional, que aquellos "ya no constituyen presentaciones

⁶ KARTASHKIN, Vladimir, "*Economic, social and cultural rights*" En Vasak, Karel (ed.), "*Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*", p.171, Serbal, Barcelona, 1984

de tipo asistencial o de beneficencia pública, sino que representan verdaderos derechos que expresan una exigencia de participación efectiva de todos y cada uno en el esfuerzo común de generar la riqueza nacional, y, la vía justa y solidaria distribución de la misma, a la elevación del nivel de vida del pueblo”.⁷

Los derechos económicos, sociales y culturales integran hoy el derecho positivo vigente en muchos países del mundo. Es el caso, por otro lado, de la mayoría de los países latinoamericanos, ya sea por su inclusión en las Constituciones políticas o en el ordenamiento legislativo nacional, por la ratificación o adhesión de muchos de ellos respecto al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a otros tratados internacionales sobre derechos humanos y a otras convenciones en el marco del derecho cultural internacional.⁸ La vigencia y cumplimiento de forma efectiva de aquellos tiene como obstáculo el grado mayor o menor desarrollo económico, social, político, educativo y cultural en que se encuentran los países.

3. EL DERECHO A LA CULTURA

La Cultura resurge como una variable en todas las disciplinas, incluyendo al Derecho, sin perder ninguno de los dos conceptos su naturaleza, y por el contrario al ser variables interdependientes, al fusionarse o simplemente al pertenecerse uno al otro trascienden.

⁷ GROS ESPIELL, Héctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en los instrumentos internacionales: posibilidades y limitaciones para lograr su vigencia*. En Universidad Nacional Autónoma de México, Anuario Jurídico, XII, 1985, pp. 144-145.

⁸ HARVEY, Edwin R. *Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el mundo. Instituciones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.

La Cultura es un valor en si mismo, es la base social de los fines humanos. Como anteriormente señalé, la cultura juega dos papeles, pero no sólo dentro de los Instrumentos jurídicos, sino en la realidad sociológica, la cultura es proceso y es resultado. Su comprensión y apreciación es indispensable para mejorar las condiciones de vida. Es un importante factor para incrementar el capital intelectual, humano y social de los Estados. En el ámbito económico la cultura igualmente realiza un papel importante, contribuyendo al aumento de la capacidad económica mediante el fortalecimiento de su principal agente: las personas que integran una sociedad.

La cultura también constriñe a la política, es un factor de integración y estabilidad política, es un elemento del juego de poder, así como agente y objeto de las políticas públicas; es vínculo de memoria, identidad y aspiraciones sociales y no como muchas veces sucede, motivo de discordia, olvido, y exclusión. La cultura puede verse al mismo tiempo como base, instrumento y propósito de la cooperación internacional productiva.

Es reconocida y utilizada para construir social y jurídicamente sujetos individuales y colectivos que demandan legitimidad y legalidad dentro de un Estado democrático.⁹

Finalmente esta relevancia que tiene la cultura no debe perderse de vista en relación con el Derecho y sobre todo con el Derecho constitucional; la cultura es sustento de la Constitución misma y objeto de regulación por parte de esta última. Hay una base cultural del Derecho Constitucional y un Derecho Constitucional de la Cultura, la trascendencia del derecho cultural es poder delinear un espacio en el que el Derecho dialogue con la cultura en beneficio del conocimiento y la sociedad.

⁹ Cfr. ÁVILA ORTIZ, Raúl, *El Derecho Cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, UNAM/ Coordinación de Humanidades /Miguel Ángel Porrúa, México, 2000

Dentro de la teoría constitucional los derechos pertenecientes a la segunda generación, desde el punto de vista estructural, pueden tener tres formas básicas: primero, podrían tratarse de normas que confieren derechos subjetivos o de normas que obligan objetivamente al estado; en segundo lugar podrían ser derechos programáticos; tercero se pueden fundamentar derechos y deberes definitivos o *prima facie*¹⁰, es decir pueden ser reglas o principios.¹¹

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, La Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó en su preámbulo como un ideal, el que todos los pueblos y naciones, mediante enseñanza y educación, promuevan el respeto a los derechos y libertades y aseguren, por medio de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento, aplicación universales y efectivos. Es decir, la Cultura es uno de los instrumentos indispensables para hacer posible la existencia y validez de los derechos fundamentales. Esto quiere decir que en este instrumento jurídico la Cultura juega un doble papel, el primero es como derecho humano fundamental y por otro lado es el principal mecanismo para poder conocer y respetar los derechos contenidos en la Declaración.

Los derechos humanos suelen calificarse o clasificarse como una “categoría subdesarrollada”¹² de derechos humanos, es decir que en comparación de otras categorías de derechos humanos como los civiles, políticos, económicos

¹⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Col. El derecho y la justicia; Num. 34, Madrid, p.484

¹¹ La diferencia entre reglas y principios es que, en tanto, las primeras solo pueden ser cumplidas o no, es decir, contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible; los segundos son mandatos de optimización es decir ordenan que algo sea realizado en la mayor medida factible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. ALEXY, Robert *Op. Cit.*, P. 86 y s.

¹² Ésta denominación se le dio en 1991 en el coloquio interdisciplinario sobre los derechos del hombre en Friburgo. *Les Droits culturels. Actes du VIIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*. P. Meyer-Bisch (comp.) Editions Universitaires Fribourg Suisse, Friburgo, 1993.

y sociales, los culturales con los de menos desarrollo, entendiendo desarrollo como un proceso de creación de nuevos derechos así como en relación a su alcance, contenido jurídico y posibilidad de hacerlos respetar.¹³

Este descuido por llamar de alguna forma a la falta de atención al desarrollo de los derechos culturales, puede advertirse en el hecho de que, si bien, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos culturales suelen enumerarse con los derechos económicos y sociales, reciben mucha menos atención y con frecuencia son olvidados. Como comenta A. Eide, aunque la expresión “económicos, sociales y culturales” se utiliza ampliamente, la más de las veces el interés parece limitarse a los derechos económicos y sociales.¹⁴ Mas allá de la doctrina, esto puede corroborarse en la práctica estatal, ya que resulta muy difícil encontrar una constitución nacional, que al enumerar o contemplar los derechos económicos y sociales, contenga un capítulo que trate de manera exhaustiva los derechos culturales, estas en su mayoría se limitan a hacer mención de el derecho a la educación. Los derechos culturales propiamente dichos se distinguen del derecho a la educación aunque para algunos este forme parte integral de los primeros. Por un lado, el derecho a la educación ya cuenta con una definición así como con componentes que lo delimitan (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), por otro lado los derechos culturales aun se encuentran en proceso de definición.

¹³ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. 98/CONF.210/CLD.6; "Cultural rights: At the end of the World Decade for Cultural Development", Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, Suecia, 30 de marzo - 2 de abril de 1998). Véase además el Documento de base - Proyecto Preliminar. 1.2. Derechos culturales, págs. 7 a 9.

¹⁴ ASBJØRN. Eide, "*Cultural rights as individual rights*", Economic and Cultural Rights, A. Eide, C. Krause and A. Rosas (comps.) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1995. En la página 229 de este capítulo se presenta una lista de manuales que analizan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero en ninguno se mencionan los derechos culturales, o se presentan de manera fragmentaria.

Existe un interés en relación a la conceptualización del derecho cultural. Dentro de la teoría constitucional y desde el punto de vista estructural en los que este tipo de derechos son a veces individuales y otras veces colectivos, a la vez “atributos” y “créditos”, En base a una clasificación de naturaleza estructural, se puede decir que la protección jurídica más fuerte es la que otorgan aquellas normas vinculantes y garantizan derechos subjetivos; y la más débil sería la que se refiere a normas no vinculantes que fundamentan un mero deber del Estado a otorgar ciertas prestaciones.¹⁵

Robertson señala que es necesario distinguir entre derechos culturales en sentido amplio por un lado, y por otro, el derecho a la cultura en sentido estricto, agregando que la noción de derechos culturales, tal como se le emplea en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es un concepto general que comprende el derecho a la educación en sus diferentes niveles, además del derecho a la cultura propiamente dicho. Robertson se basa en la distinción que hace Imre Szabó entre derecho a la instrucción, derecho a la formación institucional, a la educación y el derecho a la cultura, además del derecho a la cultura propiamente dicho.¹⁶

Las razón de reserva demostrada por la doctrina y la práctica estatal en relación con los derechos culturales, son diversas; los derechos culturales están dispersos en una gran cantidad de instrumentos nacionales, regionales e internacionales, aprobados por las Naciones Unidas. La carencia de un tratado

¹⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, colección Derecho y Justicia; Num 34, Madrid, 1997, p.484.

¹⁶ ROBERTSON, A.H. Los derechos humanos y la cultura. *Culturas* (París, Unesco), vol. V, Nº 1, 1978, p.120.

específico de derechos culturales que los codifique¹⁷ o una declaración destinada únicamente para derechos culturales, da pie a diversas maneras de agrupación y articulación. El término “cultura”, al no tener una definición universalmente aceptada y vinculante, para su plena comprensión, se convierte en otro obstáculo para el pleno desarrollo de los derechos culturales.

La identidad cultural contribuye a la liberación de los pueblos. El reconocimiento de los derechos culturales tanto a los individuos como a las colectividades, no es un riesgo como podría pensarse, por el contrario, es un factor importante de paz y estabilidad.

Symonides dice que los derechos culturales formulados en la Declaración Universal de Derechos humanos, desarrollados por los pactos internacionales y otros instrumentos relativos a derechos humanos, están cobrando nueva importancia. Actualmente son “derechos habilitantes”, lo cual significa, que sin que sean reconocidos y observados, sin que se aplique el derecho a la identidad cultural, la educación, la información, no puede garantizarse la dignidad humana ni pueden hacerse efectivos plenamente otros derechos humanos. Sin el reconocimiento de los derechos humanos, la pluralidad y la diversidad culturales, las sociedades plenamente democráticas no pueden funcionar debidamente.¹⁸

a) Derecho a la cultura y Derecho de la cultura

Las exigencias de los ciudadanos en materia de cultura así como el sentimiento de los dirigentes estatales de ofrecer a sus ciudadanos servicios en

¹⁷ El proyecto de lista de derechos culturales preparado por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 24 de agosto de 1994, CDDC Misc. 9413. Nueve grupos de derechos culturales se refieren al patrimonio, la enseñanza, la escolaridad, la enseñanza superior, la identidad, el idioma, la cultura, los medios de difusión y el deporte.

¹⁸ SYMONIDES, Januz, *The history of the paradox of cultural rights and the state of the discusión within UNESCO, Les Droit culturels une categorie sous-developpee de droits de l'homme*, Friburg, 1993 pp. 47-72

este terreno, son el origen de un nuevo derecho. Este derecho se considera primeramente como derecho a la cultura, antes de convertirse a través del desarrollo de leyes, reglamentos, jurisprudencia, tratados, un verdadero derecho de la cultura.

Hasta ahora la distinción entre el derecho a la cultura y el derecho de la cultura no ha sido un sujeto de estudio para la doctrina ni un tema para los instrumentos jurídicos. Ambos términos se usan de forma indistinta; lo cual crea si bien no confusión para muchos, si creo que esta indefinición, trae consigo una cierta incertidumbre sobre el tema a tratar.

Gramaticalmente se pueden analizar estas dos expresiones, el diccionario de la real academia de la lengua nos dice que “a” es una preposición con múltiples usos e interpretaciones, entre las cuales aquellas que mejor se acoplan a “derecho a la cultura” son las que tratan a esta preposición como una forma de indicar una dirección que lleva o un término a que se encamina algo o alguien; otra sería el tratar como equivalente de “a” a la preposición “hacia” o “para”.¹⁹

Aunque para algunos autores los derechos culturales se reconocen desde la Declaración del los derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Para otros esta declaración no habla del derecho a la cultura, así como tampoco lo hacen otros textos como la Constitución Francesa de 1793 ni su declaración, ni la Declaración de los derechos y deberes de 1795, es decir, no niegan la existencia de derechos culturales como la libertad de prensa, el derecho a instrucción o educación, pero no el derecho a la cultura.

Un punto a examinar, concierne a el significado de la expresión “derecho a la cultura”. Este derecho, los derechos económicos y sociales consagrados por los textos constitucionales, tiene un sentido claro, este implica no solamente

¹⁹ Diccionario de la Real Academia de la lengua española, vigésima segunda edición, 2001.

una abstención del estado, sino por el contrario una acción positiva de este último con el fin de que este derecho sea efectivo. Los derechos reconocidos por la declaración de 1789 suponen una abstención del Estado, o sea suponen un no hacer o no impedir de parte del Estado, pero el individuo no puede satisfacer plenamente este derecho si el propio Estado no ejerce ningún tipo de acción. Esta concepción presupone una actitud del hombre a obrar por sus propios intereses. Con las crisis, los movimientos sociales, las guerras, la llamada o petición al Estado es necesaria e inevitable, sólo el Estado es apto para proveer los medios materiales, intelectuales, humanos, así como los mecanismos económicos y sociales para la efectividad de estos derechos.

La idea del derecho a la cultura se destruye si no son reconocidos el derecho y el deber de cultivarse a si mismo para alcanzar la libertad. No se ha evaluado el riesgo que existe en entender los derechos a los bienes culturales como un simple conjunto de créditos que se pueden tomar de un stock como si fueran mercancías (arte, savoir-faire, ciencias, etc), ahora bien, lo que en realidad importa es ante todo la actitud y aptitud del individuo a abrirse y poder apreciar justamente y discernir el valor a una cultura que funde su derecho a los bienes culturales.²⁰

Otro punto a analizar es referente a la determinación de las personas responsables de la puesta en marcha de este derecho a la cultura. Algunos textos hablan de “Nación”, esto quiere decir que el Estado no puede ser la única persona competente para esta puesta en acción, el Estado no dispone de la exclusividad; por otro lado pensar en la expresión, “la nación garantiza...”se aplica a los órganos que la representan y la forman, y por lo tanto esto legitima de igual manera a todas las acciones de las personas privadas en materia cultural. Esta consideración no le da ni le quita nada a la realidad estatal en

²⁰ DELCOURT, Jacques ; Papini, Roberto. *Pour une politique europeenne de la Culture*, Economica, Paris, 1987.

cuanto a la obligación que tiene en materia cultural; y si confirma la necesidad de que una norma constitucional funde, legitime y justifique, que se puede hacer para que este derecho a la cultura se convierta en una realidad.

El contenido del derecho a la cultura es relativamente fácil de decir, “acceso a la cultura” pero el problema es netamente mas grande que el simple acceso a la cultura; el constituyente, prudente, ha hablado de acceso a la cultura, eso significa, que no debe haber una cultura impuesta, que el rol del Estado, del poder público, se debe limitar a favorecer esta entrada a la cultura, libre para cada individuo y enseguida saber qué es lo que este quiere de lo que se le ha ofrecido o propuesto. El papel del Estado es entonces, modesto y esencial, fundamental y subsidiario.²¹

La idea que puede existir en provecho de los individuos, es el progresivo derecho a la cultura, cuya consagración exige necesariamente una política cultural. Una política cultural guiada por el Estado y el reconocimiento de un derecho a la cultura, son por consecuencia no solamente acciones sino el propio desarrollo de un verdadero “derecho de la cultura”. El cual se traduce en la existencia de un servicio público de la cultura, una política de la cultura y un desarrollo del contenido de la cultura.

La preposición “de”, según el diccionario de la real academia de la lengua, denota posesión o pertenencia, también puede ser utilizado para señalar disociación o delimitación, indica origen o procedencia, estos son algunos de los significados que se podrían interpretar de la expresión “derecho de la cultura”.

La expresión “derecho de la cultura”, décadas atrás podría haber sorprendido e incluso hubiera sido incomprensible, debido a que no sería fácil entender la

²¹ RIGAUD, Jacques, *La Culture pour vivre*, Gallimard, Paris, 1975

posibilidad de crear un “manual” por llamarlo de alguna forma de cultura, un manual jurídico de la cultura.

Se ha demostrado en la sociedad, que la cultura es un elemento esencial, y no únicamente una forma de distracción, los dirigentes y filósofos estiman que la cultura es la llave que abre la puerta del mundo del mañana, y un medio para superar las dificultades de nuestro tiempo, así como el significado profundo de la crisis de nuestro tiempo. << *Ser culto es el único modo de ser libre* >> José Martí; << *Toda enseñanza viene del corazón y toda cultura de la vida* >> Hebbel.

Así como la cultura, el derecho sufre de profundas transformaciones, parece ser en parte, el reflejo de dificultades tales como la moral de la sociedad, "La cultura engendra progreso y sin ella no cabe exigir de los pueblos ninguna conducta moral." José Vasconcelos, y no puede dejar de repercutir en cuestiones relativas a las actividades culturales: las normas de derecho creadas por el legislador, la autoridad administrativa, el juez; conciernen cada vez mas a la cultura que se agita, que actúa. Sólo como ejemplo, la protección de los artistas, la creación y funcionamiento de una escuela de artes o música, el trato fiscal a los compradores de obras de arte, etc. Este derecho cada día se convierte en un derecho administrativo complejo en razón de múltiples reglamentaciones así como de instituciones culturales, pero no pierde su carácter de derecho social, ni tampoco esos elementos de derecho fiscal, civil, en fin, tal vez algún día será considerado como un derecho constitucional, un <<derecho constitucional de la cultura>>.

Este derecho constitucional al que para abarcar las dos expresiones que estoy analizando “derecho a la cultura” y “derecho de la cultura”, me referiré como derecho constitucional cultural. Tiene como fundamento material, más allá de

un concepto estricto de cultura, un concepto abierto de la misma, es decir: “la cultura para todos” y “la cultura de todos”.²²

Finalmente ambos conceptos si bien tienen un significado diferente, van de la mano, se complementan, tal vez si se analizara mas a fondo estas diferencias y se entendiera mejor su concepto se podría regular y por consiguiente proteger y asegurar mejor estos derechos, por mi parte creo haber dado elementos para comprender de mejor manera el contenido y las diferencias de cada uno. Esta reflexión jurídica de la naturaleza de este derecho y su contenido es lo que intentaré hacer a lo largo de esta investigación, y sin ignorar las diferencias entre ambos, los trataré de forma conjunta ya que el fin ultimo de los dos es común, la satisfacción cultural del hombre ya que, “el ser humano no vive sólo de la cultura, pero esencialmente vive *hacia* la cultura, y *de* la cultura de generaciones pasadas y presentes, el ser humano es por naturaleza un ser cultural.”²³

4. Derechos culturales, un compromiso.

Como ya se ha mencionado anteriormente, de las áreas menos desarrolladas y consolidadas del sistema internacional de protección a los derechos humanos es la que se refiere a los derechos culturales. Los textos clásicos hacen solamente referencias someras a esta temática y su conceptualización es vaga y a veces ambigua. A nivel nacional no es menos problemática la situación ya que en nuestra legislación los derechos culturales prácticamente no figuran.²⁴

²² HOFFMANN, Hilmar, *Kultur fur alle*, 1979, 2a, ed, 1981

²³ HABERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p.242.

²⁴ Sin embargo, puede afirmarse que el tema es de la mayor actualidad ya que numerosos conflictos sociales contemporáneos han surgido en torno a cuestiones culturales e incluso hay negociaciones políticas importantes sobre la materia. Recuérdese, los Acuerdos de San Andrés, y sobre el mismo controvertido tema, reforma del artículo 2 constitucional

Hoy en día los conflictos internos rebasan a los tradicionales conflictos interestatales como fuente de violaciones masivas a los derechos humanos y estos tienen lugar frecuentemente entre actores sociales y políticos definidos en términos étnicos y culturales. No podrá haber una cultura de paz en el mundo sin el respeto a los derechos culturales de los individuos y de los grupos.

Las diversas y ricas experiencias en el campo de la educación en derechos humanos han comenzado desde hace algunos años a reflejar esta creciente preocupación.

La “cultura es la última frontera del desarrollo”²⁵. La cultura es la fuente de nuestro progreso y creatividad y la libertad cultural, a diferencia de las libertades individuales, se refiere al derecho que tienen los grupos humanos de seguir el modo de vida que más desean.

Es importante afirmar aunque pueda parecer reiterativo, que los derechos culturales son derechos humanos, porque durante mucho tiempo la cultura, y sobre todo la política cultural, estaban alejadas del lenguaje de los derechos humanos y se vinculaban, en el mejor de los casos, con algún aspecto de política social o de plano como estando fuera del ámbito de los bienes públicos.

Los textos o instrumentos fundamentales de derechos humanos han sido complementados con el tiempo por otros instrumentos jurídicos que fortalecen la idea de los derechos culturales. Un estudio realizado en la UNESCO identifica cincuenta derechos culturales distintos mencionados en los textos jurídicos internacionales. (si se realizara un estudio de éstos se podrían

²⁵ Informe que preparó la Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo de la UNESCO bajo el título *Nuestra Diversidad Creativa* (1995)

identificar cerca de cincuenta derechos culturales distintos mencionados en los textos jurídicos internacionales.)

La lectura crítica de estos numerosos instrumentos legales y documentos diversos producidos a lo largo de los años permite advertir que no existe una concepción clara de la noción de cultura a la que todos tenemos derecho. Mi propia lectura me ha conducido a entrever concepciones distintas y cada una conduce a derechos culturales diferentes.

El primer enfoque destaca a la cultura como el patrimonio cultural acumulado de la humanidad, tal como se expresa sobre todo, pero no exclusivamente, en monumentos, edificios históricos, obras de arte, artefactos, paisajes urbanos etc. Aquí la cultura es vista como un *capital social y simbólico*, y se señala el derecho de los pueblos a conservar su patrimonio y a disfrutar de él. La conservación y el acceso al patrimonio cultural son considerados hoy en día como una vertiente de los derechos culturales y al mismo tiempo como un objetivo declarado de las políticas culturales de los estados, apoyadas en las normas internacionales en evolución. La UNESCO ha establecido una lista de sitios declarados “patrimonio de la humanidad” y los estados con frecuencia solicitan que tal o cual sitio sea incorporado a la lista.²⁶

El patrimonio cultural no se agota en los monumentos arqueológicos e históricos o las obras de arte, es decir, en el conjunto de bienes materiales producidos y acumulados por una cultura a lo largo del tiempo. Hoy en día

²⁶ Por otra parte, se considera como un escándalo internacional cuando dichos sitios son destruidos intencionalmente por algún actor político. Recordemos como ejemplos recientes, la destrucción del barrio antiguo de la ciudad de Dubrovnik por la aviación serbia durante la guerra de Yugoslavia a principios de la década pasada y la de una escultura lítica milenaria de Buda por el gobierno talibán de Afganistán. Esos hechos vandálicos no solamente se consideran atentados contra el patrimonio de la humanidad sino también violaciones al derecho cultural de poseer, preservar y gozar de ese patrimonio además de constituir, como en el caso de Afganistán, un signo patente de intolerancia religiosa.

también se incluye en este concepto la herencia intangible representada por los valores espirituales, el pensamiento abstracto, la cosmovisión, la sabiduría popular, la literatura oral y, por supuesto, ceremonias, danzas, música, juegos y la infinidad de expresiones culturales de un pueblo, incluyendo patrones de producción y consumo, así como las técnicas para la sobrevivencia y la convivencia. Si un pueblo desea conservar la totalidad o una parte de esta herencia cultural, está en su pleno derecho el preservarla. Eso también es un derecho cultural, pero ello requiere de un ambiente social, económico y político en el que la libertad del individuo y del grupo a conservar su herencia cultural no sea coartada.

Un segundo enfoque tiende a restringir la cultura a las obras creativas de los productores culturales especializados, sobre todo aquello que en Occidente ha recibido el nombre de las “Bellas Artes”. Se considera como un derecho humano fundamental la libertad de creación y se acepta por lo general que toda restricción a esta sería una violación de los derechos humanos. Como bien sabemos, existen múltiples maneras de ejercer tales violaciones mediante la censura previa, la aplicación de leyes represivas y restrictivas, la persecución ideológica y política, la negación de recursos, espacios y oportunidades públicas para los creadores, etcétera.

Desde luego esta problemática no se limita al área tradicional de la creación cultural sino también a la investigación científica, la libertad de cátedra y las múltiples maneras de difusión de la información, el conocimiento y las ideas a través de los diversos medios de comunicación (particularmente, en la época actual, los medios de comunicación masiva).

Los derechos a la propiedad intelectual, así como al reconocimiento y la remuneración de los autores de los productos y bienes culturales constituyen una parte importante de los derechos culturales en la actualidad. Cualquier

negación o restricción al respecto puede ser considerada como una violación de los derechos humanos.

La defensa del derecho a la creación cultural y científica, a la libre expresión del pensamiento y la difusión de las ideas constituyen hoy en día un reconocido logro de la lucha por los derechos humanos. Sin embargo, aunque estén consagrados en el instrumental jurídico internacional, no siempre son respetados a nivel local y nacional. Los mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos han sido menos eficaces en cuanto a estos derechos, en relación con los tradicionales derechos civiles y políticos.

Finalmente, el tercer enfoque que permea el discurso contemporáneo de los derechos culturales considera la cultura como una totalidad de prácticas, significados y relaciones sociales que definen a determinado tipo de colectividades humanas y las distinguen de otras. Aquí se llega a la conceptualización antropológica de “lo cultural”. La cultura no es algo externo a la persona humana, a la que se accede de alguna manera. La persona humana se define por ser precisamente un ente social y cultural. Nuestra cultura es parte de la identidad misma de cada uno de nosotros.

Por consiguiente no se puede jerarquizar a la humanidad, como se hizo antaño, en grupos “con” o “sin” cultura o aquellos con “más” o “menos” cultura. Ciertamente, existen sociedades cuyas culturas son más complejas que otras, pero ello ni justifica ni legitima la discriminación étnica y cultural. Simplemente se puede decir que existen culturas distintas, cada vez en mayor interconexión entre ellas, y grupos humanos que viven su propia cultura cotidianamente.

Este enfoque totalizador y dinámico de lo cultural en la vida humana es el que actualmente fundamenta el debate sobre los derechos culturales. El derecho humano a la identidad cultural y la cultura propia es hoy por hoy el

fundamento de los derechos culturales. Este enfoque lleva necesariamente a considerar y valorar adecuadamente el hecho que el mundo está compuesto de múltiples culturas, vale decir una multiplicidad de pueblos, naciones y comunidades culturales cuya magnitud rebasa ampliamente el limitado número de estados nacionales soberanos reconocidos en el sistema internacional.

En noviembre 2001 la Conferencia General de la UNESCO aprueba la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural en la que una vez más, los derechos culturales son declarados derechos humanos universales. La Declaración también subraya la importancia del respeto a la diversidad cultural y la obligación de los estados de protegerla.

Los derechos culturales no existen aislados, se encuentran estrechamente vinculados a todos los demás derechos humanos, de tal suerte que la violación de unos implica la violación de los demás.

Echando una ojeada a la historia de cómo se fueron definiendo los derechos culturales podemos advertir una paulatina transformación conceptual. Al principio se hablaba del “derecho a la cultura” y se entendía este como un mecanismo de “acceso” a una ficción 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 la cuestión de la “identidad 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.

Este debate conduce progresivamente de un esquema en el que se privilegian sobre todo los derechos de los individuos (algunas veces exclusivamente) a un escenario en que los portadores de los derechos son también (pero no exclusivamente) las colectividades: las comunidades, las naciones, los pueblos. *Puede decirse que los derechos culturales siendo poseídos por las personas, están depositados en los pueblos.* Unas y otros son esenciales para el goce efectivo de los derechos culturales.

El derecho a la cultura propia se desdobra en derechos específicos, pero me gustaría simplemente mencionar un derecho que ignoramos como fundamental de los derechos culturales, importantísimo, y por esa misma razón creo que es un tema que debe tratarse aparte y con mas estudio y detenimiento.

“El derecho a la tierra y al territorio” no solamente como recurso productivo sino también como espacio de reproducción social y cultural. Este es tal vez el derecho más violado y violentado, y no solamente en México²⁷

Si bien parece existir un creciente consenso mundial (con algunas severas excepciones) en torno a la bondad y la necesidad de los derechos humanos en general para un planeta conflictivo e inestable, no parece haber el mismo consenso en torno a los derechos culturales. Estos han sido enunciados pero también denunciados, inscritos en la teoría pero también proscritos en la práctica. En México parece ahora haber más acuerdo en torno a los derechos civiles y políticos y menor conciencia en lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales.

²⁷ . La reforma al artículo 27 constitucional, en 1992, que abre las puertas a la privatización de las tierras comunales y ejidales, ha sido considerada por muchas organizaciones indígenas como violatoria de sus derechos ancestrales y se pide insistentemente el retorno al texto original (sin remarcar las dificultades técnicas y políticas de esta grave problemática). Pero la defensa de los territorios indígenas va más allá de la lucha por un factor de producción, por una parcela para la subsistencia.

Esta situación plantea nuevos retos a los defensores, educadores y activistas de los derechos humanos. La promoción y protección de los derechos culturales es una tarea urgente e inconclusa. Como he apuntado antes, la vigencia de los derechos culturales está estrechamente vinculada a las posibilidades de una cultura de paz. La educación para la paz²⁸ y los derechos humanos no se puede quedar atrás porque la vigencia de los derechos culturales se ha tornado en años recientes en un desafío para el mundo entero, pero sobre todo en un compromiso.

Este objetivo sigue siendo tarea prioritaria, y el proceso apenas ha comenzado; el goce pleno de los derechos culturales se perfila en el largo plazo. Pero la tarea está en marcha.

²⁸ La educación tiene una doble misión: enseñar la diversidad de la especie humana y contribuir a una toma de conciencia de las semejanzas y la interdependencia entre todos los seres humanos.”

Capítulo Dos.

Derechos Culturales- Reconocimiento y Protección Internacional y Nacional

Derechos Culturales- Reconocimiento y Protección Internacional: 1. Aproximación; 2 Declaración Universal de Derechos Humanos; 3. Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (PIDESC); 4. Instrumentos Normativos Interamericanos: a) Carta de la Organización de los Estados Americanos; b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; c) Convención Americana sobre los Derechos Humanos; d) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos o Pacto de San José en Materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales; 5 El Contenido del Derecho a la Cultura y los alcances de este; 6. Los Derechos Culturales, deber y responsabilidad del Estado a través de sus órganos de poder.

Capitulo II

Derechos Culturales- Reconocimiento y Protección Internacional

1. Aproximación

Si bien es al Estado a quien corresponde el deber primario y directo del respeto, protección y satisfacción de los derechos fundamentales, los

instrumentos internacionales tienen un papel importante y central como fuentes normativas, y parámetros mínimos de referencia e instrumentos que sirven de fundamento y guía a las actividades interpretativas y argumentativas de los órganos internos de aplicación del derecho.

Esta idea se refuerza si se atiende a la jerarquía normativa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha otorgado a los tratados internacionales ratificados por México, que los sitúa en un peldaño inferior a la Constitución pero superior a las leyes federales y al derecho de las entidades federativas.¹

México es parte de más de sesenta instrumentos internacionales, universales y regionales en materia de derechos humanos que, al haber sido ratificados y promulgados en el Diario Oficial de la Federación, se convirtieron en normas de derecho interno aplicables y exigibles.

Si bien la protección internacional de los derechos humanos es por regla general subsidiaria y complementaria de la que los propios Estados deben brindar en su orden interno, no cabe duda que en ocasiones se convierte en la última oportunidad y posibilidad al alcance de las personas para hacer valer sus derechos fundamentales.

El tema de la cultura es un tema que rebasa fácilmente cualquier tipo de pretensión de encasillamiento o delimitación, por tal motivo proveerla de una estructura jurídica para su fomento y protección es difícil, tampoco es fácil expresarlo normativamente, de forma que pudiera afirmarse sin titubeos ni tropiezos la existencia de un derecho a la cultura o de derechos culturales como derechos humanos. No obstante lo anterior, su expresión normativa es lo que

¹ Ver la Tesis bajo el rubro <<Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales en un segundo plano respecto de la Constitución Federal>> que emitió el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Noviembre de 1999. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Noviembre de 1999 Tesis: P. LXXVII/ 99 Pagina: 46 Materia: Constitucional tesis aislada.

permitirá en el mundo jurídico exigir al menos el cumplimiento de los estándares mínimos de respeto, protección y satisfacción a los órganos del poder público, pero también supervisar que esto se cumpla, así sea de forma progresiva.

Los instrumentos internacionales declarativos y convencionales, así como los informes y decisiones, resoluciones y documentos internacionales relacionados con la cultura forman un extenso catálogo normativo que evoluciona con tal rapidez que cualquier intento de exhaustividad quedaría pronto rebasado. Por tal motivo, en este apartado únicamente nos enfocaremos en los instrumentos internacionales específicos más representativos.

La cooperación internacional en la solución de problemas de carácter cultural es uno de los propósitos previstos en la Carta de las Naciones Unidas² (artículo 1.3), función que realiza a través del Consejo Económico y Social. (artículo 62 de la carta de la ONU).

La preocupación mundial por la cultura y sus estrechos vínculos con la educación y la ciencia, sobre todo guiados por los propósitos del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tuvo un momento cumbre con el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)³, cuyo documento constitutivo fue aprobado en Londres el 16 de noviembre de 1945 y ha sido reformado en diversas ocasiones desde entonces.⁴

² La carta de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de junio de 1945 y entro en vigor el 24 de octubre del mismo año.

³ En el marco de la UNESCO hay un numero impresionante de Decisiones y Resoluciones, así como importantes tratados relativos a la protección de los bienes culturales materiales e inmateriales, entre los que pueden señalarse: Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, adoptada en La Haya el 14 de mayo de 1954; Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, adoptada en Paris el 16 de noviembre de 1972; Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuatico, adoptada en Paris el 2 de noviembre de 2001. Estos documentos pueden ser consultados vía internet en la dirección electrónica: www.unesco.org

⁴ México ratifico dicho instrumento el 4 de noviembre de 1946. En el preámbulo de dicho documento se señala: << amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz

La labor de la UNESCO es diversa y de gran importancia en la difusión y el desarrollo del derecho internacional relacionado con su área específica de trabajo, a adoptado diversos instrumentos y establecido mecanismos de supervisión internacional de las obligaciones de los Estados.⁵ La UNESCO goza del estatus de órgano especializado de la Organización de las Naciones Unidas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57, relacionado con el 63, ambos de la Carta de la ONU.

Posteriormente, en los dos primeros instrumentos internacionales que contenían un catálogo de derechos fundamentales en 1948, el derecho a la cultura fue considerado como un derecho humano.

2. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 e incluyó además de los clásicos derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales en sus artículos 22 a 28. El reconocimiento internacional de de los derechos culturales fue consagrado por la Declaración en los siguientes términos:

“Artículo 27: 1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente de la vida cultural de la comunidad, a gozar de de las artes, y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de el resulten; y 2) toda persona tiene el

son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas la naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua.>>

⁵ El artículo I del documento constitutivo de la UNESCO señala entre los propósitos y funciones de esta: <<1. La Organización se propone contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurara el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo idioma o religión, la Carta de las naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo. >>

derecho a protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

La segunda parte de este artículo hace referencia directa al derecho de autor, cuyo reconocimiento internacional se remonta ya al siglo XIX.

El derecho a la cultura debe ser comprendido dentro del complejo marco de derechos humanos también reconocidos por la misma Declaración Universal, con los que tiene una conexión, como la libertad de pensamiento, la libertad religiosa, etc. El derecho a la educación constituye, por otra parte, un presupuesto indispensable del derecho a la cultura (artículo 26).

Respecto de la Declaración Universal y sus efectos jurídicos se ha dicho que “como tal declaración, quizá no sea vinculante en el mismo sentido que un tratado o una convención, pero que, mediante un proceso de desarrollo en base a la práctica y a la costumbre, contiene gran número de normativas, reconocidas generalmente como vinculantes entre los miembros de la comunidad internacional. Más aun, muchos de los derechos y libertades consagrados en la Declaración Universal han sido convertidos en tratados de valor jurídico e instrumentos internacionales posteriores.”^{6 7}

⁶ La Declaración Americana fue adoptada el 2 de mayo de 1948 en Bogotá, y la Declaración Universal el 10 de diciembre del mismo año, en París. Ambos instrumentos contienen un catálogo muy similar de derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos y sociales. Aun cuando cierto sector de la doctrina opina que, debido al carácter declarativo que poseen ciertos documentos, no es posible exigir jurídicamente su observancia y solo constituyen valiosos principios y aspiraciones de la humanidad, cabe destacar que, por cuanto a la Declaración Americana, posee en la actualidad cierto grado de vinculariedad que la aleja de su carácter puramente declarativo.

⁷ Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Serval, UNESCO, 1984, p139

3. Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (PIDESC)

Dos décadas después, las diferentes categorías de derechos humanos “los civiles y políticos” considerados de primera generación y los económicos, sociales y culturales” considerados de segunda generación, dieron lugar sin perjuicio de mantener la unidad conceptual de todos ellos, a la adopción de los dos pactos de Naciones Unidas en 1966, en los que el derecho a la cultura se regulo, por una parte, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸ (PIDESC), que dice:

“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.

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

⁸ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 2200 A) el 16 de diciembre de 1966, en vigor a partir del 23 de marzo de 1976. México lo ratificó el 23 de marzo de 1981 y fue publicado en el diario oficial de la federación el 20 de mayo de 1981.

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”.*

Por lo que se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ (PIDCP), aunque no hace referencia expresa a los derechos culturales, si se hace mención en el artículo 27, a la obligación de los Estados de respetar la vida cultural de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas.

4. Instrumentos Normativos Interamericanos

El derecho internacional americano ha sido el primero en reconocer los derechos culturales, además de los económicos y sociales. Diversas resoluciones y declaraciones han servido como antecedentes para el reconocimiento formal de los derechos culturales. Por ejemplo, La Resolución XI aprobada por la conferencia interamericana sobre problemas de la Guerra y la Paz (Chapultepec 1945), conocida como Declaración de México en cuyo apartado 13 *Los Estados Americanos reconocen “el derecho a la igualdad de oportunidades para poder disfrutar de todos los bienes espirituales y materiales que ofrece nuestra civilización, mediante el ejercicio lícito de su actividad, su industria y su ingenio”.*

Tres años mas tarde, la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogota, 1948) aprobó dos documentos relevantes.

A) Carta de la Organización de los Estados Americanos¹⁰

⁹ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, en vigor a partir del 3 de enero de 1976. México lo ratificó el 23 de marzo de 1981 y fue publicado en el diario oficial de la federación el 12 de mayo de 1981.

¹⁰ Suscrita en Bogota el 30 de abril de 1948, y entro en vigor el 13 de diciembre de 1951. Ha sido reformada por los Protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena de Indias(1985), Washington(1992) y Managua (1993).

La Carta de la Organización de Estados Americanos, luego de invocar en su preámbulo la necesidad de consolidar *“un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”* hace referencia a la cultura en muchos de sus preceptos, entre ellos los artículos 2, 17, 19, 30, 47, 48¹¹, 50, 52, 95¹²

B) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹³

La Declaración Americana, considerando que *“si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”*, adopto un conjunto de derechos civiles y políticos, además de un grupo de derechos económicos sociales y culturales en sus artículos XI, XII, XII XIV, XV, XVI.

En el artículo XIII de la Declaración Americana se reconoce expresamente, a escala continental, el derecho del individuo a la cultura y los derechos de la creación como autor.

Bajo el título de “Derecho a los beneficios de la Cultura”, la Declaración, reconoce que *“toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”*.

C) Convención Americana sobre los Derechos Humanos

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos¹⁴, adoptada en 1969, y entrada en vigor nueve años después, reitera que *“solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones*

¹¹ Destaca de este la parte que señala << Los Estados Miembros... aseguran el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos. >>

¹² Las principales tareas relacionadas con la difusión y protección de la cultura son encargadas al Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral.

¹³ Adoptada en Bogota, el 8 de mayo de 1948.

¹⁴ Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entra en vigor a partir del 18 de julio de 1978. México la ratificó el 24 de marzo de 1981 y fue promulgada a través de su publicación en el Diario oficial de la federación de fecha 7 de mayo de 1981.

que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales...” La Convención hace referencia genérica de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en su artículo 26 bajo el título “Desarrollo progresivo”.¹⁵

D) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos o Pacto de San José en Materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales.

Años después, en 1988 fue suscrito el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como el Protocolo de San Salvador¹⁶

Mencionare algunos aspectos innovadores del Protocolo respecto al Pacto de 1966: participar en la vida artística de la comunidad, resaltando el papel social de las artes, adopción de medidas de los Estados para la conservación, desarrollo y difusión del arte, la puesta en marcha del sistema de protección internacional que contribuirá a la paulatina efectividad considerando la naturaleza progresiva de los derechos culturales en el continente.

Los instrumentos normativos a que he hecho alusión, en los párrafos anteriores, me permiten afirmar que el régimen jurídico internacional de protección de la cultura se manifiesta en diversas direcciones. La primera consiste en el establecimiento de un marco de cooperación entre Estados para promoción y fomento de la cultura y sus manifestaciones, la segunda, enfocada a la protección y conservación del conjunto de bienes materiales e inmateriales que constituyen el patrimonio cultural universal y de cada nación en particular; y

¹⁵ "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

¹⁶ Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988; entra en vigor, desde el 16 de noviembre de 1999. México lo ratificó el 16 de abril de 1996, Fue publicado en el Diario oficial de la Federación el 1 de septiembre de 1998.

la tercera, dirigida a la protección y satisfacción del acceso y participación en la cultura como un derecho humano.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA CULTURA Y LOS ALCANCES DE ESTE.

Es necesario hacer un breve análisis sobre los deberes de generales y específicos de naturaleza internacional, de los Estados en materia de los derechos humanos, con el fin de poder concretar y limitar el derecho humano a la cultura.

Del análisis del PIDESC y del protocolo de San Salvador, resulta una primera aproximación a las obligaciones de los Estados en el tema de derecho cultural. Los Estados tienen el deber de lograr de manera progresiva la efectividad del derecho a la cultura, a través de la adopción de medidas legislativas, económicas, técnicas, o de cualquier otro medio apropiado, hasta el máximo de sus recursos disponibles. La asistencia y cooperación internacional son importantes para que estos derechos sean efectivos.¹⁷

En los documentos que determinan las obligaciones estatales, se emplean diversos términos, muchos de éstos han satisfecho los derechos económicos, sociales y culturales, dependiendo y basándose únicamente en la voluntad y en el entorno político del momento. Con el fin de impedir que los estados mutaran sus obligaciones jurídicas en compromisos políticos y de buena voluntad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se encarga de monitorear el cumplimiento de los deberes estatales en el marco del Pacto de Naciones Unidas de los DESC, y emite diversas “Observaciones Generales” de algunos artículos del Pacto, delimitando su sentido y alcance para lograr los fines del tratado. Estas “Observaciones Generales” son de gran importancia

¹⁷ En contraste con los derechos civiles y políticos, los Estados tiene el deber de respetar y garantizar tales derechos, así como de adoptar medidas y recursos jurídicos para hacerlos validos, en especial de carácter judicial.

pues constituyen una fuente internacional de carácter oficial, y por lo tanto, los Estados deben considerar su contenido así como los preceptos que detallan.

La Observación General número tres¹⁸ intitulada “La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” tiene especial relevancia, y destaca los siguientes puntos:

Las obligaciones derivadas del PIDESC son de comportamiento y de resultado.

Las medidas que los Estados tienen que adoptar en un plazo razonable deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

- Los Estados deben conformar cuales son las medidas adoptadas, y por que las han considerado como las apropiadas.
- Los Estados deben contemplar, además de las medidas legislativas, otras de diverso carácter, (administrativas financieras, educativas, sociales, entre otras), para lograr la eficacia de los derechos, algunos de los cuales son por naturaleza autoejecutables y deben ser exigibles judicialmente.
- La progresiva efectividad de los derechos, significa que la plena efectividad de estos, no podrá lograrse en breve periodo de tiempo, pero si que debe procederse a dicho fin lo mas expedita y eficazmente posible.
- Los Estados deben demostrar que en efecto han destinado a tal fin el máximo de sus recursos de que dispongan.

Estos puntos se refuerzan en la Observación General número nueve, emitida en 1988, titulada “La aplicación interna del Pacto”, en la que se enfatiza que:

“...las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos”.

¹⁸ Expedida por el Comité el 14 de diciembre de 1990

Como puede apreciarse, en el ámbito de Naciones Unidas, el marco de las obligaciones de los Estados se ha ido concretando paulatinamente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con miras a que los gobiernos no debiliten el cumplimiento de sus obligaciones escudándose en la generalidad o vaguedad de los términos del PIDESC; en el marco de la OEA no ha habido un desarrollo similar, ya que aunque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publicó en su informe anual sus consideraciones con relación a la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente y diversas formas de reforzarlos, el Protocolo de San Salvador entro en vigor apenas, en Noviembre de 1999.

6. Los Derechos Culturales, deber y responsabilidad del Estado a través de sus órganos de poder.

Considero que a partir del catalogo de instrumentos a los que e hecho referencia en este capitulo, la existencia y vigencia de los derechos culturales no se puede negar, lo cual trae consigo además de los deberes de respeto, protección y satisfacción, otros deberes y responsabilidades especificas para cada Estado y a los órganos de poder que lo componen.

- a) Poder legislativo; los deberes que adquiere el Estado consiste en la expedición de normas que detallen y tiendan a hacer efectivos, los derechos establecidos en los tratados, cuando las normas que los integran así lo requieran, o bien adecuar la legislación interna al contenido del tratado.
- b) Poder ejecutivo; los deberes consisten en aplicar las medidas administrativas que permitan adecuar las conductas de los servidores públicos a lo establecido por el tratado en beneficio de las personas. De igual forma un deber del Estado será el diseñar políticas públicas

incluyendo la estrategia de aplicación de recursos económicos necesarios para la real efectividad de los derechos humanos.

- c) Poder judicial, debido a la trascendente actividad que realizan los jueces y a la naturaleza de su función, son quienes en mayor medida pueden lograr el respeto y la efectividad de los tratados internacionales guiando a través de sus decisiones al resto de los órganos, para que conduzcan sus actividades de acuerdo con las disposiciones previstas en los tratados y sancionado a quien viole estas disposiciones.¹⁹

Cabe mencionar que los organismos públicos no jurisdiccionales de protección de estos derechos, inspirados en la figura del *Ombudsman*, utilizan comúnmente los instrumentos internacionales de derechos humanos en la realización de sus funciones realizando así, una importante labor de difusión y capacitación.

En el caso mexicano, la adaptación de estos deberes respecto al derecho a la cultura, se traduce en la necesidad de contar con leyes específicas, generar practicas administrativas, políticas publicas, aplicación de recursos y criterios judiciales, dirigidos a lograr la efectividad plena de la participación de las personas de forma individual y colectiva, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, en las actividades culturales y artísticas de la nación, mismas que a su vez deben ser fomentadas y protegidas, al igual que sus productos. Todo lo anterior debe estar equilibrado de tal modo que permita la coexistencia de tradiciones y manifestaciones culturales, es decir el patrimonio cultural inmaterial de los diversos grupos que componen la sociedad en un marco de respeto a los derechos fundamentales.

¹⁹ Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La Aplicación Judicial de los Tratados de Derechos Humanos*, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Mexico, 2002, p 181-209.

La experiencia nacional como internacional ha demostrado que la sola consagración de los derechos fundamentales en instrumentos normativos, ya sea internacionales o la Constitución, leyes o reglamentos, o bien, la existencia de una estructura institucional, si bien es una base de la cual partir para lograr la eficacia de los derechos, no basta para asegurar su cumplimiento por parte de los órganos estatales correspondientes; de ahí que sea necesaria la referencia a mecanismos, medidas, recursos y procedimientos establecidos para lograr la eficacia plena de derechos humanos, y específicamente del derecho a la cultura.

Capítulo Tres.

Derechos fundamentales de carácter cultural en Latinoamérica

5. Derechos fundamentales de carácter cultural en Latinoamérica: 1. Aproximación 2. Protección constitucional de los derechos culturales en América Latina; 3. Conclusiones preliminares y consideraciones; 4. Sectores normativos del derecho de la cultura: a) Derecho del patrimonio cultural, b) Derecho del arte y la creación, c) Derecho de las industrias culturales, d) Derecho de las instituciones públicas y privadas, e) Derecho de autor ; 5. Obstáculos para la eficacia de los derechos culturales en el derecho internacional y Latinoamérica

CAPITULO 3

Derechos fundamentales de carácter cultural en Latinoamérica

1. Aproximación

El desarrollo y evolución del derecho cultural es una realidad basada en dos bases fundamentales: a) en la consagración de los derechos culturales; y b) en la aplicación a una política cultural por los poderes públicos sustentada

en la herramienta legislativa como uno de sus principales instrumentos de acción institucional.

Entre los llamados derechos humanos de “segunda generación” los derechos culturales han sido los de más reciente formalización legislativa y constitucional. Los instrumentos normativos internacionales relacionados con los derechos humanos distinguen, por lo menos entre el derecho a la educación en sentido amplio, y los comprendidos por dichos artículos, inherentes a la persona humana, que pueden ser clasificados en dos categorías: a) el derecho a la cultura, a participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.; y b) el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan en razón de las creaciones de que sea autor.

El pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) agrega al reconocimiento de los derechos culturales la necesidad de que los países cuenten con una legislación específica apropiada, es decir una legislación cultural.

No puede negarse la vigencia del “constitucionalismo cultural” en América Latina, ya que buena parte de las constituciones políticas aprobadas después de la Declaración de 1948, ha consagrado el reconocimiento del derecho a la cultura como una de las normas primarias del sistema político cultural en cada Estado, unido a textos fundamentales, y disposiciones sobre propiedad intelectual, patrimonio cultural, creación artística, fomento, promoción y las artes, instituciones culturales.

La vigencia de los derechos culturales, consagrados tanto en los instrumentos normativos internacionales como en las cartas fundamentales

latinoamericanas, ha sucedido, la política cultural, en algunos casos avanzada y en otros es incipiente. La preocupación del Estado por el desarrollo de servicios culturales públicos, por el fomento a las artes, la conservación al patrimonio entre múltiples funciones relativas al marco de acción en que se desarrolla la política cultural de los poderes públicos¹, ha sido unja constante en los programas gubernamentales de buena parte de los países latinoamericanos.

Las reuniones de los responsables de las políticas culturales en Latinoamérica han insertado la legislación cultural en sus programas de cooperación; es en Latinoamérica donde se ha elaborado el mayor número de recopilaciones e investigaciones sistemáticas comparadas, por países, de las legislaciones culturales nacionales.

Por tal motivo realizo una investigación de derecho comparado y presento un cuadro comparativo de las Constituciones de América Latina en materia de derechos culturales para posteriormente, poder desglosar y concretar mejor los conceptos ahí inscritos.

2. Protección constitucional de los derechos culturales en América Latina

Los derechos culturales en general, han sido objeto, para su reconocimiento, de un tratamiento normativo en las Constituciones políticas de los Estados de América latina.

A continuación, se resume la situación actual de acuerdo a los textos, país por país, la protección de tales derechos en el orden jurídico constitucional.

¹ HARVEY, Edwin R., *Estado y Cultura* , Buenos Aires, Desalma, 1980.

Constitución de la República Argentina²

Derechos fundamentales

La Constitución Argentina de 1853, dispone en su capítulo sobre declaraciones, derechos y garantías, entre otras cláusulas, que:

- a) todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas en la prensa sin censura previa;
- c) todos los habitantes del país son iguales ante la ley, y
- d) todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley.

Derechos culturales específicos

La reforma constitucional de 1994 introdujo una serie de innovaciones en materia de derechos humanos, derechos culturales y derechos de los pueblos indígenas.

Señala el art. 41 que las autoridades proveerán a la preservación del patrimonio cultural y natural, correspondiendo a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias (como integrantes del Estado federal) las necesarias para complementarlas.

En otro orden de derechos culturales el art. 75, dispone asimismo que le corresponde al Congreso Nacional dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Derechos de los pueblos indígenas

Se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y la obligación del Congreso Nacional de dictar leyes destinadas a ese rubro.

Jerarquía constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos

² Argentina, Constitución de la Nación Argentina, *Boletín Oficial*, 23 de agosto de 1994

La innovación fundamental, como norma general, ha sido el incluir en el texto de la Constitución, en las condiciones de su vigencia y con jerarquía constitucional, los principales instrumentos normativos internacionales de protección de los derechos humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Constitución Política de Bolivia³

Derechos fundamentales

El art. 1 de la Constitución consagra a Bolivia como una república multiétnica y pluricultural, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.

El principio de no discriminación se afirma en el art. 6, el que establece que todo ser humano goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por la Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica, social u otra cualquiera.

Entre los derechos fundamentales se consagra el derecho de toda persona a emitir libremente sus ideas y opiniones, así como a recibir instrucciones y adquirir cultura. El Estado reconoce y sostiene la religión Católica, Apostólica y Romana y garantiza el ejercicio público de todo otro culto.

Derechos de las comunidades indígenas

En materia de regímenes especiales (Tercera Parte de la Constitución), en el art. 171 se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional.

³ Bolivia, Constitución Política del Estado, 6 de febrero de 1995, reformada en 202 y 2004.

Derechos culturales y patrimonio cultural

Disposiciones especiales sobre el régimen cultural han sido prescriptas constitucionalmente en el Título IV de la Tercera Parte. Entre ellas:

- a) la educación es la más alta función del Estado y, en ejercicio de esta función deberá fomentar la cultura del pueblo;
- b) los monumentos y objetos arqueológicos son de propiedad del Estado;
- c) la riqueza artística colonial, la arqueológica, la histórica y documental, así como la procedente del culto religioso son tesoro cultural de la Nación, están bajo el amparo del Estado y no pueden ser exportadas;
- d) el Estado protegerá los edificios y objetos que sean declarados de valor histórico o artístico;
- e) el Estado organizara un registro de la riqueza artística, histórica, religiosa y documental, proveerá a su custodia y atenderá a su conservación;
- f) las manifestaciones del arte y las industrias populares son factores de la cultura nacional y gozan de especial protección del Estado, con el fin de conservar su autenticidad e incrementar su producción y difusión, y
- g) el Estado fomentara el acceso del campesino a la educación y a la cultura en todas sus manifestaciones.

Constitución del Brasil⁴

Derechos fundamentales

La Constitución del Brasil hace referencia en su Preámbulo al pueblo brasileño como sociedad pluralista y sin prejuicios, destacando en su art. 3 los objetivos fundamentales de la República Federal; entre otros, el de promover el bien de todos sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad o cualesquiera otras formas de discriminación. La prevalencia de los derechos humanos y el repudio

⁴ Brasil, Constitución de la Republica Federativa de Brasil, *Diario Oficial de la Unión*, 6 de octubre de 1988

del racismo figuran entre los principios por el que se rigen las relaciones internacionales del país (art. 4).

Derechos culturales específicos

El Título II, De los derechos y garantías fundamentales, de la Constitución incluye un conjunto de derechos culturales esenciales. En el Capítulo I el art. 5 consagra el principio de la igualdad ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en términos tales como: la libre manifestación del pensamiento; la libertad de conciencia y de creencia; el libre ejercicio de los cultos religiosos; la garantía de protección de los lugares de culto y sus liturgias; la no privación de derechos por motivo de creencia religiosa; la libre expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia; el acceso a la información; y el derecho exclusivo de los autores respecto de la utilización, publicación o reproducción de sus obras.

La lengua portuguesa se consagra como el idioma oficial de la República Federativa de Brasil.

El Título VIII, Del orden social, incluye un capítulo dedicado a la educación, la cultura y el deporte.

El art. 205 proclama a la educación como derecho de todos y deber del Estado y de la familia, y debe impartirse la enseñanza en base al principio de igualdad de acceso, a la libertad de aprender y enseñar, así como de investigar y difundir el pensamiento, el arte y el saber, junto al pluralismo de ideas. El acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita es un derecho público subjetivo (arts. 206 y 208).

Una cláusula especial dispone que la enseñanza fundamental regular será impartida en lengua portuguesa y se asegurara, también, a las comunidades indígenas el uso de sus lenguas maternas y métodos propios de aprendizaje.

La sección 2 del mismo Capítulo III dispone que el Estado garantizara a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales, así como el acceso a las fuentes de la cultura nacional y apoyara e incentivara la valoración y difusión de las manifestaciones culturales. El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas y las de otros grupos participantes en el proceso civilizatorio nacional. Por ley se dispondrá sobre la fijación de fechas conmemorativas de alta significación para los diferentes segmentos étnicos nacionales (art.215).

Derecho al patrimonio cultural

Se dispone la competencia de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios en materia de protección de los documentos, las obras y otros bienes de valor histórico, artístico y cultural, los monumentos, los paisajes naturales notables y los parajes arqueológicos (a estos últimos se los consagra como bienes de la Unión); debiendo impedir la evasión, la destrucción y la descaracterización de las obras de arte y de otros bienes de valor histórico, artístico y cultural (art.23).

Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio histórico y cultural.

Se consagran como bienes del patrimonio cultural brasileño, integrantes de la identidad cultural del país, todos aquellos de naturaleza material e inmaterial tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la actuación y a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña (formas de expresión; modos de crear, hacer y vivir; creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; etc.).

6.4.4. Derechos de los pueblos indios

El Capítulo VIII, De los indios dispone normas sobre los pueblos indígenas

Constitución Política de Chile⁵

La Constitución de Chile establece entre sus bases (capítulo I) que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La igualdad ante la ley se reafirma en el art. 19. Además, entre los derechos constitucionales se incluyen la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; el derecho a la educación, y la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.

Asimismo, es reconocido el derecho de autor sobre sus creaciones literarias y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El art. 19 dispone también que el derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello de acuerdo con la ley. Corresponde al Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Constitución Política de Colombia⁶

Derechos fundamentales

Entre los derechos fundamentales que inspiran la Constitución de Colombia se encuentran:

El de que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5);

⁵ Chile, Constitución Política de la República de Chile, *Diario Oficial de Chile*, 11 de septiembre de 1980.

⁶ Colombia, Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional No. 114*, 7 de julio 1991

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (art. 13)

El art. 20 se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, así como la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Es decir, que no habrá censura.

Derechos e identidad culturales

Entre los principios constitucionales que afirman la identidad cultural se consagran los siguientes:

- 1) el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (art. 7);
- 2) es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8), y
- 3) la diversidad lingüística como signo de identidad: el castellano es el idioma oficial de Colombia, al mismo tiempo que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios; de modo que debe ser bilingüe la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias (art. 10).

Los derechos económicos, sociales y culturales se han consagrado en el Capítulo 2 del Título II, (De los derechos, las garantías y los deberes), de la Constitución colombiana:

- a) los del niño a la educación y la cultura (art. 44);
- b) la educación es un derecho de la persona y un servicio publico que tiene una función social (art. 67);
- c) el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley (art. 61);

d) las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, y el patrimonio arqueológico de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63);

e) los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (art. 68);

f) el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades (art. 70), y

g) la búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres; los planes de desarrollo económico y social deberán incluir el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales, y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades (art. 71).

El principio de la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (se supera el concepto clásico y monolítico de la cultura nacional) es reconocido por el Estado; al mismo tiempo, se consagra que la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad; así, el Estado debe promover la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación (art. 70).

Derecho al patrimonio cultural

De acuerdo con este principio fundamental se dispone que el patrimonio cultural de la Nación esta bajo la protección del Estado y en consecuencia:

a) el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles, y

b) la ley establecerá los mecanismos para readquirir tales bienes cuando se encuentren en manos de particulares, y reglamentara legalmente los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorio de riqueza arqueológica (art. 72).

Derechos culturales de las comunidades indígenas

El art. 96, del Título III, afirma la identidad étnica de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos de Colombia con países vecinos y señala el derecho cultural propio de tales comunidades identificadas por un mismo origen étnico secular más allá de las fronteras nacionales.

Constitución Política de Costa Rica⁷

La Constitución Política de la República de Costa Rica aprobada el 7 de noviembre de 1949, en su Título IV, Sobre derechos y garantías individuales, establece, entre otros derechos, que todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura; así como el de que todo autor gozará temporariamente de la propiedad exclusiva de su obra, con arreglo a la ley (arts. 29 y 47).

De acuerdo con la reforma del 31 de mayo de 1968, se consagra el principio de que todo hombre es igual ante la ley, de modo que no puede hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana (art. 33).

Derechos educativos y culturales

Diversas normas sobre educación y cultura se establecen en el Título VII, entre ellas: a) la educación pública será organizada como un proceso integral correlacionado en sus diversos ciclos; b) se garantiza la libertad de enseñanza; la educación general básica es obligatoria y gratuita; c) la libertad de cátedra es principio fundamental de la enseñanza universitaria, y d) entre los fines culturales de la República se incluyen los de proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la nación y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico.

⁷ Costa Rica, Constitución Política de la república de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949

En materia lingüística se establece que el español es el idioma oficial de la Nación (ley 5.703 del 6 de junio de 1975).

Constitución de Cuba⁸

La Constitución de 1976 dispone que la República de Cuba es un Estado socialista y que el Partido Comunista de Cuba, vanguardia organizada marxista-leninista de la clase obrera, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia la construcción del socialismo y la sociedad comunista.

Dentro de este marco ideológico particular se establecen los derechos y garantías fundamentales: a) se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista, y b) el Estado socialista, que basa su actividad y educa al pueblo en la concepción materialista del universo, reconoce y garantiza la libertad de conciencia, el derecho de cada uno a profesar cualquier creencia religiosa y practicar, dentro del respeto a la ley, el culto de su preferencia.

Conforme a este marco de referencia, todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes. La discriminación por motivo de raza, color, sexo u origen nacional está proscrita y es sancionada por la ley (arts. 40 y 41).

Educación y cultura

Además de establecer entre otras disposiciones que el Estado socialista garantiza que no haya personas sin acceso a la cultura, el capítulo IV establece en su art. 38 que el Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones, fundamenta su política

⁸ Cuba, Constitución de La Republica de Cuba, *Gaceta Oficial de la Republica*, 24 de febrero de 1976.

educativa y cultural en la concepción científica del mundo, establecida y desarrollada por el marxismoleninismo.

A tales efectos: a) es libre la creación artística siempre que su contenido no sea contrario a la revolución; b) el Estado se ocupa de fomentar y desarrollar la educación artística, la vocación para la creación y el cultivo del arte y la capacidad para apreciarlo; c) la actividad creadora e investigativa en la ciencia es libre; d) el Estado vela por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación; protege los monumentos nacionales y los lugares que se destacan por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico, y e) el Estado promueve la participación de los ciudadanos a través de las organizaciones sociales y de masas del país en la realización de su política educativa y cultural. Cabe señalar que el art. 61 dispone que ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible.

Constitución Política de Ecuador⁹

La Constitución Política de la República del Ecuador, En materia de derechos de las personas, entre otros se consagra el derecho a la libertad de opinión y a la de expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social; se garantiza la igualdad ante la ley; se prohíbe toda discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación política o de cualquier otra índole, origen social o posición económica o ascendencia. Se garantiza, además, la libertad de conciencia y la de religión, en forma individual o colectiva, en público o en privado. Se consagra, asimismo, el derecho de la persona a guardar reserva sobre sus convicciones religiosas (art. 19).

⁹ Ecuador, Constitución Política de la República del Ecuador, *Registro Oficial*, 10 de agosto de 1979.

Derechos culturales específicos

En materia de derechos lingüísticos se establece que el idioma oficial es el castellano, agregándose que el quichua y las demás lenguas aborígenes forman parte de la cultura nacional.

Se dispone que entre las funciones primordiales del Estado, además de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre, debe promoverse el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.

Entre los derechos de las personas que el Estado garantiza se encuentra el de participar en la vida cultural de la comunidad, disposición que es complementada por la regla general establecida por el art. 44: el Estado garantiza a todos los individuos, hombres y mujeres, que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes.

La Constitución ecuatoriana agrega normas sobre obligaciones del Estado en materia de educación y cultura, entre otras: a) fomentará y promoverá la cultura, la creación artística y la investigación científica; b) velará por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación; c) la educación es deber primordial del Estado; d) se garantiza el acceso a la educación de todos los habitantes sin discriminación alguna, y e) se garantiza la libertad de enseñanza y cátedra.

Constitución de El Salvador¹⁰

La Constitución de la República de El Salvador de 1983 en su Título II, Derechos y garantías fundamentales de las personas, establece entre los derechos individuales que todas las personas son iguales ante la ley; para el

¹⁰ El Salvador, Constitución Política de la República de El Salvador de 15 de diciembre de 1983

goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

Entre otros derechos, asimismo se establece que toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones; se reconoce la personería jurídica de la Iglesia Católica; las demás iglesias podrán obtener, conforme a la ley, el reconocimiento de su personería jurídica.

Derechos culturales y educativos

El art. 53 prescribe que el derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana. Como deber a cargo del Estado se dispone que es obligación y finalidad primordial de aquél la conservación, fomento y difusión de la educación y la cultura. El Estado debe además propiciar la investigación y el quehacer científico.

Queda también a cargo del Estado la salvaguardia de la riqueza artística, histórica y arqueológica del país, la que forma parte del tesoro cultural salvadoreño y sujeta por lo tanto a leyes especiales para su conservación.

En materia lingüística se dispone que el idioma oficial de El Salvador es el castellano, y se obliga al gobierno a velar por su conservación y enseñanza. Además, las lenguas autóctonas que se hablan en el territorio nacional forman parte del patrimonio cultural y serán objeto de preservación, difusión y respeto.

Constitución Política de Guatemala¹¹

Título II de la Constitución de la República de Guatemala, está dedicado a los derechos humanos, clasificándolos en derechos individuales (Capítulo I) y derechos sociales (Capítulo II).

¹¹ Guatemala, Constitución Política de la Republica de Guatemala, 31 de mayo de 1985

Entre los primeros se incluyen: a) el derecho a la libertad e igualdad: todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos (art. 4); b) la libertad de emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin censura ni licencia previa (art. 35); c) el derecho de toda persona a practicar su religión o creencia, tanto en público como en privado, por medio de la enseñanza, el culto y la observancia sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos, y d) se reconoce el derecho de autor, cuyos titulares gozarán de la propiedad exclusiva de su obra conforme a la ley y los tratados internacionales (art. 42).

El art. 46 establece el principio legal de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Derechos de las comunidades indígenas

La sección tercera del capítulo sobre derechos sociales establece normas en relación a las comunidades indígenas del país.

Derechos culturales y política cultural

Dentro del mismo capítulo sobre derechos sociales la sección segunda dispone sobre diversos derechos culturales especiales: a) el derecho de toda persona a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la nación (art. 57); b) el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural, de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres, y c) el derecho a la libre expresión creadora (art. 63).

La política cultural del Estado se afirma mediante el establecimiento de diversas obligaciones a su cargo: a) proteger, fomentar y divulgar la cultura nacional; b) emitir leyes y disposiciones que tiendan a su enriquecimiento,

restauración, preservación y recuperación; c) promover y reglamentar la información científica sobre la misma, así como la creación y aplicación de tecnología apropiada; d) apoyar y estimular al científico, al intelectual y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica; e) proteger de manera especial la expresión artística nacional, el arte popular, el folklore y las artesanías e industrias autóctonas a fin de preservar su autenticidad, y f) propiciar la apertura de mercados nacionales e internacionales para la libre comercialización de la obra de los artistas y artesanos y promover su producción y adecuada tecnificación (arts. 57, 58, 59, 62 y 63).

Un conjunto de normas se refieren a la preservación del patrimonio cultural y natural: a) los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país que forman el patrimonio de la nación están bajo la protección del Estado; b) se prohíbe su enajenación, exportación o alteración, salvo los casos que determine la ley; c) los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el Centro Cultural de Guatemala recibirán atención especial del Estado, a fin de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales, y d) estarán sometidos a un régimen especial de conservación el Parque Nacional Tikal, el Parque Arqueológico de Quiriguá y la ciudad de Antigua Guatemala, así como cualquier otro que se declare Patrimonio Mundial.

Caso único dentro del constitucionalismo cultural latinoamericano, el art. 65 de la Constitución establece que la actividad del Estado en cuanto a la preservación y promoción de la cultura y sus manifestaciones, estará a cargo de un órgano específico con presupuesto propio.

En la sección cuarta del Capítulo II se incluyen normas sobre educación, entre ellas se consagra el derecho a la educación; la obligación del Estado de proporcionar y facilitar educación a sus habitantes sin discriminación alguna; y se declara de utilidad y necesidad públicas la fundación y mantenimiento de centros educativos, culturales y museos.

Derechos lingüísticos

En materia lingüística el art. 76 dispone que en las escuelas establecidas en zonas donde predomina la población indígena, la enseñanza deberá impartirse con preferencia en forma bilingüe.

El pluralismo lingüístico se ha hecho constar en el art. 143: a) el idioma oficial de Guatemala es el español, y b) las lenguas vernáculas, forman parte del patrimonio cultural de la nación.

Constitución de Haití¹²

La Constitución de la República de Haití, establece el principio de aceptación de la comunidad de lenguas y de cultura. La educación es una responsabilidad del Estado y de las colectividades territoriales que lo integran.

La ley protege la propiedad científica, literaria y artística. En cuanto al derecho a la información se dispone que el Estado tiene la obligación de dar a conocer, por medio de la prensa oral, escrita y televisada, en los idiomas créole y francés, las leyes, órdenes, decretos, acuerdos internacionales, tratados y convenciones en todo lo que afecte a la vida nacional.

En materia de patrimonio cultural, el art. 215 dispone que las riquezas arqueológicas, históricas, culturales y folklóricas del país, así como las riquezas arquitectónicas, forman parte del patrimonio nacional.

¹² Haití, Constitución de la Republica de Haití, , 10 de marzo de 1987.

En consecuencia, los monumentos, las ruinas, los sitios de grandes episodios heroicos, los centros célebres de las tradiciones africanas del país y todos los vestigios del pasado quedan bajo la protección del Estado, de acuerdo a la ley.

Constitución de Honduras¹³

La Constitución de Honduras declara que es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura (art. 72). Sin embargo, la ley que regule la emisión del pensamiento podrá establecer censura previa, para proteger los valores éticos y culturales de la sociedad. Por otro lado todo autor gozará de la propiedad exclusiva de su obra con arreglo a la ley (art. 108). Además los trabajos intelectuales independientes y el resultado de su actividad, deberán ser objeto de una legislación protectora (art. 133). No se consideran monopolios particulares los privilegios temporarios que se concedan a los autores en concepto de derechos de propiedad artística, literaria o científica (art. 339).

Educación y cultura

En materia lingüística el art. 6 dispone que el idioma oficial de Honduras es el español, debiendo el Estado proteger su pureza e incrementar su enseñanza. Dentro del Capítulo VIII se disponen normas sobre educación y cultura, entre ellas las siguientes: a) la educación es función esencial del Estado para la conservación, el fomento y difusión de la cultura (art. 151); b) toda riqueza antropológica, arqueológica, histórica y artística de Honduras forma parte del patrimonio cultural de la nación; es deber de todos los hondureños velar por su conservación e impedir su sustracción; c) los sitios de belleza natural, monumentos y zonas reservadas, estarán bajo la protección del Estado; la ley

¹³ Honduras, Constitución Política de Honduras, de 11 de enero de 1982, reformada, *Gaceta Oficial de Honduras* el 4 de Mayo de 2005

establecerá las normas básicas para la conservación, restauración, mantenimiento y restitución, en su caso (art. 172), y d) el Estado preservará y estimulará las culturas nativas, así como las genuinas expresiones del folklore nacional, el arte popular y las artesanías.

Derechos de las comunidades indígenas

El art. 346 establece que es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas.

Constitución Política de México¹⁴

En su Título I sobre garantías individuales consagra, entre otros, los siguientes principios: a) la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, a los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público, b) el derecho a la información será garantizado por el Estado; c) es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia; y d) ninguna ley ni autoridad puede establecer previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública (arts. 6 y 7).

No se consideran monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras (art. 28).

Derechos culturales de los pueblos indígenas

se reconoce la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Dice la Constitución que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos,

¹⁴ México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917.

costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado.

Patrimonio cultural

En esta materia la Constitución mexicana sólo señala la facultad del Congreso para legislar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos cuya conservación sea de interés nacional; al mismo tiempo, se agrega la competencia respectiva para legislar en todo lo que se refiera a museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación.(Artículo 73 fracción XXV).

Constitución Política de Nicaragua¹⁵

Derechos fundamentales y naturaleza pluriétnica de la nación

Entre los principios de la nación nicaragüense, se consagran el respeto a la dignidad de la persona humana, así como el pluralismo político, social y étnico (art. 5).

Algunos derechos culturales fundamentales se afirman en el art. 29: el derecho de toda persona a la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión. Los nicaragüenses tienen derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral, escrita o por cualquier otro medio (art. 30).

Derechos culturales específicos

¹⁵ Nicaragua, Constitución Política de la Republica de Nicaragua, de 1987, con las reformas de 1995 y 2000

La protección del derecho lingüístico de toda persona se amplía en el marco de los procedimientos judiciales: a) todo detenido tiene derecho a ser informado sin demora en idioma o lengua que comprenda, y en forma detallada, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra, y b) todo procesado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o habla el idioma empleado por el tribunal (art. 33 y 34).

Se reconoce la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

A tales derechos individuales establecidos en el Título IV, Derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense, se agregan los derechos sociales, entre ellos el de que los nicaragüenses tienen derecho a la educación y a la cultura (art. 58), así como a la información veraz (art. 66), y a manifestar sus creencias religiosas en privado o en público, mediante la práctica y la enseñanza del culto (art. 69).

Como principio general se establece la obligación del Estado de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen (art. 91).

Derechos culturales y política cultural

El Título VII, Educación y cultura, además de disponer que la educación es función indeclinable del Estado y otros derechos educativos, consagra, entre otros derechos culturales: a) se garantiza la libertad de cátedra; b) se respalda y protege la propiedad intelectual; c) la creación artística y cultural es libre e irrestricta, y d) los trabajadores de la cultura tienen plena libertad de elegir formas y modos de expresión. Se reafirman las bases de la política cultural del Estado: promover y proteger la libre creación, investigación y difusión de las

ciencias, la tecnología, las artes y las letras; se considera deber del Estado: a) promover el rescate, desarrollo y fortalecimiento de la cultura nacional, apoyándola en todas sus expresiones, sean de carácter colectivo o de creadores individuales; b) procurar y facilitar a los trabajadores de la cultura los medios necesarios para crear y difundir sus obras; c) proteger el derecho de autor, y d) preservar el patrimonio arqueológico, histórico, lingüístico, cultural y artístico de la nación (arts.126, 127 y 128).

Constitución Política de Panamá¹⁶

El art. 36 prescribe que toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa. En orden a los derechos de la creación se dispone que todo autor, artista o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o invención durante el tiempo y en la forma que establezca la ley (art. 48).

Derechos culturales y educativos específicos y política cultural

El Estado reconoce el derecho de todo ser humano a participar en la cultura, así como el derecho a la educación, junto a la responsabilidad de educarse. Se enuncia que la cultura nacional está constituida por las manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas producidas por el hombre en Panamá a través de las épocas.

Los deberes del Estado en materia de política cultural se han dispuesto expresamente en varias normas, entre ellas: a) fomentar la participación de

¹⁶ Panamá, Constitución Política de la Republica de Panamá de 1972, reformada en 1978,1983, 1994.

todos los habitantes en la cultura nacional; b) promover, desarrollar y custodiar el patrimonio cultural; c) formular la política científica nacional destinada a promover el desarrollo de la ciencia y la tecnología; d) auspiciar y estimular a los artistas nacionales divulgando sus obras, y promover a nivel nacional el desarrollo del arte en todas sus manifestaciones mediante instituciones académicas, de divulgación y recreación, y e) promover el estudio, conservación y divulgación de las tradiciones folklóricas.

Señala el art. 80 que constituyen el patrimonio histórico de la Nación los sitios y objetos arqueológicos, los documentos, monumentos históricos o inmuebles que sean testimonio del pasado panameño. Se establece también que la riqueza artística e histórica del país constituye el patrimonio cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, el cual prohibirá su destrucción, su exportación o transmisión.

Derechos lingüísticos

El art. 7 establece el principio general: el español es el idioma oficial de la República. En función de esta norma el Estado velará por la defensa, difusión y pureza del idioma español (art. 77).

Derechos de las comunidades indígenas

El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales; realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas

Constitución Nacional del Paraguay¹⁷

¹⁷ Paraguay, Constitución Política de la Republica de Paraguay, Gaceta Oficial de la Republica del Paraguay, 20 de junio de 1992.

Derechos fundamentales y derechos culturales

El artículo 48 prescribe que el hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

toda persona tiene el derecho a la libre expresión de su personalidad, a la creatividad y a la formación de su propia identidad (art. 25). Se garantiza la libre expresión así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna (art. 26). Toda persona tiene el derecho a generar y difundir información (art. 26). Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa, entre otros, del ambiente, de la integridad del hábitat, del acervo cultural nacional, y de otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y se relacionen con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo (art. 38).

Derechos culturales de los pueblos indígenas

El art. 62 reconoce la existencia de los pueblos indígenas definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y constitución del Estado paraguayo. Tienen derecho a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa.

Derechos lingüísticos

En materia de derechos lingüísticos el art. 140 consagra a Paraguay como un país pluricultural y bilingüe. Establece como idiomas oficiales al castellano y al guaraní.

Educación y cultura

La afirmación de la identidad cultural se incluye entre los fines de la educación a la que toda persona tiene derecho. Se garantiza el derecho de aprender y la igualdad de oportunidades del acceso a los beneficios de la cultura humanística, de la ciencia y de la tecnología, sin discriminación alguna. Así

como se reconoce el protagonismo de la Iglesia Católica en la formación histórica y cultural de la Nación (arts. 73, 74 y 82).

La protección del patrimonio cultural se establece en el art. 81 el que señala que se dispondrán los medios necesarios para la conservación, el rescate y la restauración de los objetos, documentos y espacios de valor histórico, arqueológico, paleontológico, artístico o científico, así como de sus respectivos entornos físicos, definiéndose a la vez las funciones del Estado al respecto. Los derechos de autor y de propiedad intelectual y su goce exclusivo con arreglo a la ley han sido reconocidos en el art. 110.

Constitución Política del Perú¹⁸

En el capítulo sobre derechos fundamentales de las personas, una serie de derechos humanos en general y derechos culturales en particular:

Derechos culturales específicos

El artículo 2 establece también que toda persona tiene derecho:

- a) a participar, en forma individual o asociada, en la vida cultural de la Nación;
- b) a su identidad étnica y cultural;
- c) a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete;
- d) a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, sin previa autorización ni censura; y
- e) a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto; el Estado debe propiciar el acceso a la cultura y fomentar su desarrollo y difusión (art. 2).

Se establece expresamente que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

¹⁸ Perú, Constitución Política del Perú, Diario Oficial El Peruano, 29 de diciembre de 1993.

Como principio general de los derechos educativos el art. 13 dispone que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza.

Asimismo, el Estado:

- a) fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona;
- b) preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país; y
- c) promueve la integración nacional (art.17).

Derecho al patrimonio cultural

El patrimonio cultural se destaca como expresión de la identidad nacional en materia de protección.

Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico expresamente declarados bienes culturales, entre otros, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad pública o privada.

Se fomenta conforme a la ley, la participación privada en la conservación, restauración y difusión del patrimonio cultural, así como su restitución al país cuando algún bien componente del mismo hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional (art. 21).

Derechos lingüísticos

En materia de patrimonio y derechos lingüísticos el art. 48 consagra como idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominan, también el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes según la ley.

Constitución de la República Dominicana¹⁹

Se establece la libertad de enseñanza, así como el deber del Estado de proporcionar la educación fundamental a todos los habitantes del territorio nacional. El Estado procurará la más amplia difusión de la ciencia y la cultura facilitando de manera adecuada que todas las personas se beneficien con los resultados del progreso científico y moral.

Se prescribe, finalmente, que toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, formará parte del patrimonio cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado; la ley establecerá cuanto sea oportuno para su conservación y defensa (art. 101).

Constitución del Uruguay²⁰

El trabajo intelectual, así como el derecho del autor o del artista serán reconocidos y protegidos por la ley (art. 33). Por otro lado se establece que toda la riqueza artística o histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la Nación; estará bajo la salvaguardia del Estado, y la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa.

Constitución de Venezuela²¹

Derechos culturales y educativos

¹⁹ Republica Dominicana, Constitución Política de la Republica Dominicana, 25 de julio de 2002.

²⁰ Uruguay, Constitución Política de la Republica Oriental de Uruguay, de 1967 reformada en 1989, 1994, 1997, 2004

²¹ Venezuela, Constitución Política de la Republica de Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial 30 de diciembre de 1999*.

Cuadro comparativo de derechos de contenido cultural en las Constituciones latinoamericanas

Patrimonio Artístico y Cultural	Creación, participación, acción artística e intelectual	Acceso a la Cultura	Derecho a la educación	Multiculturalismo	Derechos de Autor
Argentina Brasil (216) Chile (10) Colombia (8, 72, 95) Costa Rica (89) Ecuador (3,19,32,64,97) El Salvador (63,64) Guatemala (60,61,62) Honduras (172,173) México (73 frXXV, 27) Uruguay (34) Paraguay (81) Nicaragua (128) Panamá (77,81) Venezuela (98)	Brasil (216) Chile (10) Colombia (67,70) Ecuador (62) Guatemala (57,63) Honduras (175) Panamá (76) Perú (8) Venezuela (98)	Bolivia Brasil (215) Ecuador (62,63) Perú (28)	Argentina Bolivia (derecho y deber) Brasil (d.social) (6, 205-214) Chile (10) Colombia (27,44,67) Costa Rica (77,88) Ecuador (66-79, 97) El Salvador (53-61) Guatemala (71-90) Honduras (151-171) México (3) Nicaragua (116-125) Paraguay (73-80) Puerto Rico (seccion 5) Panamá (87-104) República Dominicana (16) Uruguay (68-71) Venezuela (102)	Argentina Brasil (215) Colombia 7,10(lengua dialectal) Costa Rica (76 lengua) Ecuador (1,3,62,83) El Salvador (62) Guatemala (58 identidad cultural) México (2) Panamá (84, 86, 78) Paraguay (66) Perú (2, 19) Venezuela (102-109)	Argentina Brasil Chile (25) Guatemala (42) Nicaragua (127) Perú (2fr.8) Uruguay (33) Venezuela (98)

La creación culturales libre, esta libertad comprende el derecho a inversión, producción, y divulgación de la obra creativa, certifica, literaria, tecnológica, humanística, incluyendo la protección legal de los derechos de autor.

El Estado reconoce y protege la propiedad intelectual.

El Estado fomentara la cultura en sus diversas manifestaciones y velara por la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico que se encuentren en el país.

3. Conclusiones preliminares y consideraciones

En general las Constituciones políticas de los países de América latina hacen referencia a los distintos aspectos con que hoy se identifican los derechos culturales, y reconocen los principios fundamentales de igualdad y de no discriminación.

Los derechos vinculados a la protección y conservación del patrimonio cultural (elemento central de identidad cultural), así como normas y deberes específicos a cargo del Estado, están determinados a nivel constitucional en la totalidad de los países (con excepción de Chile, que los resguarda en su legislación), coincidiendo con prescripciones sobre la política cultural a llevar a cabo por los gobiernos en cada caso nacional.

El derecho a la cultura, mediante diversas formulaciones normativas, ha sido proclamado explícitamente por las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú. Se ratifica así la máxima jerarquía normativa nacional, que 18 países de América latina han hecho del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 15).

Las Constituciones de 10 países se refieren, también en forma expresa, a los derechos lingüísticos (principal elemento de identidad cultural), mientras que 12 Estados establecen como idioma oficial el español y el portugués (en el caso del Brasil). Colombia agrega como tales a las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, en sus respectivos territorios. Nicaragua reconoce como oficial, asimismo, a las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica en los casos que establezca la ley. Paraguay se proclama como país bilingüe (castellano y guaraní). Haití establece que el créole y el francés son las lenguas de la República. Y Perú consagra como idiomas oficiales al castellano y, en las zonas donde predominan, también el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes según la ley.

El principio de la libertad de religión (otro componente de identidad cultural), como protección legal de las minorías religiosas²², rige normativamente en todos los países, sin perjuicio de que disposiciones especiales se refieran específicamente a la Iglesia Católica en 8 Estados (Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay y Perú).

Los derechos de la creación intelectual tienen jerarquía constitucional en 16 países, aunque el reconocimiento y protección de los derechos de autor se ha generalizado mediante una legislación especial en cada Estado latinoamericano.

Ocho países se reconocen, constitucionalmente, como pluriculturales y multiétnicos: Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, Haití, México, Nicaragua y Perú. Los derechos culturales de las comunidades indígenas han sido

²² Capotorti, Francesco, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 1991

señalados con referencia a los componentes de su identidad (la cultura, el patrimonio, las costumbres, la herencia lingüística y otros rasgos de identificación) en las Constituciones políticas de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, México y Nicaragua, todo lo cual se agrega así a otras disposiciones fundamentales destacadas precedentemente en cuanto al reconocimiento constitucional de los pueblos y núcleos indígenas de América latina.

A la variedad de normas constitucionales citadas, deberá agregarse (en una futura investigación más amplia que la presente) el análisis y recopilación de la variada y múltiple legislación nacional específica, así como de modelos y programas de políticas culturales respectivas, que enriquecen la normativa y la política nacional de cada país de América latina en materia de resguardo legal de los derechos culturales del individuo en general, de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas²³, lingüísticas²⁴ y religiosas y de los pueblos indígenas²⁵ en particular, así como de los derechos culturales colectivos de estos últimos, en proceso de elaboración y formulación.

²³ El concepto de “minoría”, en términos sociopolíticos y de protección legal internacional tiende a ampliarse: “(...)The term ‘minorities’ embraces four different categories of groups: 1) Autochthonous or indigenous peoples, whose line of descent can be traced to the aboriginal inhabitants of the country having a particular relationship with their territories and an accentuated feeling of ownership of what they consider to be their land. 2) Territorial minorities, groups with a long cultural tradition who have lived in national contexts where minorities are numerous, as in many countries of Europe and North America. 3) Nonterritorial minorities or nomads, groups with no particular attachment to a territory. 4) Immigrants who will tend to negotiate collectively their cultural and religious presence in a particular society (...)”. World Commission on Culture and Development. *Our creative diversity*, 1995, p.74.

²⁴ Capotorti, Francesco, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 1991.

²⁵ El concepto de “pueblos indígenas” ha sido delimitado, entre otras definiciones, conforme a los siguientes criterios: “Las poblaciones indígenas están constituidas por los descendientes actuales de los pueblos que habitaban el presente territorio de un país total o parcialmente, en el momento en que llegaron a él personas de otra cultura u origen étnico provenientes de otras partes del mundo, y que los dominaron y los redujeron, por medio de la conquista, asentamiento u otros medios, a condición no dominante o colonial; que viven hoy más en conformidad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales que con las instituciones del país del cual forman parte ahora, bajo una estructura estatal en que se incorporan principalmente características nacionales, sociales y culturales de

La concepción de los derechos culturales en América latina se verá así mejor reflejada en un informe de mayor escala y en estudios de casos comparados de los países de la región, con miras a enriquecer el panorama internacional sobre la materia y, eventualmente, como fuente de inspiración para la preparación de un instrumento normativo sobre derechos culturales en América latina, a semejanza de los que se están ya elaborando en Europa ²⁶y otras regiones. Ello habrá de contribuir, eventualmente, a la formulación de un catálogo de derechos culturales justiciables y no justiciables y, en consecuencia, a una mejor protección y defensa jurídica contra las violaciones a dichos derechos que se observan en todo el mundo. Así lo ha planteado, por otro lado, el Informe de la Comisión Mundial de la Cultura y el Desarrollo.

4. Ámbitos normativos del derecho de la cultura.

Del análisis comparativo del derecho positivo de los países latinoamericanos, se desprende la existencia de por lo menos 5 grandes sectores normativos, de normas de derecho público y privado, de derecho internacional y nacionales en los que podrían clasificarse de forma tentativa, el derecho de la cultura. Otra sector esencial esta representado por normas fundamentales que se encuentran en las constituciones políticas de los Estados, es decir “constitucionalismo cultural”.

a) Derecho del patrimonio cultural.

otros segmentos, predominantes, de la población”, Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, Doc. E/CN. 4/Sub. 2/AC. 4/1995/3, p. 10.

²⁶ Conseil de L'Europe, *Reflexions sur les droits culturels. Rapport de synthese*, Estrasburgo, 30/1/1995, CDCC (95), 11.

Este sector legislativo esta vinculado a la protección y conservación del patrimonio de los países que cuentan con un régimen legal que regulan la materia. No se debe olvidar que además del patrimonio material existe uno inmaterial vinculado a obras intelectuales, fiestas, costumbres, obras de dominio publico, etc, lo que algunas leyes denominan como “patrimonio cultural común”, “acervo cultural de la nación”, “patrimonio nacional”.

b) Derecho del arte y la creación

Es importante el interés que el legislador tiene con respecto al artista. Todas las actividades relacionadas con las bellas artes, las letras, el fomento a la creación , las profesiones artísticas y culturales, además del marco de referencia que rodea al estatuto vinculado a la condición legal y social del artista, conforma en la legislación nacional de cada país un conjunto específico de normas jerárquicamente diferentes, creadas con el fin de apoyar, fomentar, y regular lo que se pudiera llamar la dimensión artesanal de la cultura, tanto la que puede expresarse por si misma como la que requiere de un publico.

c) Derecho de las industrias culturales

Esto se refiere al conjunto dinámico de actividades, relacionada con la producción de bienes y servicios culturales. Pero sin embargo se concentra mas en la protección a las diferentes industrias, editoriales, cinematográficas, fonográficas, y no tanto al fomento o apoyo a la industria a nivel de creación. La importancia de estas industrias y la magnitud de los intereses públicos y privados a ellas vinculados, acreditan el tratamiento normativo autónomo de su regulación dentro del marco global del derecho de la cultura.

d) Derecho de las instituciones públicas y privadas

La acción cultural que se desarrolla por lo poderes públicos en el mundo , ha generado, desde el punto de vista jurídico, una categoría específica en la legislación administrativa latinoamericana²⁷: las normas que se refieren a la constitución y funcionamiento de las instituciones integrantes de la “administración cultural gubernamental”, compuesta por organismos administrativos y técnicos, al servicio del cumplimiento de las funciones de política cultural²⁸ que se le reconocen al estado moderno requieren por sus particularidades, un tratamiento normativo autónomo dentro del derecho de la cultura.

Aunque por otro lado, los códigos civiles y leyes especiales reglamentan, en el marco del derecho privado, diferentes formas institucionales de interés público adoptadas por la iniciativa privada (fundaciones, asociaciones civiles, cooperativas no lucrativas, corporaciones, academias, etc) formando así la normatividad de creación y función de las instituciones culturales privadas, de las organizaciones no gubernamentales, dentro del sector cultura.

e) Derecho de autor

El campo del derecho de autor es el de más amplia elaboración en materia legislativa, jurisprudencia y doctrina. Existe un derecho positivo vigente en todos los estados de América latina.

Al autor se suman, artistas intérpretes, productores de videos, organismos de radiodifusión, o empresas de comunicación audiovisual, dentro de un proceso de permanente adaptación de la norma jurídica a la dinámica

²⁷ Harvey, Edwin R. *Acción cultural de los poderes públicos en Latinoamérica*, Buenos Aires, OEA-Depalma, 1980

²⁸ Mesnard, Andre Hubert, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, Paris, LGDJ, 1969.

realidad. Esto justifica una separada consideración metodológica del derecho de autor respecto a los demás sectores analizados.

5. Obstáculos para la eficacia de los derechos culturales en el derecho internacional y Latinoamérica.

La pregunta que subyace a este tema ¿Cuáles son los obstáculos para el goce, para la eficacia de los derechos culturales? Esta podría contestarse con una frase de Ann Marie Lizzin, que como Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas dice: *“el obstáculo para el goce de los derechos económicos, sociales y **culturales** es la falta de voluntad política”*.

El tema de voluntad política si bien explica buena parte de los obstáculos a la eficacia de los derechos culturales, incluso en Estados comprometidos con los derechos humanos, sería insuficiente para entender la precariedad en el cumplimiento de los derechos culturales si no se vincula con los efectos que provoca una globalización en los aspectos financiero y especulativo.

La falta de voluntad política esta mostrada por un desarrollo tardío del concepto de derechos culturales en comparación con los derechos civiles y políticos, como por ejemplo lo señalado en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano durante la revolución francesa, que reconoce el derecho del pueblo a determinar y controlar el cumplimiento de lo acordado en dicho pacto.

Los ciudadanos individual o colectivamente pueden presentar recursos contra su estado cuando se producen violaciones de los derechos civiles y

políticos, no así en los culturales.²⁹ Es claro que existe un retraso en la elaboración doctrinaria respecto de los derechos culturales, en comparación con los derechos civiles y políticos, hay vacíos jurídicos que tendrían solución con voluntad política, misma que no ha sido manifestada tanto por juristas a los que les ha faltado creatividad para pensar en las acciones que permitan reclamar judicialmente esos derechos. Creo se requiere de una acción positiva del Estado muy vinculada a las políticas públicas.

Contrario a la abstención de acción por parte del Estado respecto a los derechos civiles y políticos; cuando se trata de derechos culturales, las obligaciones del Estado deben estar orientadas a un hacer.

Un obstáculo mayor a la eficacia de los derechos culturales, son las consecuencias del proceso de globalización que no debemos confundir con el concepto de universalismo. El universalismo es el gran triunfo en materia de derechos humanos, mientras que la globalización tiene como actor fundamental no al Estado sino al mundo de los negocios. La globalización es distinta del universalismo en materia de derechos humanos, porque ella tiene ganadores y perdedores, es excluyente pues genera un número de desplazados y migrantes, por el contrario el universalismo es incluyente, supone la participación de todos cualquiera que sea su raza, religión, nacionalidad, etc.³⁰

Existen dos supuestos, el primero que es considerar a los derechos culturales como constitutivos de la condición humana siendo ésta la que debe determinar las condiciones del derecho, y por otro lado se puede suponer que son solo una modalidad complementaria del bienestar y por lo mismo un

²⁹ El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no se contempla un comité y mucho menos la posibilidad de acciones para reclamar el cumplimiento de los derechos consagrados.

³⁰ *Cfr.* Los derechos Económicos Sociales y culturales (desc) en América Latina, publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La ciencia y la Cultura, UNESCO, 2003

elemento más o menos accidental en los ordenes jurídicos. Si se aceptara el primer supuesto no habría gran dificultad para asumir que los derechos culturales debieran tener un cumplimiento cabal; si se consideraran accidentales o menores es evidente que habría buenos argumentos para sostener su falta de eficacia. En algunos ordenamientos (caso mexicano) los derechos culturales así como algunos derechos sociales se han convertido en normas programáticas, que difícilmente pueden lograrse en su totalidad

Lo verdaderamente propio de los seres humanos son sus derechos de libertad, entre ellos, su capacidad de actuar y decidir con independencia de lo determinado por el Estado. En este sentido todo hombre tendría, por el solo hecho de serlo, la capacidad de disfrutar de esos derechos para lo cual, debieran existir medios de defensa adecuados para repeler cualquier intromisión del Estado en esos derechos. Lo mismo debería acontecer con los derechos culturales.

Lo importante para el hombre es contar con la totalidad de los elementos que le permitan su cabal desarrollo, y no suponer que este habrá de darse mediante intervenciones estatales. El hecho de que un tipo de derechos hayan aparecido antes que otros, puede estar en relación con su historicidad y no con ningún orden jerárquico.

Si el tema sigue reduciéndose a la forma en que los derechos culturales van a seguir acompañado a los derechos civiles y políticos y además, que siempre terminen predominando los dos últimos, es poco lo que habrá de lograrse.

Los límites de esta investigación no me han permitido profundizar en algunos sectores normativos que, aunque marginales a esta disciplina del derecho cultural, pueden tener importancia legislativa sustancial. Estos se

refieren a reglamentos y normas que regulan todo lo vinculado a la libertad religiosa, a los derechos de comunidades indígenas, a la educación y formación artística y cultural, las disposiciones penales específicas, la legislación cultural fiscal, la de promoción al mecenazgo, el financiamiento cultural, estos dos últimos aspectos ameritan un tratamiento separado y deberían formar parte de un trabajo de investigación más profundo.

En función al análisis comparado que he realizado sobre el derecho de la cultura de los países latinoamericanos, así como la conformación del derecho a la cultura en por lo menos seis grandes sectores y aunado al análisis del derecho cultural internacional anteriormente estudiado y planteado, y teniendo en cuenta la situación actual del derecho cultural en materia de documentación, investigación, y formación en el continente, creo conveniente formular unas reflexiones sobre las perspectivas que se abren al futuro.

Respecto al perfeccionamiento, de la legislación cultural nacional de los países, creo que se debe estimular algunas acciones:

- a) Continuar con reuniones de especialistas en legislación y derecho a la cultura, convocadas como hasta el día de hoy por organismos internacionales y algunos regionales.
- b) Constituir centros de investigación y grupos de trabajos especializados, en cada país, a nivel gubernamental o de instituciones universitarias, destinados a profundizar en el conocimiento del derecho cultural nacional y comparado, con el fin de que estos difundan sus contenidos entre instituciones u organismos legislativos y administrativos interesados.
- c) Promover el funcionamiento de una red o servicio nacional que facilite circulación de datos (legislativos, doctrina, jurisprudencia, etc.) la vez que la investigación comparada y la docencia.

Hay sectores más desarrollados en este sentido, como el derecho de autor o el derecho a patrimonio cultural, sin embargo creo que se debe y se pueden realizar estudios para profundizar y esclarecer otros campos y así crear un desarrollo normativo en cada sector del derecho de la cultura.

País	La Cultura como derecho fundamental	Derechos Culturales específicos	Derechos de comunidades indígenas (Multiculturalismo)	Jerarquía Constitucional de Instrumentos Internacionales	Patrimonio Cultural	El lenguaje como derecho	Derecho a la educación	Derecho de autor	Acceso y Participación a la cultura	Fomento y Difusión Cultural
Argentina	x	x	x	x	x		x			
Bolivia	x	x	x		x		x			
Brasil		x	x		x	x	x	x		
Chile					x		x	x		
Colombia*		x	x		x	x	x	x	x	x
Costa Rica					x	x	x	x		x
Cuba					x		x		x	
Ecuador					x	x	x		x	x
El Salvador		x			x	x	x			x
Guatemala*		x	x	x		x	x	x	x	
Haití			x		x	x	x	x		
Honduras			x		x	x	x	x		
México			x		x		x	x		
Nicaragua		x	x		x	x	x		x	x
Panamá		x	x			x	x	x	x	
Paraguay*	x *		x		x	x	x			
Perú		x	x		x	x	x	x	x	x
República Dominicana					x		x			x
Uruguay					x		x	x		
Venezuela		x	x		x		x	x		x

Capítulo Cuatro.

El Derecho Cultural en la Constitución.

1. *Contenido y Función de la Constitución*; 2. *La Constitucionalidad de la Constitución*; 3. *La Constitución como manifestación cultural*; 4. *Los Derechos Humanos en la Constitución*; 5. *Los Derechos Culturales en nuestro sistema constitucional*; 6. *La Constitucionalización de los derechos culturales*.

Capítulo IV

El Derecho Cultural en la Constitución.

1. Contenido y Función de la Constitución.

En su origen, la Constitución fue un documento escrito al que se le protegió con una especial rigidez, y que tenía por objeto fundamental la limitación al ejercicio del poder¹. No regiría más el *imperium* del monarca basado en su arbitrio, ni el ejercicio del poder será absoluto. *Imperium regis* es sustituido por *imperium legis* (Derecho) y el ejercicio del poder público coactivo (Estado), estará limitado

¹ La imposición de la autoridad real, del siglo XV, tuvo sus manifestaciones más significativas en los dos siglos posteriores. El poder político se concentró. El monarca asumió las prerrogativas de crear, administrar y aplicar la ley. Se proclamó instancia “soberana” y en la religión, encuentra bases interpretativas para dar a su autoridad un fundamento divino. No sólo estaba en la cúspide del Estado, sino que se identifica con él. Luis XIV de Francia proclamó en el siglo XVII la divisa del absolutismo: “El Estado soy yo”. Lo que presenta en común el rechazo del absolutismo en Inglaterra, Estados Unidos de América y Francia es la emergencia y demanda de participación política de la burguesía que se inició con movimientos armados y desembocó en sendos estatutos normativos Las Constituciones. Gamas, Torruco, José; *Derecho Constitucional Mexicano*; Ed. Porrúa, México 2001 pp. 16 a 22.

por y sometido a un orden jurídico (Constitución). Se configura de esta manera, el que sea denominado desde entonces “Estado Constitucional de Derecho”.

Con el objeto de lograr la limitación al ejercicio de poder, sobre todo evitar la actuación nociva de las autoridades en contra del individuo y por ende del pueblo, fue necesario dotar a tal documento jurídico de un carácter político, de una fuerza metajurídica que lo hiciera incólume frente a la misma autoridad o frente a todas las fuerzas sociales de poder. La Constitución significó entonces, la defensa del particular frente a la autoridad, del individuo frente al poder.²

Los Estados que fueron sustituyendo a las monarquías se estructuraron con base en una serie de principios políticos e instituciones jurídicas que desde entonces se han considerados propios del “Estado de Derecho”, a saber³:

- a) La titularidad de la soberanía recae en la Nación y/o en el pueblo.
- b) El origen del poder coactivo del Estado no es divino ni hereditario, sino popular.
- c) Los órganos del Estado están integrados por representantes populares
- d) El hombre y el ciudadano poseen derechos fundamentales que la ley tutela y garantiza.
- e) El ejercicio del poder se distribuye entre órganos jurídicamente estructurados y dotados de competencias limitadas
- f) El poder del Estado se ejerce por definición de forma limitada
- g) Es precisamente el Derecho el que fija los límites del poder, esencialmente por medio de dos instituciones a saber:
 1. Los derechos del hombre y del ciudadano
 2. La división de poderes

² Carl Schmitt considera que el ideal todavía hoy dominante de Constitución es la de aquel Estado, la cual se inspira particularmente en “la protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado”. SCHMITT, Carl, Teoría General de la Constitución, Pág. 46

³ COVIAN ANDRADE, Miguel, “Teoría Constitucional” Vol I, tercera edición, México, Centro de estudios de ingeniería política y constitucional A.C. (CEDIPC), 2004, pp 9-10

- h) Toda esta estructura se consagra en una Constitución, ley fundamental del Estado y marco de referencia de la validez y de la legalidad del orden jurídico y del ejercicio del poder público
- i) La Constitución determina la génesis, el ejercicio y los límites del poder del Estado.
- j) Los órganos del poder público y los ciudadanos están sometidos a ella
- k) Todos los actos de autoridad deben respetar los términos constitucionales de forma (estructura de los poderes), de fondo (competencia de cada órgano) y de legalidad (respeto del contenido de las normas).
- l) Las transformaciones del orden constitucional son reguladas previamente, por la propia Constitución.

Así quedó conformada la estructura básica de la Constitución y sobre ella se cimentó el Estado Moderno, que bien se le puede llamar **Estado Constitucional**.

De las dos partes fundamentales que conformaban la Constitución, la parte dogmática y la orgánica, ambas obedecían a la misma finalidad y por lo tanto se encontraban al mismo nivel de importancia, sin embargo, la parte de los derechos individuales respondió en realidad al trasfondo filosófico de la época, y no tuvo, al menos en el inicio la suficiente garantía de efectividad jurídica⁴.

⁴ Uno hecho que demuestra lo anterior es el que los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales, es decir los instrumentos jurisdiccionales, de control de la constitucionalidad aparecen posteriormente, de aquí que los derechos humanos consagrados en las constituciones fueron sin duda reconocidos pero no garantizados desde el punto de vista jurídico. En el caso de nuestro país, los derechos fundamentales se encuentran dispersos en la Constitución de Cádiz. La Constitución de 1836, fue la primera en nuestra historia constitucional en establecer derechos individuales, y no fue sino hasta 1847 cuando se estableció a nivel constitucional el juicio de amparo. *Cfr. TENA RAMÍREZ Felipe; Leyes Fundamentales de México*, Porrúa, México 1998.

Por lo que respecta a los derechos humanos, hoy garantías individuales, parte de los derechos humanos, en el modelo del “Estado liberal” siendo su estructura jurídica esta⁵:

- a) el derecho del individuo y/o del ciudadano, concebido como célula de la sociedad, cuyo fundamento puede ser el “derecho natural”, o de “derecho positivo”, en tanto garantías concebidas a la persona por la ley (positivismo jurídico)
- b) el derecho de hacer o de no ser obligado a actuar contra su voluntad, constituyendo la fuerza motriz del ejercicio de la libertad
- c) una obligación o un deber correlativo del estado de abstenerse de actuar, para que la libertad del individuo pueda ejercerse, sin obstáculos y sin interferencias.
- d) El respeto de las garantías o derechos individuales por parte del Estado que se actualiza simplemente dejando al individuo “hacer” , en uso de su libertad (laissez faire) y “ moverse” según su voluntad (laissez passe), abarcando los ámbitos políticos y económicos de las sociedades.
- e) El derecho del individuo no absoluto, sino relativo, cuyos límites fijados no por el poder, sino por la ley, no son sino la libertad del otro y la conservación de las condiciones de orden y equilibrio mínimos en la sociedad, campo de desarrollo de la libertad individual

La evolución constitucional dió una relevancia especial a los derechos individuales sobre los que se desarrolló toda una filosofía, cuya importancia fue disminuyendo por el proceso de crecimiento y desarrollo del Estado.

Aunque en su origen el concepto de Constitución como límite al ejercicio del poder, servía de apoyo a la idea de un Estado de escasas dimensiones, el

⁵ COVIAN ANDRADE, Miguel, “Teoría Constitucional” Vol I, tercera edición, México, Centro de estudios de ingeniería política y constitucional A.C. (CEDIPC), 2004, p.17

surgimiento de la revolución industrial, y la transformación del Estado-Político en Estado-Nación, trajo consigo un trastocamiento del concepto de Constitución.

La realidad de un Estado omnipresente, o al menos responsable de impulsar las diferentes áreas de actividad social, no se correspondía con el origen primigenio del Estado Constitucional. Lo paradójico fue que, bajo la misma base de una Constitución dividida en aquellos dos grandes apartados primigenios, se construyera el sistema del Estado del Bienestar.

Así tenemos que, paralelo a la evolución del Estado, la Constitución con todo lo que ella envuelve ha tenido que evolucionar también, para poder ir a la par con los avances y movimientos que intervienen en el desarrollo de una sociedad y así regular la realidad social y política de cada época.

Una evolución en el significado y en la funcionalidad de la Constitución, es clara, y por tal razón, resulta necesario profundizar, para distinguir si en realidad lo que ha sucedido es una transformación en el concepto de la Constitución, o si en realidad lo que se ha dado son meras adaptaciones constitucionales al papel que el Estado ha desempeñado en cada momento histórico. Este cuestionamiento permitirá concluir el papel que debe representar la Constitución en la actualidad, en medio de un sinnúmero de transformaciones en el ser del Estado.

El papel de la Constitución se encuentra en entredicho, y no de manera gratuita. La evolución del Estado moderno se encuentra inmersa en una profunda crisis, sin embargo la solución está en la búsqueda para reencontrar el verdadero sentido de la Constitución, a fin de que ésta represente en la vida de las sociedades y de sus miembros su fin originario que va dirigido a su verdadera

protección. Para esto es muy importante e indispensable volver sobre el concepto verdadero y genuino de Constitución.⁶

Este concepto puede ser enfocado desde lo más profundo, lo propio, lo característico de una Constitución: su constitucionalidad; aquella cualidad que hace que algo (una norma) pueda ser considerado como constitucional, es decir, aquellas características que le confieren a algo la cualidad de constitucional.

No puede eludirse el hecho de que detrás del concepto de *constitucionalidad* no sólo existen datos formales, como puede ser el hecho de que una norma se encuentre dentro de la Constitución, ya que si ese fuera el único criterio, no habría posibilidad de distinguir entre Constitución y Ley, o entre Constitución y cualquier otra norma jurídica.⁷ La *constitucionalidad* es la ideología a partir de la cual se construye la Constitución y que se encuentra plasmada en una norma Constitucional, ya que constitucionalidad e ideología no se confunden, sino que se participan⁸.

Dicho todo lo anterior, puedo resumir en un párrafo las diferentes etapas o funciones que ha tenido la Constitución: en un principio surgió como un ordenamiento dirigido a la protección de los derechos individuales, en un segundo momento se erige como un sistema de distribución y equilibrio de poderes; una

⁶ El dilema planteado es advertido por algunos autores como la *Política Constitucional*, es decir la decisión de dirigir la Constitución hacia su verdadera finalidad, entre otros puede referirse la opinión de C. Hesse, quien afirma: *Los problemas esbozados (...) ponen de manifiesto que la concepción tradicional del Estado es tan difícilmente mantenible como una idea de Constitución orientada al modelo nacional al estilo de la antigua usanza. Partiendo de esta situación no sería correcto inferir el ocaso, o al menos una crisis del Estado Constitucional.(...) La tarea de una política constitucional previsor, claramente concebida, que por ello se imponga de manera categórica...* HESSE, Conrado; *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid 1995. p. 15.

⁷ “Me atrevo a sugerir que estar en tal o cual Constitución es sólo uno de los posibles modos de ser constitucional. Dicho de otra manera, utilizando la terminología y las categorías de Aristóteles, estar en la Constitución es ser constitucional en acto, lo que no descartaría que algo fuese constitucional en potencia, lo que equivale a decir que puede llegar a ser constitucional algo que no está en la Constitución. CASTILLO PERAZA Carlos; *Entre la Energía y la Dinámica, en Hacia una Nueva Constitucionalidad*, UNAM, México, 2000, p. 107.

⁸ SEPÚLVEDA, Iguíniz, Ricardo, *El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución*. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, 2003, p.748

tercera etapa aparece como garantía última del sistema democrático; y por último regresa al paradigma de los derechos humanos como tarea final del Estado Constitucional. El objeto de haber hecho un repaso de lo anterior es con la finalidad de tratar de encontrar pistas y entender el concepto de la Constitucionalidad desde la génesis misma de la Constitución.

2. La Constitucionalidad de la Constitución

Es sabido que “El Derecho”, entendido en el sentido de normatividad coercitiva, existe prácticamente desde siempre, y no nace a partir de las revoluciones del siglo XVIII. El hecho es que constituciones ha habido tantas como Estados o formas de organización política de las sociedades.

Los términos “constitución y constitucionalismo” son tratados de manera asociada, inclusive entendidos muchas veces como inseparables. El constitucionalismo moderno suele identificarse con el surgimiento de las dos primeras versiones del Estado de Derecho Clásico, producto de las revoluciones americana y francesa de finales del siglo XVIII. A la idea básica de limitar el ejercicio de poder político, corresponden instrumentos genéricos y medios específicos para concretarla, el instrumento genérico que se tomó fue el “Derecho”, y los medios normativos específicos fueron los derechos del hombre y el ciudadano y la división de poderes.

El significado y el contenido de los términos “Estado de Derecho” y “Constitución”, adquieren una connotación particular a partir de lo que en la teoría general del Derecho Constitucional se conoce como constitucionalismo moderno.⁹ Si bien es cierto que las estructuras del que sería en breve el Estado Constitucional de Derecho, pueden encontrarse más o menos desarrolladas, por

⁹ Michel Mialle condensa los elementos fundamentales del constitucionalismo moderno y la relación que, desde la Revolución Francesa, se establece en la teoría y debe reflejarse en la práctica, entre la Constitución y el Estado de Derecho. *No mas el imperio de la voluntad(arbitrio del monarca), ni el ejercicio absoluto del poder, sino el imperio de la ley(Derecho) y el ejercicio del poder público coactivo(Estado), limitado por el orden jurídico (Constitución MIAILLE, Michel; “El Estado del Derecho”.* U.A.de Puebla, 1985, pp.17 y 18.

ejemplo en la forma de gobierno conocida como monarquía limitada, o en las Repúblicas del siglo XVII, no se podría afirmar la existencia ni concebir ni filosóficamente, ni políticamente, ni jurídicamente alguna experiencia preconstitucional entendiendo a lo constitucional en el sentido teórico que le da el constitucionalismo moderno. No se puede afirmar que todos los Estados hayan sido constitucionales, así lo distingue Bravo Lira¹⁰. El paso de Estados constitucionales meramente nominales, es decir Estados con una Constitución, a Estados Constitucionales ha atravesado diversas etapas históricas.

El análisis de este tema a profundidad, se aleja del punto a tratar en esta investigación, sin embargo no podía omitir mencionarlo y de esta forma crear un basamento para lo posterior.

¿Toda Constitución nominal es una real y verdadera Constitución? ¿Qué es lo que la hace ser verdaderamente tal?

Se debe partir de la siguiente premisa: no se puede confundir a la Constitución con lo propio de la Constitución, que se le puede denominar “constitucionalidad”. Lo dicho en líneas anteriores, la Constitución siendo un ser, una sola realidad, algo ontológico, puede entenderse desde su punto de vista formal, como el texto formal promulgado, como el documento en el que se incluyen normas supremas del Estado que se distinguen de las demás por su supremacía y rigidez para modificarse o derogarse, que integran el orden jurídico positivo; o bien desde el punto de vista material como el contenido de la Constitución. Pero aún cabe recordar que son amplios los grados de su contenido, son las normas jurídicas supremas de un Estado que se estructura por una parte dogmática y una orgánica, la primera consagrando garantías individuales o derechos del hombre y la segunda divisiones de poder, pero también son las

¹⁰ Cfr BRAVO LIRA Bernardino, *El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811, 1991 (Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el nuevo mundo)*, Escuela Libre de Derecho, México D.F., 1992, p. 7.

motivaciones, y el origen mismo de estas disposiciones. Cuando se confunden estos niveles es cuando se dificulta lograr un análisis correcto.

El término Constitución tiene su origen etimológico en los verbos latinos *statuere* que significa estatuir, instituir, fundar; y *stare* que significa estar, fundar. La raíz etimológica de los términos es siempre ilustrativa para tratar de encontrar el origen remoto de los conceptos, sin embargo la evolución de la realidad puede llevar a que un término cambie su significado. Con el concepto Constitución, se han tratado de expresar diferentes realidades, o al menos la misma realidad esencial pero con variantes accidentales, y además la propia Constitución ha ido variando, y por lo tanto su significado. En términos muy generales, el término Constitución es el ordenamiento fundante del Estado, es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser o modo de ser del Estado, que determina su estructura y los elementos de los que se compone, les dota de unidad.

3. La Constitución como manifestación cultural

Un formalismo excesivo aunado a tendencias positivistas, han sido la causa de limitar un estudio más profundo para conocer los fines últimos del Estado, poco a poco se ha ido desarrollando la doctrina que subraya la dimensión cultural de la Constitución la que puede considerarse como el resultado de una fuerte y marcada tendencia por ahondar en el contenido profundo de un ordenamiento constitucional.

Esto no quiere decir que sea el primer intento de conocer la verdadera esencia de la Constitución, siempre han habido defensores de la verdadera esencia de una Constitución, que buscan hacer una apología de la Constitución como instrumento a favor de los fines del Estado, y no solamente de la del sector gobernante. La Constitución engloba al pueblo al igual que al gobierno, Estado y gobierno son tan similares como el todo con las partes, y tan distintos como lo son

cada parte dentro de un todo. La doctrina del Estado como manifestación cultural, pretende ser la respuesta integral y lo hace a través de ir más al sustrato humano del Estado.¹¹

Para algunos, La Constitución abarca el entorno cultural al ser un texto referido finalmente a las personas, aunque incluya normatividad para las instituciones; al proteger a los individuos, protege necesariamente su entrono cultural. De acuerdo con Peter Häberle, quien es el máximo inspirador de esta doctrina, toda Constitución vive en última instancia la dimensión de lo cultural. La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el patrimonio cultural y los artículos generales sobre el Estado de cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural general de la Constitución.¹²

Según esta concepción, la Constitución está dirigida más a los ciudadanos que a los juristas o a los gobernantes, actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un mecanismo normativo, sino también expresión de un estadio de su desarrollo cultural.¹³

Lo realmente positivo de esta postura es su afán integrador y el carácter de norma rectora que le concede a la Constitución, sus carencias se perciben en cuanto a que por tratar de llegar hasta las últimas consecuencias de una disposición constitucional, no menciona en absoluto el resto de factores que conforman el concepto de Constitución. Efectivamente la Constitución es fruto de la cultura de un pueblo, de su historia y también es motor de la transformación cultural en cuanto a que condiciona la vida social, señala los valores de un Estado,

¹¹ Cfr. SEPÚLVEDA, Iguíniz, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales, el inicio de una nueva constitucionalidad en México*, pp43-45

¹² HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001, pag 1.

¹³ HÄBERLE, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed.1998

establece los principios comunes, etc. Esto es verdad, pero también lo es que la Constitución es una norma, que limita al poder, que establece la estructura del Estado, etc.

No se trata de un análisis exhaustivo del pensamiento de este autor o esta doctrina, simplemente intentaré entresacar lo que de ésta sea útil para el objeto de estudio de este trabajo. En el caso concreto de la teoría del Estado Cultural, considero que sin duda es el estadio más avanzado al que se ha llegado hasta ahora, precisamente porque se aleja definitivamente de las posturas formalistas, y presenta no sólo una Constitución al servicio de los individuos en lo particular, sino de cada persona dentro del contexto social, que es precisamente la cultura. Otro de sus grandes aciertos ha sido dirigir la atención al carácter rector que le corresponde a la Constitución dentro de la vida social, no sólo en el ámbito político.¹⁴

De esta manera lo que se puede concluir preliminarmente es que desde el momento en que se pretende discernir la esencia de la Constitución se ahonda en el ser, pero también en el deber ser constitucional. Sin embargo debe reconocerse que desde el momento en que se está frente a un concepto multiforme, difícilmente se puede concluir en una definición unívoca.

¿Qué es lo constitucional?

Constitucional, según el diccionario de la Real Academia, significa: perteneciente o adicto a la Constitución. Como se ve, se trata del nombre adjetivado, constitución, constitucional. Pero también podría predicarse de aquello

¹⁴ No pueden desconocerse las desviaciones que han sufrido, no sólo el concepto de Constitución, sino muy especialmente el de constitucionalidad. En el planteamiento que hace Ernesto Benda sobre el Estado Social de Derecho, como paradigma de la nueva conformación política, aporta un nuevo concepto de Constitución, además de subrayar la conexión de Estado con su sustrato social, y su vinculación con los *postulados sociales*. BENDA, Ernesto, El Estado Social de Derecho, en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Civitas, Madrid 1996, pg. 487.

que está en la Constitución, lo que rápidamente nos llevaría a la pregunta de si realmente todo lo que está en la Constitución es constitucional, o si incluso podría haber algo no constitucional dentro de la Constitución. El último paso dentro de este razonamiento sería preguntarnos, si cabe plantearse la inconstitucionalidad de lo constitucional¹⁵. Esta reflexión hace ver la diferencia entre estar en la Constitución y ser constitucional.

Lo constitucional no es lo meramente formal de la Constitución¹⁶, se puede tratar de encontrar su esencia ya sea en el aspecto sociológico o bien en el ideológico, es decir, lo constitucional puede estar en el modo de ser concreto de una sociedad –con una raíz sociológica- o bien en el modo de pensar de una sociedad -con un cariz ideológico o cultural-.

Una norma jurídica cualquiera debe tener resonancia social, aceptación, es decir una norma constitucional sólo puede ser aquella que tenga respeto por parte del pueblo, pues esto es mucho más acentuado tratándose de la Constitución, no por otra razón sino por su jerarquía, o mejor dicho, por su supremacía.

En realidad la vigencia sociológica o reconocimiento social, depende finalmente del contenido ideológico que tenga la Constitución. Esta ideología estará determinada por los valores –axiología- de la sociedad concreta, pero también por la intrínseca valía de los valores, que proponga la misma Constitución.

¹⁵ Apoyándose en los conceptos de la filosofía escolástica, del *acto y la potencia*, Castillo Peraza hace una distinción entre constitucional en acto y constitucional en potencia. Lo primero sería aquello que está dentro de la Constitución, porque es constitucional, y en potencia sería aquello que debería estar o llegará a estar en la constitución por su carácter constitucional. Véase CASTILLO PERAZA, Carlos, *Entre la Energía y la Dinámica*, en *Hacia una Nueva Constitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 1999, pp. 105 y ss.

¹⁶ Emilio Rabasa le da el título de “el alma de la Constitución” a aquello que se denomina constitucional, así lo expresó en el seminario que se llevó a cabo en el auditorio Héctor Fix Zamudio, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los días 2, 3 y 4 de febrero de 1999.

Aspiraciones, valores, postulados fundamentales, son los términos que se utilizan para denominar ese contenido metajurídico que debe tener toda norma constitucional, y que debe por tanto, representar en su conjunto la Constitución.

La carga ideológica de una Constitución debe ser ante todo axiológica o estimativa, es decir debe plantear diferencias entre lo que es conveniente y lo que no, o lo que es lo mismo un deber ser social, que lógicamente se encuentra dentro de la cultura social y las tradiciones del pueblo de que hablemos.

La idea de Constitución como una norma superior, que consagra una formulación concertada y categórica de los grandes valores sobre los que se asienta una comunidad determinada, procede de dos fuentes concretas, la de Rosseau y Locke¹⁷ con su pacto social básico para asegurar la propiedad, y la idea de un *higher law*, un derecho más alto, con claras raíces de derecho natural. Este concepto de Constitución no se recibirá en Europa, hasta la segunda postguerra mundial. Ya en este contexto, vale la pena recordar que Rousseau parte de la necesidad de asegurar la libertad de aquellos individuos que conforman una voluntad general, y que, en este sentido, al Ley General busca garantizar a dichos individuos su libertad.

Así, la única manera efectiva de proteger los derechos fundamentales y la libertad a los que se refirieron Rousseau, Locke y otros, es insertarlos en una norma superior inmune y cuya posible revisión requiera directa o indirectamente, del consenso efectivo de la comunidad.

Si la Constitución es este documento que recoge y ordena los valores y principios, algunos utilizan el término *aspiraciones*, entonces la constitucionalidad será el carácter ideológico de esos principios. En este sentido concluimos como lo

¹⁷ El grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad, cosa que no podían hacer en el estado de naturaleza, por faltar en él muchas cosas. LOCKE J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Alianza Editorial, Madrid, p. 127

hace Guastini: *“La constitucionalidad es pues en una palabra, la ideología a partir de la cual se construye la Constitución, se permite la aplicación significada o constante de las normas constitucionales y se determina, en buena medida, alguna de las dos maneras básicas de representación constitucional”*¹⁸

El carácter ideológico de que tiene la constitución, es esa totalidad de valores éticos-políticos, La identidad material (axiológica) de toda Constitución descansa precisamente en el conjunto de valores –o principios supremos- que la caracterizan y la distinguen de cualquier otra Constitución, el contenido material de la Constitución es propio de ella y corresponde a la sociedad en concreto y a su cultura.

El concepto original de Constitución debe adecuarse a la realidad del Estado del siglo XXI. El Estado disminuye paulatinamente su actividad, lo que da lugar a una creciente participación de la sociedad, lo que reclama una Constitución orientada a fomentar una organización menos formal y más viva.¹⁹

Resulta indispensable para lograr esa mayor sincronía entre la Constitución y la vida social, que aquella sea considerada como la norma rectora de la vida cultural de un pueblo, no sólo su reflejo, sino su directriz. El contenido de la

¹⁸ GUASTINI, Riccardo, Sobre el concepto de Constitución, revista Cuestiones Constitucionales, Num 1, 1999, p.170.

¹⁹ El término de *Constitución Viva* que utiliza R. Guastini para referirse a la Constitución material, resulta de amplia utilidad, ya que hace referencia precisamente a la necesidad de obtener textos constitucionales que actúen en la realidad social: *“A su vez la Constitución viva denota el modo en que una determinada Constitución escrita es concretamente interpretada y actuada en la realidad política”* cfr. GUASTINI Riccardo, *op. cit.* (36) P. 45.

Constitución, por ende, debe ser tal que consiga este objetivo fatal, de otro modo el Estado pierde su único fundamento.²⁰

El contenido propio de la Constitución no es por tanto un algo meramente aleatorio o que se encuentre a expensas de la autoridad ni de los grupos influyentes. Este contenido debe tener forzosamente una carga ideológica que responda a la cultura de la sociedad respectiva, para entonces representar una fuerza directriz. C. Hesse concreta este punto en lo relativo a los derechos fundamentales: *La función que cumple la Constitución no sólo se aplica al Estado. En sentido amplio se necesita para toda la convivencia en comunidad dentro del territorio del Estado, que no sería posible sin el ordenamiento jurídico. Este no constituye un fin en si mismo, no se trata de ordenar por ordenar, lo importante es el contenido de dicho ordenamiento, debe ser el moralmente recto y por lo tanto legítimo(...)*La función directriz de la Constitución consiste en asumir estos cánones –y sobre todo en los derechos fundamentales- dotarlos de fuerza vinculante para todo el ordenamiento jurídico.²¹

4. Los Derechos Humanos en la Constitución

²⁰ Hesse se refiere a lo que él denomina las tareas fundamentales de la Constitución y se refiere fundamentalmente a dos: a) la formación y mantenimiento de la unidad política; y b) la creación y mantenimiento del ordenamiento jurídico. Sin embargo su posición está muy alejada del concepto de unidad de Jellinek, la unidad es un valor a lograr y a mantener y para utilizar sus palabras: “*Este éxito depende en último extremo del grado de adhesión que encuentre en el Estado. Depende de que sea sostenido, de que los ciudadanos se hagan responsable de él, y en su caso lo defiendan (...)*Estas condiciones dependen de numerosos factores extrajurídicos, como la tradición, el nivel de conciencia política o los líderes. En una medida no determinable exactamente y creciente pero necesaria, también del Derecho. Para efecto de el propósito de nuestro análisis el modo como concluye este párrafo es contundente: *Requiere de la conciliación de voluntades y para ello no requiere menos de que se configure el contenido del ordenamiento de modo tal, que encuentre la adhesión de las personas que han de vivir bajo el mismo. Esta tarea fundamental la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales, en esa medida la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal.* También le corresponde, sigue diciendo el autor la función de Dirección jurídica, en la cual encuentra igualmente la relación con los derechos fundamentales. Cfr. HESSE Conrado, *Significado de los derechos fundamentales*, en Manual de Derecho Constitucional, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.p. 4 y 5

²¹ Idem.

En un tiempo los derechos humanos eran el fin del Estado Constitucional, y este solo podía funcionar como tal si respetaba en todo su significado, la individualidad del ser humano. Esto que parecía incuestionable desde su origen fue poco a poco borrándose hasta perder su verdadera ubicación, no porque se pusiera en entredicho la existencia de los derechos humanos como fin y centro del Estado, lo que sucedió fue que los principios de jerarquía cambiaron, dándole preeminencia y mayor importancia a la funcionalidad, a la operación de la estructura estatal, por encima de los derechos fundamentales, lo que trajo consigo la desprotección de la esfera jurídica del individuo.

Se sabe que el Estado formal de Derecho no es garantía de un verdadero Estado de Derecho, con todo lo que ello implica, se sabe igualmente que todos los mecanismos políticos ensayados, por mas que se perfecciona la llamada ingeniería constitucional, no dan como resultado, al menos no siempre, ni en todos los lugares, un sistema de respeto a los derechos humanos; se sabe finalmente que todo lo hecho con anterioridad, en los aspectos formales, no asegura que el Estado pueda cumplir con lo mas básico y elemental: su fin. Se sabe que el Estado debe ser una institución orientada al bien común, se sabe que dentro de ese bien común se encuentran los valores fundamentales, como la justicia, la seguridad y el orden, se sabe que el estado debe propiciar mayor igualdad social, se sabe inclusive que cada Estado debe ser colaborador en la defensa del orden internacional. Lo que no se sabe es como darle permanencia a estos objetivos, no se acaba de definir el camino aunque se sepa el fin. Es aquí donde aparecen los derechos humanos, el Estado se encuentra al servicio del ser humano.

“La función esencial de una Constitución consiste en asegurar los derechos fundamentales del hombre y la dignidad de la persona humana. Es el principio de la supremacía, que deriva de la constitución rígida, la más eficiente garantía de efectividad de aquella función de imponer limitaciones a la acción del poder

*público. El documento que no cumple esa función, no puede ser considerado Constitución*²²

Detrás de todo el movimiento universal en pro de los derechos humanos, se ha desarrollado una auténtica filosofía, es decir una estructura de pensamiento completa, que pretende planear, por decirlo así, toda la metafísica, la gnoseología y la historia de los derechos humanos. Se habla de filosofía de los derechos humanos, y se utiliza también el término de revolución de los derechos humanos, atendiendo a la fuerza como han propagado o difundido estos conceptos.

Sea una filosofía o una revolución, hay que reconocer que esto ha sucedido en el ámbito del Derecho Internacional fundamentalmente, mucho más allá que en el ámbito del Derecho Constitucional, dicho de otra forma, en el devenir de las relaciones internacionales entre Estados, mucho más que en el curso de las relaciones políticas entre los órganos de poder un Estado. Esto significa que el Estado moderno por sí no fue al encuentro de los derechos humanos, sino que estos se cultivaron y se desarrollaron en ámbitos transnacionales, más allá de las fronteras del Estado.

Lo anterior no quiere decir que entonces los derechos humanos y el Estado Constitucional sean realidades ajenas, todo lo contrario, ya que de hecho el ámbito de las relaciones internacionales se verifica entre Estados, lo que manifiesta es que cuando la realidad estatal se atrofia entonces impide el correcto desarrollo de los derechos humanos, su defensa y protección.

En este sentido es conveniente señalar que los derechos y la democracia se han desarrollado a la par, los movimientos de derechos humanos y de

²² Hesse, Conrad, *Significado de los derechos fundamentales*, en Manual de Derecho Constitucional, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.

democracia son paralelos, provienen de una causa común, el atentado contra la libertad de las personas individuales. Incluso se dice que la democracia es el clima ad hoc para los derechos humanos y por otro lado también se dice que la democracia es un derecho humano.

No es mi objetivo resolver la cuestión anterior, por su amplitud argumentativa, simplemente, mencionar que la democracia y los derechos humanos son dos caras de un mismo movimiento histórico, aunque ambas traten realidades conceptuales diferentes.

Los derechos humanos siguen desarrollándose sin solución de continuidad en al ámbito internacional, en cambio en el ámbito interno del Estado, existen un sinnúmero de diferencias entre cada país, pero dentro de las cuales sin duda, se puede observar un común denominador, la conciencia de que su defensa ha dejado de considerarse un tema externo, meramente internacional, para convertirse en una de las funciones centrales del Estado y uno de los pilares de su política gubernamental.

De esto se derivan consecuencias que seguirán requiriendo estudios y adecuaciones, pero todas ellas serán benéficas en razón de que orientan, finalmente, a la protección de estos derechos.

Una primera es de carácter conceptual, y consiste en pasar de considerar a los derechos humanos como un límite para el estado, a un fin esencial.

La segunda consiste en la necesidad de reorientar el trabajo de los organismos de defensa de los derechos humanos hacia las tareas de promoción y desarrollo en favor de los derechos humanos. De igual manera, deberán defender

en el sentido amplio del término, derechos humanos: cada uno de los órganos de poder y la misma sociedad civil.

Una tercera consiste en subrayar la importancia de la defensa de los derechos humanos que realiza el órgano judicial (que deje de ser un órgano que sirva al poder estatal y se convierta en un órgano de defensa de los derechos humanos) así como un apoyo en las actividades de promoción de los derechos humanos, tanto de los individuales como de los colectivos, que implican una prestación por parte del Estado. Actualmente los derechos humanos son criterios decisivos para evaluar un sistema político y jurídico, como antes lo fue el derecho natural.²³

Lo que es preciso dejar sentado es que conceptualmente existe un reencuentro entre el Estado y los derechos humanos, y que esto ha sido paralelo al fortalecimiento de la democracia²⁴

“... los derechos fundamentales y el Estado no se excluyen recíprocamente; antes al contrario, son mutuamente dependientes. Ello se explica porque hacer efectivos y asegurar los derechos fundamentales está, bajo las condiciones de nuestro tiempo, encomendado al Estado. Una y otra tarea requieren de un Estado fuerte, capaz de funciones y prestaciones, en condiciones de cumplir su misión. Tal fortaleza es, por ello, no tanto asunto de un aparato estatal de poder lo mas eficaz posible cuanto del asentamiento libre de un numero tan vasto como sea posible de ciudadanos a quines importe lograrla, mantenerla y renovarla constantemente. AtaÑe a la capacidad de integración de los ciudadanos en el Estado y su ordenamiento jurídico. Si los derechos fundamentales, como es el

²³ HORN, Hanas Rudolf, *Generaciones de Derechos fundamentales en el Estado Constitucional Cooperativo*. Reflexiones Comparativas sobre el Constitucionalismo Iberoamericano., VII Congreso de Derecho Constitucional Iberoamericano. P 404

²⁴ KONDER Comparato, Fabio, *Los derechos humanos en el siglo XXI: Vida o Muerte de la civilización mundial*, en Estudios de Teoría Política y Derecho Constitucional en Honor a Pablo Lucas Verdú, Tomo III, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, Servicio publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p.1696

caso de la Ley fundamental, son las piedras angulares que legitiman ese orden, si aspiran a allanar el camino para el asentimiento libre, son entonces un factor decisivo para la existencia del Estado y del orden estatal, y el robustecimiento de los derechos fundamentales no puede redundar sino a favor del Estado”²⁵

La Constitución no tiene otro objeto que el de unir no sólo los derechos humanos con el Estado, sino que la Constitución debe ser el vínculo, el punto de conexión, que sea a la vez puerta de entrada y no de salida, que enlace permanentemente a los derechos humanos con la estructura estatal²⁶.

Para lograr que el Estado Constitucional, que el Estado de Derecho sea un verdadero defensor del ser humano individual y de sus libertades se ha desarrollado una extensa doctrina del Estado y de su Constitución, de la que se han derivado un sinnúmero de instituciones (división de órganos de poder, principios, garantías, etc.) confiando que de su integridad y combinación se de el resultado esperado. Como se expresó en líneas anteriores, esto no ha sido suficiente, y por lo mismo se ha redimensionado la vinculación de los derechos humanos fundamentales como fin del Estado. Sin embargo la duda permanece, ¿cómo lograr que el Estado incorpore dentro de su estructura estatal la defensa y promoción de los derechos humanos, sin que esto sea meramente una parte del programa de gobierno de un partido tal o de la plataforma política?, es mas, sin que esto sea una decisión temporal o transitoria de la presión que ejerza una comunidad internacional.

Aquí es donde las consideraciones de la constitucionalidad de la Constitución, servirán como una forma de vincular a los derechos humanos con el

²⁵ HESSE, Conrad, *Significado de los derechos fundamentales*, en Manual de Derecho Constitucional, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.

²⁶ SEPÚLVEDA, Iguíniz, Ricardo, *El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución*. P 36

Estado. Lo primero es tener presente que la Constitución es el documento que contiene las disposiciones fundamentales de un Estado, es el instrumento rector fundamental dentro de un Estado, y de aquí, por una simple deducción, que en la Constitución se deban contener los postulados referentes a los asuntos mas importantes de una sociedad, en este caso los derechos humanos. Sin embargo este no es el principal enfoque que pretendo darle a esta afirmación, puesto que lo que quiero es ahondar mas en la verdadera significación que le corresponde a la Constitución respecto a los derechos humanos, ya que finalmente eso que se esta planteando es la tarea de la Constitución.

Anteriormente se apuntó lo que significaba la verdadera finalidad de una Constitución, se subrayó el carácter axiológico, estimativo, aspiracional que tiene y debe tener la Constitución, y que mientras mayor sea su contenido, mayor será la garantía de su eficacia y aplicabilidad. Por el contrario, si el alejamiento entre la Constitución formal y la Constitución real, como se suele denominar, se amplia, entonces las posibilidades de que la vida social camine al margen de la Constitución son prácticamente absolutas, lo que traería como consecuencia un resquebrajamiento del Estado en su conjunto.

Precisamente para salir al paso de lo anterior, es para lo que se desarrolla el concepto de constitucionalidad, con el objeto de contrarrestar el excesivo formalismo o pragmatismo con que se suele permear a la Constitución, y, en cambio, devolverle su verdadera naturaleza, todo ello con el fin de lograr su plena vigencia.

No trato de agotar el tema de la constitucionalidad, ni siquiera de abordarlo en todos sus términos y aspectos, sino el de relacionar los conceptos. La constitucionalidad de la Constitución es la parte mas profunda de ella, que contiene finalmente lo que hace atendible sus mandatos, digamos que es lo verdaderamente respetable de una Constitución, incluso sin contar con la

imposición de la fuerza para su cumplimiento, de aquí queda, evidentemente una brecha muy corta hacia los derechos humanos fundamentales.

Los derechos humanos son parte de la constitucionalidad de la Constitución; una Constitución será mas Constitucional mientras reconozca, garantice y proteja a los derechos humanos²⁷.

A eso se podría objetar que nadie esta cuestionando que los derechos humanos deben formar parte de una Constitución, y en respuesta a eso diré que sin embargo, en la evolución del Estado de Derecho moderno, los derechos individuales aunque han tenido carta de naturalización, han sido una cuestión de segundo nivel, que ha quedado supeditada a otros valores de mayor importancia. No seré repetitiva, simplemente señalaré que los derechos humanos no han sido suficientemente protegidos por el sistema constitucional del Estado de Derecho.

Ahora bien un punto en cuestión no es solamente incluir los derechos fundamentales dentro de la Constitución, sino el entender que estos derechos deben de incluirse más allá de ser límites a la actividad estatal, sino que deben constituir el postulado fundamental constitucional. En esto radica la relación entre derechos humanos y Constitución.

De la aseveración anterior se puede pasar a otro punto de análisis. Si la constitucionalidad de la Constitución es la propiedad que tiene esta para ser un instrumento rector de la sociedad, y si esta constitucionalidad contiene dentro de si a los derechos humanos, por ser fin y razón del Estado, entonces la Constitución, bajo este legítimo enfoque, debe ser el vínculo de reencuentro entre el Estado y los derechos humanos.

²⁷ SEPÚLVEDA, Iguíniz, Ricardo, *El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución*. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, No. 27,2003 P 39

“La función de legitimación y valoración crítica del ordenamiento jurídico-político y del ejercicio de los poderes públicos, toda vez que sólo dicho ordenamiento seguirá siendo legítimo, en tanto respete y tutele la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, y el ejercicio de cada uno de los poderes públicos se justificara a la medida que contribuya a garantizar la vigencia de dichos principios y valores”²⁸

5. Los Derechos Culturales en nuestro sistema constitucional.

El análisis jurídico de la cultura pretende estudiar, sistematizar y explicar las normas jurídicas de contenido cultural, en los términos apuntados. Las normas con contenido cultural establecen supuestos generales, abstractos, impersonales que regulan las relaciones sociales intersubjetivas e interinstitucionales.

Como disciplina, el análisis jurídico de la cultura se encarga de estudiar los supuestos jurídicos que norman la actividad cultural y que contiene los derechos culturales; formula conceptos, sistematiza tal normatividad, y describe y explica la estructura legal y sus vinculaciones con la realidad social a la vez que elabora análisis, recomendaciones y pronósticos sobre sus problemas prácticos.

Por lo que hace a los fines del análisis jurídico de la cultura, se trata de promocionar e imprimir seguridades al desarrollo cultural de la personalidad individual y de las sociedades humanas, es decir, de incentivar el carácter cualitativo de la actividad intelectual y artística de individuos y grupos para que

²⁸ Marin Castan, Maria Luisa, *Declaración Universal e los Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución*; en estudios de política y Derecho Constitucional en Honor a Pablo Lucas Verdú, Tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Servicio Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000 pp.1727 y ss.

sean capaces de generar y distribuir la cultura y beneficiarse de ella, así como de accionar en su entorno social y hacerlo cada vez mejor, con lo mejor de la sociedad y los individuos.

Lo que norma el derecho Constitucional de la Cultura, son aspectos del *objeto cultura*, los cuales son abordados por el texto constitucional de forma directa sin ningún tipo de intermediación, logrando así a una especie de simbiosis entre el derecho y la cultura.

La cultura es al ámbito donde los Estados deben encontrar, afirmar, proteger y desarrollar su identidad nacional. Sin querer desestimar el derecho constitucional económico como base económica para el desarrollo nacional de los países en vías de desarrollo, como es el caso de México, y con el objetivo de lograr una nivelación de los Estados bajo el termino “desarrollo de bienestar”. En la actualidad un país sólo puede encontrar su individualidad, perfil e identidad, en lo cultural y a partir de lo cultural; y de esta forma proteger y desarrollar al mismo tiempo lo propio con apertura hacia la cultura mundial.²⁹

En México es importante y urgente, evitar daños y sobre todo dar efectividad a los derechos culturales, consagrados expresa y ordenadamente en la Constitución, los cuales también son desarrollados en las leyes e interpretados judicialmente, en la actualidad es decisiva para una amplia garantía y efectividad de los derechos fundamentales la protección por los tribunales.

Sin embargo, esa consagración de la que se ha hablado, no significa que la Constitución cuente con principios generales de los derechos culturales, no bastan el artículo tercero, cuarto, y el 31 fracción I en materia de educación, arte o cultura;

²⁹ HABERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, p.232

pues inclusive el lenguaje en términos de obligaciones estatales debilita al sentido del derecho, individual y colectivo a aquellos bienes valiosos.³⁰

³⁰ **ARTICULO 3o.-** TODO INDIVIDUO TIENE DERECHO A RECIBIR EDUCACION. EL ESTADO - FEDERACION, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL Y MUNICIPIOS-, IMPARTIRA EDUCACION PREESCOLAR, PRIMARIA Y SECUNDARIA. LA EDUCACION PREESCOLAR, PRIMARIA Y LA SECUNDARIA CONFORMAN LA EDUCACION BASICA OBLIGATORIA. (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 12 DE NOVIEMBRE DEL 2002)

LA EDUCACION QUE IMPARTA EL ESTADO TENDERA A DESARROLLAR ARMONICAMENTE TODAS LAS FACULTADES DEL SER HUMANO Y FOMENTARA EN EL, A LA VEZ, EL AMOR A LA PATRIA Y LA CONCIENCIA DE LA SOLIDARIDAD INTERNACIONAL, EN LA INDEPENDENCIA Y EN LA JUSTICIA. (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

I. GARANTIZADA POR EL ARTICULO 24 LA LIBERTAD DE CREENCIAS, DICHA EDUCACION SERA LAICA Y, POR TANTO, SE MANTENDRA POR COMPLETO AJENA A CUALQUIER DOCTRINA RELIGIOSA; (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

II. EL CRITERIO QUE ORIENTARA A ESA EDUCACION SE BASARA EN LOS RESULTADOS DEL PROGRESO CIENTIFICO, LUCHARA CONTRA LA IGNORANCIA Y SUS EFECTOS, LAS SERVIDUMBRES, LOS FANATISMOS Y LOS PREJUICIOS. (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

ADEMAS:

A) SERA DEMOCRATICO, CONSIDERANDO A LA DEMOCRACIA NO SOLAMENTE COMO UNA ESTRUCTURA JURIDICA Y UN REGIMEN POLITICO, SINO COMO UN SISTEMA DE VIDA FUNDADO EN EL CONSTANTE MEJORAMIENTO ECONOMICO, SOCIAL Y CULTURAL DEL PUEBLO; (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

B) SERA NACIONAL, EN CUANTO -SIN HOSTILIDADES NI EXCLUSIVISMOS- ATENDERA A LA COMPRESION DE NUESTROS PROBLEMAS, AL APROVECHAMIENTO DE NUESTROS RECURSOS, A LA DEFENSA DE NUESTRA INDEPENDENCIA POLITICA, AL ASEGURAMIENTO DE NUESTRA INDEPENDENCIA ECONOMICA Y A LA CONTINUIDAD Y ACRECENTAMIENTO DE NUESTRA CULTURA, Y (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

C) CONTRIBUIRA A LA MEJOR CONVIVENCIA HUMANA, TANTO POR LOS ELEMENTOS QUE APORTE A FIN DE ROBUSTECER EN EL EDUCANDO, JUNTO CON EL APRECIO PARA LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LA INTEGRIDAD DE LA FAMILIA, LA CONVICCION DEL INTERES GENERAL DE LA SOCIEDAD, CUANTO POR EL CUIDADO QUE PONGA EN SUSTENTAR LOS IDEALES DE FRATERNIDAD E IGUALDAD DE DERECHOS DE TODOS LOS HOMBRES, EVITANDO LOS PRIVILEGIOS DE RAZAS, DE RELIGION, DE GRUPOS, DE SEXOS O DE INDIVIDUOS;

(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

III. PARA DAR PLENO CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO EN EL SEGUNDO PARRAFO Y EN LA FRACCION II, EL EJECUTIVO FEDERAL DETERMINARA LOS PLANES Y PROGRAMAS DE ESTUDIO DE LA EDUCACION PREESCOLAR, PRIMARIA, SECUNDARIA Y NORMAL PARA TODA LA REPUBLICA. PARA TALES EFECTOS, EL EJECUTIVO FEDERAL CONSIDERARA LA OPINION DE LOS GOBIERNOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y DEL DISTRITO FEDERAL, ASI COMO DE LOS DIVERSOS SECTORES SOCIALES INVOLUCRADOS EN LA EDUCACION, EN LOS TERMINOS QUE LA LEY SEÑALE.
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 12 DE NOVIEMBRE DEL 2002)

IV. TODA LA EDUCACION QUE EL ESTADO IMPARTA SERA GRATUITA;
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

V. ADEMAS DE IMPARTIR LA EDUCACION PREESCOLAR, PRIMARIA Y SECUNDARIA SEÑALADAS EN EL PRIMER PARRAFO, EL ESTADO PROMOVERA Y ATENDERA TODOS LOS TIPOS Y MODALIDADES EDUCATIVOS -INCLUYENDO LA EDUCACION INICIAL Y A LA EDUCACION SUPERIOR- NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE LA NACION, APOYARA LA INVESTIGACION CIENTIFICA Y TECNOLOGICA, Y ALENTARA EL FORTALECIMIENTO Y DIFUSION DE NUESTRA CULTURA.
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 12 DE NOVIEMBRE DEL 2002)

VI. LOS PARTICULARES PODRAN IMPARTIR EDUCACION EN TODOS SUS TIPOS Y MODALIDADES. EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY, EL ESTADO OTORGARA Y RETIRARA EL RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL A LOS ESTUDIOS QUE SE REALICEN EN PLANTELES PARTICULARES. EN EL CASO DE LA EDUCACION PREESCOLAR, PRIMARIA, SECUNDARIA Y NORMAL, LOS PARTICULARES DEBERAN:
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 12 DE NOVIEMBRE DEL 2002)

A) IMPARTIR LA EDUCACION CON APEGO A LOS MISMOS FINES Y CRITERIOS QUE ESTABLECEN EL SEGUNDO PARRAFO Y LA FRACCION II, ASI COMO CUMPLIR LOS PLANES Y PROGRAMAS A QUE SE REFIERE LA FRACCION III, Y
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

B) OBTENER PREVIAMENTE, EN CADA CASO, LA AUTORIZACION EXPRESA DEL PODER PUBLICO, EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY;
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

VII. LAS UNIVERSIDADES Y LAS DEMAS INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR A LAS QUE LA LEY OTORQUE AUTONOMIA, TENDRAN LA FACULTAD Y LA RESPONSABILIDAD DE GOBERNARSE A SI MISMAS; REALIZARAN SUS FINES DE EDUCAR, INVESTIGAR Y DIFUNDIR LA CULTURA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS DE ESTE ARTICULO, RESPETANDO LA LIBERTAD DE CATEDRA E INVESTIGACION Y DE LIBRE EXAMEN Y DISCUSION DE LAS IDEAS; DETERMINARAN SUS PLANES Y PROGRAMAS; FIJARAN LOS TERMINOS DE INGRESO, PROMOCION Y PERMANENCIA DE SU PERSONAL ACADEMICO; Y ADMINISTRARAN SU PATRIMONIO. LAS RELACIONES LABORALES, TANTO DEL PERSONAL ACADEMICO COMO DEL ADMINISTRATIVO, SE NORMARAN POR EL APARTADO A DEL ARTICULO 123 DE ESTA CONSTITUCION, EN LOS TERMINOS Y CON LAS MODALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO CONFORME A LAS CARACTERISTICAS PROPIAS DE UN TRABAJO ESPECIAL, DE MANERA QUE CONCUERDEN CON LA AUTONOMIA, LA LIBERTAD DE CATEDRA E INVESTIGACION Y LOS FINES DE LAS INSTITUCIONES A QUE ESTA FRACCION SE REFIERE, Y

(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

VIII. EL CONGRESO DE LA UNION, CON EL FIN DE UNIFICAR Y COORDINAR LA EDUCACION EN TODA LA REPUBLICA, EXPEDIRA LAS LEYES NECESARIAS, DESTINADAS A DISTRIBUIR LA FUNCION SOCIAL EDUCATIVA ENTRE LA FEDERACION, LOS ESTADOS Y LOS MUNICIPIOS, A FIJAR LAS APORTACIONES ECONOMICAS CORRESPONDIENTES A ESE SERVICIO PUBLICO Y A SEÑALAR LAS SANCIONES APLICABLES A LOS FUNCIONARIOS QUE NO CUMPLAN O NO HAGAN CUMPLIR LAS DISPOSICIONES RELATIVAS, LO MISMO QUE A TODOS AQUELLOS QUE LAS INFRINJAN.
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 05 DE MARZO DE 1993)

ARTICULO 4o.- EL VARON Y LA MUJER SON IGUALES ANTE LA LEY. ESTA PROTEGERA LA ORGANIZACION Y EL DESARROLLO DE LA FAMILIA.
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 31 DE DICIEMBRE DE 1974)

TODA PERSONA TIENE DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA SOBRE EL NUMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS.
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 31 DE DICIEMBRE DE 1974)

TODA PERSONA TIENE DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD. LA LEY DEFINIRA LAS BASES Y MODALIDADES PARA EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD Y ESTABLECERA LA CONCURRENCIA DE LA FEDERACION Y LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL, CONFORME A LO QUE DISPONE LA FRACCION XVI DEL ARTICULO 73 DE ESTA CONSTITUCION.
(ADICIONADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 03 DE FEBRERO DE 1983)

TODA PERSONA TIENE DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA SU DESARROLLO Y BIENESTAR.
(ADICIONADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 28 DE JUNIO DE 1999)

TODA FAMILIA TIENE DERECHO A DISFRUTAR DE VIVIENDA DIGNA Y DECOROSA. LA LEY ESTABLECERA LOS INSTRUMENTOS Y APOYOS NECESARIOS A FIN DE ALCANZAR TAL OBJETIVO.
(ADICIONADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 07 DE FEBRERO DE 1983. EL DECRETO DICE QUE ES REFORMA)

LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS TIENEN DERECHO A LA SATISFACCION DE SUS NECESIDADES DE ALIMENTACION, SALUD, EDUCACION Y SANO ESPARCIMIENTO PARA SU DESARROLLO INTEGRAL.
(REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 07 DE ABRIL DEL 2000)

LOS ASCENDIENTES, TUTORES Y CUSTODIOS TIENEN EL DEBER DE PRESERVAR ESTOS DERECHOS. EL ESTADO PROVEERA LO NECESARIO PARA PROPICIAR EL RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA NIÑEZ Y EL EJERCICIO PLENO DE SUS DERECHOS.
(ADICIONADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 07 DE ABRIL DEL 2000)

El poder judicial en materia libertad de expresión de arte y cultura se ha pronunciado al respecto de esta forma: *Conforme al artículo 6o. constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Y es evidente que ese derecho constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas y dado que, por lo mismo, todo el acervo cultural del ciudadano está protegido por la garantía constitucional. En consecuencia, sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución Federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar, y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales desean asimilar. Y sería absurdo un proteccionismo pseudo nacionalista en estas materias, que impusiera a todo un pueblo la obligación de asimilar determinadas manifestaciones culturales, mediocres o no, sacrificando la garantía constitucional. Por otra parte, la protección a los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el*

EL ESTADO OTORGARA FACILIDADES A LOS PARTICULARES PARA QUE COADYUVEN AL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. (ADICIONADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 07 DE ABRIL DEL 2000. FE DE ERRATAS PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 12 DE ABRIL DE 2000)

ARTICULO 31. SON OBLIGACIONES DE LOS MEXICANOS:

I. HACER QUE SUS HIJOS O PUPILOS CONCURRAN A LAS ESCUELAS PUBLICAS O PRIVADAS, PARA OBTENER LA EDUCACION PREESCOLAR, PRIMARIA Y SECUNDARIA, Y RECIBAN LA MILITAR, EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY. (REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 12 DE NOVIEMBRE DE 2002)

*sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano, y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será el superar su calidad, y el aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia del pueblo, las que pueden ser fomentadas, pero no impuestas, por la autoridad. Una imposición de la autoridad al respecto, a más de violar el derecho constitucional, vendría más bien a propiciar la mediocridad y la adulteración de los valores nacionales, a limitar el espíritu creativo y a reducir las capacidades de los mexicanos de estar al tanto y al nivel de las corrientes artísticas extranjeras.*³¹

Aún el de mas reciente modificación artículo segundo(2) , en materia de derechos indígenas, si bien presenta un avance conjugado con el artículo 27 e incluso con el 73, fracción XXV ; falta mas en relación con la promoción de las culturas populares y los símbolos nacionales³²; y patrimonio cultural, por lo que sin disminuir la importancia de la existencia de estos artículos en la Constitución, como ya se ha mencionado, no bastan. ³³

³¹ Amparo en revisión 487/76. Música a su Servicio, S.A. 18 de enero de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Mario Pérez de León E. Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del primer Circuito.

³² 73 fracción XXIX-b PARA LEGISLAR SOBRE LAS CARACTERISTICAS Y USO DE LA BANDERA, ESCUDO E HIMNO NACIONALES

³³ **ARTICULO 73.** EL CONGRESO TIENE FACULTAD:

XXV. - PARA ESTABLECER, ORGANIZAR Y SOSTENER EN TODA LA REPUBLICA ESCUELAS RURALES, ELEMENTALES, SUPERIORES, SECUNDARIAS Y PROFESIONALES; DE INVESTIGACION CIENTIFICA, DE BELLAS ARTES Y DE ENSEÑANZA TECNICA, ESCUELAS PRACTICAS DE AGRICULTURA Y DE MINERIA, DE ARTES Y OFICIOS, MUSEOS, BIBLIOTECAS, OBSERVATORIOS Y DEMAS INSTITUTOS CONCERNIENTES A LA CULTURA GENERAL DE LOS HABITANTES DE LA NACION Y LEGISLAR EN TODO LO QUE SE REFIERE A DICHAS INSTITUCIONES; PARA LEGISLAR SOBRE VESTIGIOS O RESTOS FOSILES Y SOBRE MONUMENTOS ARQUEOLOGICOS, ARTISTICOS E HISTORICOS, CUYA CONSERVACION SEA DE INTERES NACIONAL; ASI COMO PARA DICTAR LAS LEYES ENCAMINADAS A DISTRIBUIR CONVENIENTEMENTE ENTRE LA FEDERACION, LOS ESTADOS Y LOS MUNICIPIOS EL EJERCICIO DE LA FUNCION EDUCATIVA Y LAS APORTACIONES ECONOMICAS CORRESPONDIENTES A ESE SERVICIO PUBLICO, BUSCANDO UNIFICAR Y COORDINAR LA EDUCACION EN TODA LA REPUBLICA. LOS TITULOS QUE SE EXPIDAN POR LOS ESTABLECIMIENTOS DE QUE SE TRATA SURTIRAN SUS EFECTOS EN TODA LA REPUBLICA.

En materia de derechos culturales se requiere un consenso en torno a valores y principios, consagrados en la Constitución, compartidos por la sociedad mexicana, que reincentive su desarrollo democrático cultural. No bastan, por tanto, medidas administrativas; junto a éstas, es tiempo de dar el paso y arriesgarnos a lo constitucional.

6. La Constitucionalización de los derechos culturales

No hay ley en México, que defina de forma específica los derechos culturales y menos aún que los garantice. Ese derecho fundamental, debe estar incorporado en el cuerpo Constitucional y a partir de ahí se podrá elaborar legislación secundaria y políticas públicas, que ya existen pero que a la fecha no tienen un eje rector como la Constitución que les dé un rumbo y por eso se quedan en simples políticas sexenales y no políticas de Estado. Al ser incorporado el derecho a la cultura en la Carta Magna se convertirá en garantía por estar reconocido y tutelado.

Es indispensable precisar la expresión ‘constitucionalizar’, por una parte significa incorporar válidamente a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos disposiciones legislativas válidamente; es decir, el mecanismo reformador de la constitución debe activarse por los sujetos con atribuciones para ello es decir: el Presidente de la República, los diputados y senadores del Congreso de la Unión, y las legislaturas de los Estados (artículo 71); el procedimiento de reforma debe desahogarse de acuerdo a lo establecido en su texto en el artículo 135 y finalmente, el Presidente de la

(REFORMA MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 21 DE SEPTIEMBRE DE 2000)

República debe promulgar el texto que contenga la reforma correspondiente, en cumplimiento al artículo 70 de la propia Constitución.

Sin embargo, constitucionalizar también puede y debe entenderse como la homologación cultural del orden jurídico subordinado a la Constitución respecto de los valores y principios derivados del consenso social y político que esta normativiza.

En una dimensión nacional, la Constitución debe consignar de forma general el derecho a que se reconozca a toda cultura su dignidad y valor, el derecho y deber de todo pueblo a desarrollar su cultura.

En materia internacional el derecho a la cultura ha evolucionado, de ser un derecho no vinculante a ser un derecho vinculante.

¿Qué pasa con el derecho a la cultura en México?

La realidad indica que en el país sólo hay leyes que regulan la burocracia cultural y, en el mejor de los casos, el patrimonio cultural. Es decir, sólo hay leyes que tienen por objeto definir la instancia de Gobierno que supuestamente va hacer cultura, o bien, los bienes que un Estado debe proteger, conservar o restaurar para identificar nuestro patrimonio cultural.

Esta visión es muy limitada. Es necesario que a partir de las nuevas tendencias universales, existan leyes locales que definan los derechos culturales como fundamentales de las personas, pero que además se establezcan sus garantías para que en realidad se hagan efectivos.

En México, este derecho, no se encuentra protegido en nuestra Constitución en todas sus vertientes. Sólo los derechos de autor, el derecho a la educación y derechos de las minorías como pueblos indígenas se encuentran debidamente tratados en nuestra Carta Magna.

Se ha abierto el debate sobre el derecho a la cultura que todo ciudadano debe tener garantizado en la Constitución. La discusión se encuentra en si ese derecho debe estar garantizado en el artículo 3° o en el 4° constitucional.

Además de que la mayor parte del artículo tercero constitucional implica una serie de derechos subjetivos con una facultad: la potestad de exigencia, por ello al incluirlo en este artículo se advierte que la cultura no puede estar desarticulada de la educación, lo cual si bien el estar ahí contemplada le da una mayor facilidad a su exigibilidad por parte del individuo frente al Estado, también es cierto que todo el esfuerzo que se ha hecho por lograr el reconocimiento individual de ambos derechos y su independencia se vendría abajo.³⁴

Modificar el artículo 4° ¿que implica esto? Se vinculan intereses legítimos es decir garantías individuales, aún cuando no tiene esa potestad de exigencia que en un momento dado tiene el artículo tercero sin embargo es verdad que al incluir en el artículo 4° se le da mayor independencia a la cultura, es decir ayudaría a que la política cultural no se resumiera a una política de gobierno con seis años de duración. Ambas son viables porque pretenden establecer el derecho a la cultura como una obligación que el Estado tiene con la sociedad.

³⁴ Conaculta propone reglamentar el artículo 3 fracción V de la Constitución, para otorgarle autonomía a esta dependencia a través de su Ley de Fomento y Difusión de la Cultura, pero eso no resuelve la situación de la política cultural del país.

Otra propuesta sería el de la creación, de un capítulo cultural dentro de la Constitución, si bien se habla de Constitución política, Constitución económica, Constitución Social, ¿porqué no extenderla a *Constitución Cultural*?

Independientemente de que después de un largo estudio por parte de la doctrina así como de los agentes que tienen el poder de hacer un cambio real en la Constitución, se llegue a la conclusión de que en la agenda legislativa sólo debe modificarse alguno de los artículos ya existentes o si por el contrario es necesaria la inclusión de un capítulo especial sobre derecho a la cultura, me aventuraré, reconociendo que la actividad de legislar, aunque sea de forma virtual, es una actividad que merece respeto; a proponer lo que a mi juicio debería contener ésta.

*Artículo 1: El servicio de la cultura es finalidad y atribución del Estado. Para su cumplimiento debe crear y mantener las condiciones favorables que permitan la participación de todos los ciudadanos en los procesos de creación, difusión, formación, investigación y goce de las manifestaciones culturales nacionales y universales. El Estado reconoce la autonomía de la administración cultural pública en los términos que la ley establezca. Los planes de desarrollo de la Administración Central, estados y municipios deben incluir los recursos y procedimientos necesarios para fomentar la cultura en sus diversas manifestaciones. La ley debe establecer incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, en los estados y en los municipios.*³⁵

³⁵ Se deben incluir todos aquellos principios asociados al papel fundacional de la cultura en la vida social. Considerando que la constitución debe tener un enunciado tajante y preciso sobre el papel que juega la cultura en la conformación social, especialmente en países como el nuestro, asumiendo que no hay cambio social real si éste no se convierte y se sustenta en un cambio cultural.

Artículo 2: El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Con ese propósito, debe establecer sus políticas para fomentar la interculturalidad e integrar sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas.³⁶

Artículo 3: El Estado garantiza la libertad de creación, pensamiento, expresión, aprendizaje, enseñanza; y la de recepción, difusión y circulación de la información cultural.³⁷

Artículo 4: La protección, preservación, enriquecimiento, restauración, conservación y divulgación del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria colectiva de la Nación son responsabilidad de la sociedad en su conjunto. El patrimonio histórico y cultural de la Nación está bajo la protección del Estado; éste es inalienable, inembargable e imprescriptible. La ley debe establecer las sanciones pertinentes por los daños causados a los bienes que lo constituyen. Igualmente, el Estado garantiza la dignidad y la calidad de los espacios públicos y edificaciones de uso colectivo.³⁸

³⁶ Los principios asociados a la ratificación y defensa de las características culturales básicas del país. México es una nación constituida desde su propio origen a partir de una extraordinaria diversidad cultural, que ha sobrevivido a pesar de los intentos de su negación y la exclusión social de las culturas indígenas y populares, y esa diversidad se ha ido incrementando a lo largo del tiempo creando nuevas formas de culturas.

³⁷ Los derechos culturales básicos de la persona tanto individual como colectiva, para protegerla tanto del poder del Estado: derecho a la identidad, al patrimonio, a pertenecer a una cultura o a no aceptar la imposición de pertenecer a otra que no se elija libremente, a la libertad de creación artística, la libertad de expresión, el derecho a la información, es decir, principios que están más asociados a la protección de derechos individuales que a la prestación de servicios por parte del Estado. Atención especial merecen en este punto los derechos de las colectividades culturalmente más vulnerables, la constitución debe conceder atención especial a los pueblos indígenas y a la relación comunitaria con sus territorios ancestrales, a la educación multicultural bilingüe o a la preservación de sus identidades y de sus economías.

³⁸ Obligaciones y responsabilidades del Estado, tanto en lo referido a la prestación de servicios como en los mecanismos para hacer respetar los derechos culturales de los ciudadanos. En este punto habrá que ser tajantes y no limitarnos a enunciados generales del tipo «el Estado fomentará», «el Estado promoverá», incluyendo una definición precisa de los principios y obligaciones de los diversos niveles de gobierno — federal, estatal, municipal— en el diseño de políticas y modelos de gestión cultural que hagan realizables los

El debate sobre donde integrar este derecho cultural, está en el aire pero lo positivo es que ya existe un debate sobre esta cuestión, el establecimiento del derecho a la cultura en la Constitución.

Hay que buscar avanzar en temas trascendentales para el país, como lo es el desarrollo cultural como un factor relevante en la consolidación de la democracia, como el único escudo, lo más valioso que tiene México para defender nuestra identidad, soberanía y libertad.

derechos y principios arriba sugeridos. Mientras no exista una gestión cultural en los en todos los niveles de gobierno, no puede haber una política nacional de cultura.

Conclusión

Los derechos humanos como derechos fundamentales, son derechos decisivos para definir el modelo constitucional de una sociedad y existe una conexión funcional entre Estado de Derecho y Derechos Fundamentales pues se debe garantizar, proteger y tutelar a estos últimos para que cierta Nación pueda reputarse como tal.

La forma de Estado es una noción que esta dada por el alcance o significado que se de a los derechos humanos, el cómo del Estado determina el contenido de los derechos humanos. Los derechos fundamentales son definitorios de Estado, son la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de derecho, en cuanto a que el sistema jurídico y político esta orientado al respeto y promoción de la persona.

En su significación axiológica subjetiva, los derechos humanos fundamentales se representan como el acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales y son elementos de legitimación de un régimen social, político y económico. De tal forma que puedo decir que los derechos humanos son un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional, y serán derechos fundamentales estos derechos humanos garantizados en el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que están provistos de protecciones específicas o instrumentos para su defensa.

En comparación con otras categorías de derechos humanos; como los civiles, políticos, económicos y sociales, los derechos culturales son los menos desarrollados por lo que atañe a su alcance, contenido jurídico y posibilidad de hacerlos respetar.

La presencia y sobre todo el análisis de la cultura en las Constituciones de países latinoamericanos en su mayoría, naciones democráticas, nos deja en claro ante todo que se debe distinguir entre derecho a la cultura y derecho de la cultura, es decir, la cultura para todos y la cultura de todos, así como también queda establecido que las mismas constituciones deberán resolver una contradicción fundamental: la que se genera entre la exigencia que se le hace al Estado de intervenir prestando servicios para el desarrollo de la cultura, y, en su polo opuesto, las exigencias de libertad y autonomía cultural absoluta de los ciudadanos que demanda la creación de mecanismos para que dicha intervención no derive en imposiciones estéticas, corrientes políticas y privilegios clientelares.

En materia internacional, el derecho a la cultura ha pasado de ser un derecho no vinculante a ser vinculante. Sin embargo creo aún necesario continuar en el ámbito internacional como en el nacional, un análisis filosófico del contenido de los derechos humanos de carácter cultural, así como de la relación entre derecho y cultura, no solo en términos de su axiología jurídica sino de su implicación metodológica con diversas disciplinas sociales y humanísticas.

Las normas constitucionales tienen el carácter de principios generales y fundamentales de un ordenamiento jurídico ya que no sólo se refieren a los aspectos orgánicos, de competencia y procesales sino que también están vinculados con libertades y derechos fundamentales de las personas, no tanto por su carácter de limitaciones al poder público sino en la medida en que son inherentes al hombre; en ellas así mismo están contenidas disposiciones de carácter programático y ciertas prestaciones en beneficio de las personas y a cargo del Estado.

Las normas constitucionales poseen un valor jurídico fundamental, básico en el sistema jurídico del Estado porque a ellas refieren su validez todas las normas jurídicas que lo conforman. Las disposiciones constitucionales formal y

materialmente, tiene preeminencia, prevalencia o prioridad sobre cualquier otra y dan unidad y coherencia al ordenamiento jurídico.

En el derecho positivo vigente de los países latinoamericanos y en particular en México existe un catálogo de derechos humanos que pueden ser ubicados tanto en la Constitución Federal así como en los tratados internacionales. Sin embargo los derechos considerados de segunda generación, es decir, económicos, sociales y culturales, no están adecuadamente garantizados en la Constitución federal y esta situación obedece a que su concepción como derechos de carácter programático, los hace depender de los recursos y acciones específicas que, en función de la disponibilidad de estos, decida emprender el Estado.

Mi propuesta no se conforma con simplemente incluir o agregar los derechos fundamentales de carácter cultural dentro de la Constitución, sino entender que estos derechos deben de incluirse más allá de la actividad estatal, deber ser el postulado fundamental constitucional. Los derechos humanos son parte de la constitucionalidad de la Constitución; una Constitución será más Constitucional mientras reconozca, garantice y proteja a los derechos humanos.

Cada Nación, en este caso, México debe considerar como su base económica, la Cultura, esta debe ser la esfera en donde una Nación afirma, protege y desarrolla su identidad nacional. La identidad cultural es un tesoro que vitaliza las posibilidades de los seres humanos de realizarse, alentando a cada pueblo y a cada grupo a alimentarse del pasado, a recibir positivamente las contribuciones exteriores que sean compatibles con sus propias características, y a continuar el proceso de su propia creación.

Sin el reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales de carácter cultural, de la pluralidad y la diversidad culturales, sin la garantía de los derechos culturales, las sociedades plenamente democráticas no pueden funcionar debidamente, la soberanía estará limitada y pendiente del fortalecimiento de la identidad, el hombre creador de la cultura, es al mismo tiempo creador de si mismo, y de su libertad.

Bibliografía

1. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Col. El derecho y la justicia; Num. 34, Madrid,
2. Asbjørn, Eide, "*Cultural rights as individual rights*", Economic and Cultural Rights, A. Eide, C. Krause and A. Rosas (comps.) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1995
3. Ávila Ortiz, Raúl, *El Derecho Cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, UNAM/ Coordinación de Humanidades /Miguel Ángel Porrúa, México, 2000
4. Benda, Ernesto, *El Estado Social de Derecho*, en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Civitas, Madrid 1996
5. Bravo Lira, Bernardino, *El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811, 1991 (Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el nuevo mundo)*, Escuela Libre de Derecho, México D.F., 1992,
6. Capotorti, Francesco, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 1991
7. Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La Aplicación Judicial de los Tratados de Derechos Humanos*, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Mexico, 2002
8. Castillo Peraza, Carlos; *Entre la Energía y la Dinámica, en Hacia una Nueva Constitucionalidad*, UNAM, México, 2000
9. Delcourt, Jacques ; Papini, Roberto. *Pour une politique européenne de la Culture*, Economica, Paris, 1987.
10. Diccionario de la Real Academia de la lengua española, vigésima segunda edición, 2001.
11. Donnelly, Jack, "Third Generation Rights", *Peoples and Minorities in International Law*, Holanda, 1993.
12. Gamas Torruco José; *Derecho Constitucional Mexicano* ; Ed. Porrúa, México 2001

13. Gros Espiell, Héctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en los instrumentos internacionales: posibilidades y limitaciones para lograr su vigencia*. En Universidad Nacional Autónoma de México, Anuario Jurídico, XII, 1985, pp. 144-145.
14. Guastini, Riccardo, Sobre el concepto de Constitución, revista Cuestiones Constitucionales, Num 1, 1999, p.170.
15. Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, primera edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001
16. Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Duncker & Humblot, 1998
17. Harvey, Edwin R. *Relaciones culturales internacionales en Iberoamérica y el mundo. Instituciones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.
18. Harvey, Edwin R., *Estado y Cultura*, Buenos Aires, Desalma, 1980.
19. Harvey, Edwin R. *Acción cultural de los poderes públicos en Latinoamérica*, Buenos Aires, OEA-Depalma, 1980
20. Hesse, Conrado; *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid 1995. p. 15.
21. Hesse, Conrad, *Significado de los derechos fundamentales*, en Manual de Derecho Constitucional, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.
22. Hoffmann, Hilmar, *Kultur fur alle*, 1979, 2a, ed, 1981
23. Horn, Hans Rudolf, *Generaciones de Derechos fundamentales en el Estado Constitucional Cooperativo*. Reflexiones Comparativas sobre el Constitucionalismo Iberoamericano., VII Congreso de Derecho Constitucional Iberoamericano. P 404
24. Kartashkin, Vladimir, "*Economic, social and cultural rights*", Serbal, Barcelona, 1984
25. Konder Comparato, Fabio, *Los derechos humanos en el siglo XXI: Vida o Muerte de la civilización mundial*, en Estudios de Teoría Política y Derecho Constitucional en Honor a Pablo Lucas Verdú, Tomo III, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, Servicio publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p.1696

26. Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Alianza Editorial, Madrid, p. 127
27. Marin Castan, Maria Luisa, *Declaración Universal e los Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución*; en estudios de política y Derecho Constitucional en Honor a Pablo Lucas Verdú, Tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Servicio Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000
28. Mesnard, Andre Hubert, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, Paris, LGDJ, 1969.
29. Rigaud, Jacques, *La Culture pour vivre*, Gallimard, Paris, 1975
30. Robertson, A.H. Los derechos humanos y la cultura. *Culturas* (París, Unesco), vol. V, Nº 1, 1978, p.120.
31. Schmitt, Carl; *Teoría General de la Constitución*, primera edición, Alianza, Madrid, 2001
32. Sepúlveda, Iguíniz, Ricardo, *El reencuentro de los derechos humanos y el Estado, a través de la Constitución*. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, No. 27,2003
33. Sepúlveda, Iguíniz, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales, el inicio de una nueva constitucionalidad en México*, 2005
34. Symonides, Januz, *The history of the paradox of cultural rights and the state of the discusión within UNESCO, Les Droit culturels une categorie sous-developpee de droits de l'homme*, Friburg, 1993
35. Tena Ramírez, Felipe; *Leyes Fundamentales de México*, Porrúa, México 1998.
36. Truyol y Serra, Antonio, *“Los Derechos Humanos, estudio preliminar”*, Tecnos, Madrid, 1968
37. Van Boven, T.C. *Estudio del Derecho internacional positivo sobre derechos humanos*. En Vasak, Karel (ed.), *“Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”*, Serbal, Barcelona, Unesco, 1984.

38. Van Boven, T.C. *Criterios distintivos de los derechos humanos*. En Vasak, Karel (ed.), "*Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*", Serbal, Barcelona, 1984.
39. Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Serval, UNESCO, 1984

Legislación:

- Argentina, Constitución de la Nación Argentina, *Boletín Oficial*, 23 de agosto de 1994.
- Bolivia, Constitución Política del Estado, 6 de febrero de 1995, reformada en 2002 y 2004.
- Brasil, Constitución de la Republica Federativa de Brasil, *Diario Oficial de la Unión*, 6 de octubre de 1988.
- Chile, Constitución Política de la Republica de Chile, *Diario Oficial de Chile*, 11 de septiembre de 1980.
- Colombia, Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional No. 114*, 7 de julio 1991.
- Costa Rica, Constitución Política de la republica de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949
- Cuba, Constitución de La Republica de Cuba, *Gaceta Oficial de la Republica*, 24 de febrero de 1976.
- Ecuador, Constitución Política de la Republica del Ecuador, *Registro Oficial*, 10 de agosto de 1979.
- El Salvador, Constitución Política de la República de El Salvador de 15 de diciembre de 1983.
- Guatemala, Constitución Política de la Republica de Guatemala, 31 de mayo de 1985
- Honduras, Constitución Política de Honduras, de 11 de enero de 1982, reformada, *Gaceta Oficial de Honduras* el 4 de Mayo de 2005
- Haití, Constitución de la Republica de Haití, , 10 de marzo de 1987.
- México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917.
- Nicaragua, Constitución Política de la Republica de Nicaragua, de 1987, con las reformas de 1995 y 2000
- Panamá, Constitución Política de la Republica de Panamá de 1972, reformada en 1978, 1983, 1994.
- Paraguay, Constitución Política de la Republica de Paraguay, *Gaceta Oficial de la Republica del Paraguay*, 20 de junio de 1992.
- Perú, Constitución Política del Perú, *Diario Oficial El Peruano*, 29 de diciembre de 1993.

- Republica Dominicana, Constitución Política de la Republica Dominicana, 25 de julio de 2002.
- Uruguay, Constitución Política de la Republica Oriental de Uruguay, de 1967 reformada en 1989, 1994, 1997, 2004.
- Venezuela, Constitución Política de la Republica de Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial 30 de diciembre de 1999*.

Instrumentos Internacionales

- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (PIDESC)
- Carta de la Organización de los Estados Americanos
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos o Pacto de San José en Materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales.
- Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, adoptada en La Haya el 14 de mayo de 1954;
- Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, adoptada en Paris el 16 de noviembre de 1972;
- Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuatico, adoptada en Paris el 2 de noviembre de 2001.
- **Resoluciones de Organismos Internacionales**
- Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945
- Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. UNESCO
- Conseil de L'Europe, *Reflexions sur les droits culturels. Rapport de synthese*, Estrasburgo, 30/1/1995, CDCC (95), 11.

- Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, Doc. E/CN. 4/Sub. 2/AC. 4/1995/3
- Proyecto de lista de derechos culturales preparado por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 24 de agosto de 1994, CDDC Misc. 9413.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. 98/CONF.210/CLD.6; "Cultural rights: At the end of the World Decade for Cultural Development", Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, Suecia, 30 de marzo - 2 de abril de 1998)
- *Les Droits culturels. Actes du VIIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*. P. Meyer-Bisch (comp.) Editions Universitaires Fribourg Suisse, Friburgo, 1993.
- Informe que preparó la Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo de la UNESCO bajo el título *Nuestra Diversidad Creativa* (1995)
- Tesis bajo el rubro <<Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales en un segundo plano respecto de la Constitución Federal>> que emitió el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Noviembre de 1999. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Noviembre de 1999 Tesis: P. LXXVII/ 99 Pagina: 46 Materia: Constitucional tesis aislada
- *Our creative diversity*, 1995, World Commission on Culture and Development.

Otras fuentes Consultadas

www.cndh.org.mx

www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/html

<http://www.unesco.org/culture/policies/wccd/>

<http://www.icj-cij.org>

www.scjn.gob.mx