

EL DERECHO A LA CULTURA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

*THE RIGHT TO THE CULTURE AS FUNDAMENTAL RIGHTS*⁹⁹

Por Véronique Champeil-Desplats¹⁰⁰

(traducción realizada del francés al español

por la Dra. Manuela Fernández Rodríguez¹⁰¹)

PALABRAS CLAVES: derechos fundamentales, derechos humanos, derecho a la cultura, cultura, derechos sociales, universalismo, diferencialismo, identidad cultural, diversidad cultural

Key words: fundamental Rights, human Rights, right to the culture, culture, social rights, universalism, diferencialism, cultural identity, cultural diversity,

RESUMEN:

El estatus jurídico de los derechos culturales es muy controvertido. Según los ordenamientos jurídicos y los distintos presupuestos filosóficos e ideológicos, existe una gran incertidumbre a la hora de determinar si los derechos culturales, y particularmente, el derecho a la cultura, son derechos fundamentales. Un análisis de las condiciones en que el derecho a la cultura es un derecho fundamental, implica definir previamente tanto el concepto de derecho a la cultura como el de derecho fundamental.

Abstract:

The legal properties of the cultural Rights are discussed. According to the legal systems and the various philosophical and ideological presumptions, there is a lot of

⁹⁹ Artículo recibido el 16 de abril de 2010 y aceptado por el Comité Evaluador el 15 de junio de 2010.

¹⁰⁰ Profesora de la Universidad de Paris Ouest-Nanterre la Défense, Directora del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Derechos Fundamentales.

¹⁰¹ La Dra. Manuela Fernandez es profesora de Historia del Derecho en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos

incertitude in order to determine if cultural rights and, particularly the right to the culture, are fundamental rights. An analysis of the conditions in which the right to the culture is a fundamental right supposed previously to definite the both notions of right to the culture and fundamental rights.

Sumario:

Introducción

- I. El derecho a la cultura como derecho fundamental: problemas de definición
 - A. *¿Qué es el derecho a la cultura?*
 1. *El derecho a la cultura, entre universalista y diferencialista*
 2. *¿Cuál es la definición del derecho a la cultura en los discursos jurídicos y metajurídicos?*
 - B. *¿Qué es un “derecho fundamental”?*
 1. *Fundamental en sentido axiológico*
 2. *Fundamental en sentido formal*
 3. *Fundamental en sentido estructural*
 4. *Fundamental conforme al derecho común*

- II. El derecho a la cultura como derecho fundamental: problemas conceptuales
 - A. *El derecho a la cultura: ¿Valor inherente al ser humano?*
 - B. *El derecho a la cultura: ¿En la cúspide de la jerarquía de los ordenamientos jurídicos?*
 - C. *El derecho a la cultura: ¿Un derecho fundamental estructural?*
 - D. *El derecho a la cultura: ¿Un derecho universalmente compartido?*

* * *

Los derechos culturales forman parte, sin duda, de la categoría de derechos más emblemática respecto a las divisiones ideológicas en materia de derechos humanos cristalizadas tras la II Guerra Mundial. Si bien su valor normativo es a menudo desacreditado e inalcanzable en los países occidentales, han sido promovidos en cambio, en los Estados socialistas o en vía de desarrollo. Es conocida la importancia actual de los derechos culturales en Cuba.

Dadas estas divergencias, no es de extrañar que la valoración del carácter fundamental o no, de los derechos culturales sea objeto de múltiples tensiones. Es imposible *a fortiori* pronunciarse de modo unívoco sobre lo fundamental del derecho a la cultura. El significado y las implicaciones de este derecho, así como su fundamentalidad, varían considerablemente de un sistema jurídico a otro y de un marco ideológico a otro. Para determinar en qué medida el derecho a la cultura puede concebirse como un derecho fundamental (II), es imprescindible analizar previamente el problema de definición de los conceptos jurídicos de derecho a la cultura y de derecho fundamental (I).

I. El derecho a la cultura como derecho fundamental: problemas de definición

Los conceptos de derecho a la cultura (A) y de derecho fundamental (B) son indeterminados y admiten varias significaciones.

A. ¿Qué es el derecho a la cultura?

Los límites del derecho a la cultura, varían según la definición otorgada a la palabra “cultura”. Pero esta noción es objeto de numerosas conceptualizaciones, por lo que es difícil o imposible exponerlas de un modo exhaustivo. Sin embargo, al reformular la pregunta con objeto de determinar el contenido del “derecho a la cultura”, es posible distinguir dos nociones ideales-típicas del término cultura: una concepción universalista y otra diferencialista (1). Las definiciones jurídicas de este derecho oscilan entre las dos (2).

1. El derecho a la cultura, entre universalista y diferencialista

Tanto si son presentadas de un modo complementario como antagónico, las concepciones universalista y diferencialista difieren significativamente.

De acuerdo con la concepción universalista, la cultura es una. Se trata de ponerla en común. Sirve para iluminar los espíritus y elevarlos al mismo nivel – a un nivel alto - de conocimiento, pensamiento y educación. Su objetivo es realizar una comunidad de espíritus por encima de las diferencias históricas, geográficas o sociales. “La Culture”

es “le domaine où se déroule l’activité spirituelle et créatrice de l’homme”¹⁰². La aprehensión universalista de la cultura tiende a descontextualizar el conocimiento y “les ouvres humaines”, a “les extraire du lie où elles ont été produites, et à les juger ensuite selon les critères intemporels du Bien, du Vrai ou du Beau”¹⁰³.

Según la concepción diferencialista, la cultura es plural; las sociedades son pluriculturales. Esta concepción se presenta a menudo como reacción a lo que se considera elitista, occidental o colonial que defiende la cultura universal. Esto último no sería más que la expresión etnocentrista del burgués occidental. Sin embargo, la humanidad se divide en tantos grupos socio-culturales que sería inútil querer uniformarlos o jerarquizarlos. En su famoso ensayo *Race et histoire*, escrito a petición de la UNESCO en 1952, el antropólogo C. Levi-Strauss ofrece un razonamiento detallado del concepto de diversidad de la cultura humana, además de destacar las dificultades de establecerla y medirla¹⁰⁴. El abandono de esta diversidad constituye para C. Levi-Strauss uno de los puntos débiles de las “*grandes déclarations des droits de l’homme*”. Su preocupación por la afirmación de la igualdad de todos los individuos, les habría llevado a olvidar que “*l’homme ne réalise pas sa nature dans une humanité abstraite, mais dans des cultures traditionnelles*” que “*s’expliquent eux-mêmes en fonction d’une situation strictement définie dans le temps et l’espace*”. Para C. Levi-Strauss, “*L’unité et l’identité*” de la humanidad no puede entonces “*se réaliser que progressivement et la variété des cultures illustre les moments d’un processus qui dissimule une réalité plus profonde ou en retarde la manifestation*”¹⁰⁵.

Los partidarios de la concepción universalista menoscaban a menudo la concepción diferencialista por su relativismo o su perversión del concepto de cultura. Como J. Benda quien arremetió a principios del siglo XX con *La trahison des clercs*¹⁰⁶ porque los intelectuales habrían renunciado al conocimiento y a la defensa de valores inmutables y universales, los universalistas lamentan el particularismo y la decadencia identitaria hacia las que conduciría el diferencialismo cultural. El diferencialismo se posicionaría entonces “frente al resto” para darse preferencia frente a lo universal: ser

¹⁰² La Cultura es el ámbito donde se desarrolla la actividad espiritual y creadora del hombre. FINKELKRAUT A., *La défaite de la pensée*, Paris, Essai Gallimard, 1987, p. 14, autor que mejor encarna en la actualidad francesa esta concepción.

¹⁰³ Extraerlas del lugar donde se produjeron y juzgarlas después según criterios atemorales del Bien, de lo Verdadero o de lo Bello. *Op. cit.*, pp. 14-15.

¹⁰⁴ LEVY-STRAUSS C., *Race et histoire*, Paris, Denoël, coll. Folio, Essais, 1952, réed. 1987, p. 13.

¹⁰⁵ El hombre no comprende su naturaleza en una humanidad abstracta, sino en las culturas tradicionales que se explican en función de una situación estrictamente definida en el tiempo y el espacio. La unidad y la identidad de la humanidad, únicamente pueden entonces alcanzarse progresivamente y la diversidad de culturas muestran los momentos de un proceso que esconde una realidad más profunda o una manifestación tardía. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶ La traición de los intelectuales. BENDA J., *La trahison des clercs*, Paris, 1912, réed. J.-J. Pauvert, 1965.

*“dans sa langue, dans son art, dans sa philosophie, dans sa civilisation, dans ‘sa culture’”*¹⁰⁷.

Para formular estas ideas en términos jurídicos, la concepción universalista preconiza un derecho universal de acceso a la cultura (al menos si pretende democratizarse y no permanecer en un marco elitista), mientras que la concepción diferencialista defiende el derecho de cada uno a su cultura, *“à la cultura de son choix”*¹⁰⁸ o a la identidad cultural. *“Ma cultura”* se convierte en *“l’esprit du peuple”* o del grupo social *“auquel j’appartiens et qui imprègne à la fois ma pensée la plus haute et les gestes les plus simple de mon existence quotidienne”*¹⁰⁹. Es una señal de identidad particularizada, contextualizada, del hombre y sus obras.

Con frecuencia forjadas y pensadas en oposición, estas concepciones de la cultura no son sin embargo totalmente incompatibles. Desde la II Guerra Mundial, la complejidad de las relaciones diplomáticas e institucionales ha obligado a menudo a articularlas a los organismos internacionales y a los Estados. La UNESCO es a nivel internacional el lugar por excelencia donde se manifiestan las tensiones derivadas de los diferentes enfoques de la cultura. Así algunos, como el filósofo francés A. Finkelkraut, muestran que el espíritu humanista y universalista que había presidido la fundación de la UNESCO en 1945 habría sido capturado, o absorbido por el diferencialismo¹¹⁰, la realidad es bastante más compleja. Desde el final de la descolonización, la voluntad anunciada es pensar en la identidad cultural en un marco de respeto a la diversidad cultural y de diálogo entre las distintas formas de expresión de *la/s cultura/s*. Dependiendo del objeto los textos adoptados en el ámbito cultural se enmarcan unas veces en una concepción universalista, otras en una concepción diferencialista, y a veces en busca de la articulación y complementariedad entre ambos enfoques.

Así, por ejemplo, los conceptos de patrimonio de la humanidad y patrimonio cultural o mundial expresan con frecuencia una reacción universalista y humanista, especialmente frente a las tentaciones destructoras de grupos dirigidos por la defensa de intereses identitarios morales, religiosos o ideológicos¹¹¹. Por el contrario, la noción de identidad cultural o el apoyo a las prácticas culturales locales reflejan una visión diferencialista de la cultura. Es cierto que desde 1990, sin ser inexistentes, las referencias universalistas de la cultura han tendido a volverse incidentales. El acento

¹⁰⁷ Ser en su lengua, en su arte, en su filosofía, en su civilización, en “su cultura”. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁸ A la cultura de su elección. FINKELKRAUT A., *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁹ Mi cultura se convierte en el espíritu del pueblo o del grupo social al que pertenezco y que impregna tanto mi pensamiento más elevado como los gestos más simples de mi existencia cotidiana. *Op. cit.*, p. 14.

¹¹⁰ *Op. cit.*, pp. 67-68.

¹¹¹ Ver BORIES C., *Les Etats et le patrimoine culturel en droit international*, Thèse Paris X-Nanterre, 2008. A título de ejemplo citaremos la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de 1972.

diferencialista tiende a prevalecer. Sin embargo, en la nueva era de globalización, el discurso internacional es un foro de redefinición conceptual nada despreciable. Este último se inscribe más en la búsqueda de un diálogo entre culturas que en el particularismo identitario. O si la identidad se cuestiona, algunos tratan de construirla a nivel supranacional tanto a partir de la pluralidad de culturas como de valores compartidos. Así el Consejo de Europa ha podido elaborar un proyecto de “Diálogo intercultural y prevención de conflictos” que tiene por objetivo promover *“une identité culturelle plurielle valorisant aussi bien les diversités nationales, régionales et locales qu’un partage de valeurs comunes fondant la citoyenneté européenne”*¹¹², o el que promovió en el continente sudamericano el concepto de cultura iberoamericana.

El concepto de “diversidad cultural”¹¹³ representa hoy día probablemente la renovación de los aspectos relacionados con la cuestión cultural. Puede entenderse como un puente entre el enfoque universalista de la cultura y el diferencialismo particularista que tiene como objetivo plasmar el concepto de identidad cultural. La definición de cultura en el Prámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural de 2001 es muy evocadora: *“la culture doit être considérée comme l’ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social ; elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances”*¹¹⁴. En la misma línea, la Carta cultural iberoamericana adoptada en Montevideo en noviembre de 2006 afirma a su vez el valor central de la cultura y la necesidad de promover y proteger la diversidad cultural en el espacio iberoamericano. Esta Carta constituye pues *“un instrumento para la diversidad cultural iberoamericana concebida como un conjunto cultural complejo que abarca elementos de una cultura común iberoamericana, las expresiones culturales nacionales, regionales y locales, las culturas de las comunidades tradicionales, indígenas, afrodescendientes y de*

¹¹² Tiene por objetivo promover una identidad cultural plural, así como valorar las diversidades nacionales, regionales y locales que comparten valores comunes basados en la ciudadanía europea. *Le Conseil de l’Europe. 800 millions d’européens*, Edition le Conseil de l’Europe, 2009, p. 75 ; http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/default_FR.asp

¹¹³ Ver OLIVA MARTINEZ D., “Diversidad cultural”, en *El glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e integración: Comercio, Cultura y Desarrollo*, DIAZ C. BARRADO, MORENO SLAVADOR A. (dir.), Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 232.

¹¹⁴ La cultura debe considerarse como el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; que incluye no sólo las artes y la literatura, sino estilos de vida, modos de vida en comunidad, sistemas de valores, tradiciones y creencias”. Ver también la Convención de la UNESCO para la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales, de octubre de 2005.

poblaciones migrantes, así como toda la gama de subculturas que se dan dentro de ellas”¹¹⁵.

El resultado de estas concepciones distintas sobre la cultura y de su evolución, son tres modos ideales-típicos de la posible formulación jurídica del derecho a la cultura: un derecho de acceso a la cultura (expresión de la democratización de una concepción universalista), un derecho a la especificidad o a la identidad cultural (concepción diferencialista particularista) y un derecho a la diversidad o igual diferencia cultural (concepción diferencialista globalizada).

2. *¿Cuál es la definición del derecho a la cultura en los discursos jurídicos y metajurídicos?*

Los conceptos jurídicos pueden definirse de distintas maneras: a) de forma funcional (la Declaración de Derechos Humanos sirve para reconocer los derechos y libertades de todo individuo); b) por género y diferencia, en otras palabras, clasificando dentro de un género y especificación las diferencias del objeto con respecto a otros elementos del género (la Declaración de Derechos Humanos es un conjunto de normas jurídicas que afirman los derechos y libertades reconocidos a todo individuo); c) de un modo regulador o estipulador (la noche comienza a las 6 am y termina a las 22 h); d) por designación demostrativa (la Declaración de Derechos Humanos es un documento escrito); e) de un modo analítico o extenso (la Declaración de Derechos Humanos proclama la libertad, la igualdad, la presunción de inocencia, el derecho a la propiedad...); f) de un modo sintético, es decir, a través de uno o varios conceptos destinados a comprender el significado del término en función de un marco de análisis abstracto y predeterminado (la Declaración de Derechos Humanos es un acto revolucionario).

Los textos jurídicos o los escritos metajurídicos proporcionan poca definición sobre el derecho a la cultura. De ahí que la expresión no se utiliza con frecuencia explícitamente. La mayoría de las veces se usa con ocasión de intentar de determinar su contenido, de por sí problemático, respecto de la categoría de derechos culturales. En este contexto, las definiciones del derecho a la cultura adoptan principalmente tres

¹¹⁵ PRIETO DE PEDRO J., “Carta cultural iberoamericana”, en *El glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e integración: Comercio, Cultura y Desarrollo*, op. cit., 2010, p. 107. Ver también la Carta de México sobre la Unidad y la Integración Cultural Latinoamericana y Caribeña de septiembre de 1990, la Declaración de la Tercera Cumbre de las Américas sobre la diversidad cultural de Quebec en 2001.

formas que se entrecruzan con frecuencia: sintética, analítica y por género y diferencia¹¹⁶.

Apunte típico de una definición sintética del derecho a la cultura propuesta por J. Esguevillas en *El glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e integración: Comercio, Cultura y Desarrollo*. El autor no revela criterios precisos de identificación del derecho a la cultura, pero lo presenta afirmando que: “En pleno ya siglo XXI, hablar de Derecho a la Cultura nos obliga a hacerlo desde la óptica de la labor de la UNESCO en el marco del Sistema de Naciones Unidas, y de manera concreta, en la labor que se ha desarrollado y se desarrolla en el campo de la ‘Diversidad cultural’”¹¹⁷.

Se inscribe dentro de una definición analítica, el enfoque del derecho a la cultura por elementos constitutivos. Así por ejemplo D. Roman definía el derecho a la cultura como la unión de dos conceptos: el “droit d'accès à la culture” y el “droit à la participation à la vie culturelle”¹¹⁸.

Por último, respecto a una definición por género y diferencia, el enfoque del derecho a la cultura a partir de la categoría más general y, no menos problemática de los “derechos culturales”, que generalmente se configura de un modo analítico por la enumeración de sus elementos constitutivos. Más allá de las variaciones propias de cada uno, parece poder alcanzarse un acuerdo colectivo para incluirse en la categoría de “derechos culturales”:

- a) el derecho a la educación
- b) el derecho a la identificación cultural, que comprende el derecho a escoger la propia cultura, el derecho al legado cultural, los derechos patrimoniales, el derecho de acceso a medios de comunicación y de expresión, el derecho a la protección y al desarrollo de la propia identidad cultural;
- c) el derecho a la participación cultural, que incluye el derecho de acceso a la cultura y al patrimonio cultural, el derecho a la libre participación en la vida cultural, el derecho a ejercer libremente una actividad cultural y el derecho a

¹¹⁶ En este sentido ver, PÉREZ DE LA FUENTE O., “Identidad cultural”, en *El glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e integración: Comercio, Cultura y Desarrollo*, op. cit., 2010, p. 287.

¹¹⁷ Op. cit., p. 204.

¹¹⁸ El derecho de acceso a la cultura y el derecho a participar en la vida cultural. ROMAN D., « L'accès à la culture dans les politiques de lutte contre l'exclusion sociale », in *L'art et le droit. Ecrits en hommage à Pierre-Laurent FRIER*, DEGUERGUE M. (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 345. Ver también SYMONIDES J., “The history of the paradox of cultural rights and the state of the discussion within Unesco”, MEYER-BISCH P. (éd.), en *Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Fribourg, Editions universitaires Fribourg Suisse, 1993, p. 57 et s.

la creatividad cultural, el derecho a participar en las actividades características de la propia cultura, el derecho a disfrutar del progreso científico y cultural y el derecho a la propiedad intelectual¹¹⁹.

Dentro de esta lista, como muchas otras, la referencia propiamente dicha al “derecho a la cultura” no es explícita. Podemos, sin embargo, convenir que el derecho a la cultura une los derechos a la identificación cultural y a la participación cultural. Esta definición convencional que excluye el derecho a la educación, se puede justificar por dos razones. Por una parte, porque aunque el derecho a la educación es de modo poco discutible indispensable para el conocimiento, acceso, expresión y para el desarrollo mismo de *la o una cultura*¹²⁰, la reflexión sobre su carácter fundamental a menudo se involucra en un argumentario específico respecto a los derechos a la identificación y a la participación cultural. Por otra parte, en tanto que no existe un acuerdo definitivo sobre una definición del derecho a la cultura, parece difícil analizar este concepto sin tomar en consideración las dos dimensiones que son la identificación y la participación cultural.

B. ¿Qué es un “derecho fundamental”?

El concepto de derecho fundamental presenta también un alto grado de indeterminación. No es frecuentemente definido por aquellos quienes lo emplean. Sin embargo es posible distinguir de un modo ideal-típico cuatro tipos de significados que se otorgan al adjetivo “*fundamental*”, cuando se relaciona con un derecho o una libertad, a saber significados axiológico (1), formal (2), estructural (3) y común (4)¹²¹.

1. Fundamental en sentido axiológico

Un derecho puede ser fundamental desde el punto de vista axiológico cuando se considera que expresa valores indispensables, *sine qua non*, a la existencia del hombre y la humanidad. Dicho de otro modo, “*le caractère de droit fondamental peut se*

¹¹⁹ Ver NORDMANN F., «Thème du colloque», en *Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, op. cit., p. 13.

¹²⁰ “Loin de demeurer deux domaines parallèles, culture et éducation s’interpénètrent et doivent se développer en symbiose, la culture irriguant et alimentant l’éducation qui s’avère le moyen par excellence de transmettre la culture, et partant, de promouvoir et de renforcer l’identité culturelle”, Conférence de Mexico sobre las políticas culturales, UNESCO, 1982, p. 7. En el mismo sentido el artículo L. 121-6 del Code de l’éducation français recuerda que : “*les enseignements artistiques contribuent à l’épanouissement des aptitudes individuelles et à l’égalité d’accès à la culture. Ils favorisent la connaissance du patrimoine culturel ainsi que sa conservation et participent au développement de la création et des techniques d’expression artistique*”. Ver también el Convenio Andrés Bello de Integración educativa, científica, tecnológica y cultural del 31 de enero de 1970.

¹²¹ Ver CHAMPEIL-DESPLATS V., “La notion de droit “fondamental” et le droit constitutionnel français”, *Dalloz*, 1995, chr. 323; “Les droits fondamentaux en droit français : genèse d’une qualification”, *Droits fondamentaux et droit social*, LOKIEC P., LYON-CAEN A. (dir.), Dalloz, collection Thèmes et Commentaires, 2005, p. 11; “L’affirmation des droits fondamentaux : quelles significations? Quelles conséquences?”, *Cahiers français*, nº 354, février 2010, p. 19.

reconnaitre à ce que l'absence de respect du droit considéré met en jeu l'existence même du sujet"¹²². Los derechos, son por tanto fundamentales porque se conciben como inherentes "*l'homme en tant qu'il est homme*"¹²³, sea ciudadano o extranjero. La fundamentalidad está vinculada a la universalidad. Los derechos fundamentales pertenecen y benefician a todo ser humano. De lo contrario, no son fundamentales. Son necesarios para garantizar el desarrollo individual y la identidad del hombre que vive en sociedad. Como tales, son vinculantes para todos, y en particular para los poderes públicos que los deben respetar y garantizar.

La evaluación del carácter fundamental de un derecho o de una libertad se inscribe aquí en un proceso esencialmente normativo y prescriptivo, antes que en un registro descriptivo de un sistema jurídico particular. Se trata menos de afirmar que los derechos consagrados por los ordenamientos jurídicos son inherentes al hombre y por lo tanto fundamentales, que de obtener un reconocimiento jurídico de los derechos considerados subjetivamente fundamentales habida cuenta de ciertas creencias o convicciones. El enfoque axiológico de los derechos fundamentales presenta pues una dimensión iusnaturalista en la medida en que se basa en la premisa de que "*la fundamentalité ne s'épuise dans aucune norme formelle*"¹²⁴. Un derecho puede calificarse de fundamental independientemente de su reconocimiento por el derecho positivo. Por este motivo la apreciación de la fundamentalidad sigue siendo subjetiva, o al menos, intersubjetiva. Esto presupone la capacidad de identificar y llegar a un acuerdo sobre los valores fundamentales que constituyen la humanidad. Sin embargo, este acuerdo, incluso si tiene una pretensión de universalidad, es susceptible de variar en función de los contextos históricos, culturales y sociales. Si el carácter fundamental de ciertos derechos o libertades, tales como el de no ser sometido a tortura o el de expresarse libremente, son objeto hoy día de un consenso bastante amplio (al menos entre aquellos que muestran su voluntad de respetar los derechos humanos), este carácter sigue siendo un tema muy controvertido para otros derechos, tales por ejemplo como el derecho a la propiedad o la vivienda.

2. *Fundamental en sentido formal.*

¹²² El carácter de derecho fundamental puede reconocerse en que la ausencia de respeto a este derecho, llega a poner en peligro la existencia misma del sujeto. MEYER-BISCH P., "Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique de droits de l'homme? Quelques difficultés logiques", in *Les droits culturels: une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, op. cit., p. 26.

¹²³ Inherentes a la persona en cuanto que es persona. GOGUEL R., "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux", *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Économica, 1982, p. 236.

¹²⁴ La fundamentalidad no se agota en ninguna norma formal. PICARD E., "L'émergence des droits fondamentaux en France", en *Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?*, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 10.

En un sentido formal, los derechos fundamentales son los situados en el nivel más alto de la jerarquía de un ordenamiento jurídico o que se benefician de mecanismos de garantías específicos: mayoría cualificada para modificarlos o suprimirlos, o la imposibilidad de abolirlos, se benefician de recursos especiales (amparo, procedimiento de urgencia), prohibición de rebajar su nivel de garantía o de efectividad.

La concepción formal de la fundamentalidad se manifiesta principalmente de un modo descriptivo. Los autores valoran la calidad de un derecho o una libertad a partir de un criterio preestablecido de identificación de los derechos fundamentales, fundado sobre la base de la validez jurídica del derecho en la jerarquía normativa y sobre sus mecanismos de protección. Sin embargo, esta concepción no prohíbe toda consideración normativa o prescriptiva, especialmente cuando se vincula a una dimensión axiológica. Dicho de otro modo, porque se estima que ciertos derechos expresan valores fundadores de la humanidad que requieren su reconocimiento y garantía por los estándares más altos de la jerarquía de un ordenamiento jurídico.

3. *Fundamental en sentido estructural.*

Los derechos y libertades fundamentales son los que establecen y garantizan la identidad, la coherencia del sistema o subsistema jurídico¹²⁵. Son sobre los que ese sistema o subsistema se ha construido y lo que del conjunto de sus elementos se deriva o infiere. Lo que es fundamental, no se apoya en nada.

Esta concepción presupone que los enunciados fundamentales se han formulado con un cierto grado de generalidad y de abstracción. No se puede prescindir por completo de una apreciación del contenido del derecho o de la libertad de que se trate. Así, mientras que el enfoque formal exhibido de manera descriptiva permite calificar de fundamental un derecho sin tener en cuenta lo que prescribe (es suficiente que se enuncie el derecho a nivel constitucional para ser fundamental), la concepción estructural exige una determinación de su significado semántico para concluir su carácter fundador o no.

La concepción estructural de la fundamentalidad se distingue, además de la concepción axiológica en varios aspectos. En primer lugar, no es necesario apoyarse en los valores para pronunciarse sobre la cualidad estructural fundamental de un derecho o de una libertad. Esta cualidad se puede apreciar con la simple observación de la relación entre los enunciados jurídicos. Es estructuralmente fundamental el derecho que funda otros, sean cuales sean los valores que exprese. En segundo lugar, la concepción

¹²⁵Ver. PICARD P., *op. cit.*, p. 37 : “*Les droits fondamentaux sont fondateurs de ce que nous connaissons déjà, l’Etat de droit*”. Los derechos fundamentales son fundadores de lo que conocemos ya como Estado de Derecho.

estructural puede chocar con la exigencia de universalidad de la cual es portadora la concepción axiológica, en la medida en que favorece una relativización de la apreciación de la fundamentalidad y una clasificación de los sujetos de derechos y libertades. La fundamentalidad estructural de un derecho no se aprecia mejor considerando el conjunto del ordenamiento jurídico, sino que puede serlo respecto a ciertas partes solamente. Por ejemplo la ley de 29 de julio de 1998 de orientación relativa a la lucha contra la exclusión, tiene por objetivo garantizar los derechos fundamentales en el ámbito del empleo, la vivienda, la protección de la salud, de la justicia, de la educación y de la cultura. Del mismo modo, el enfoque estructural de la fundamentalidad puede estar acompañado del abandono de toda referencia a la humanidad y a la universalidad del sujeto de derecho para favorecer la inclusión de las comunidades, de los grupos de individuos o de intereses particulares. El sujeto del derecho fundamental no es más el hombre o el individuo, sino el contribuyente, el detenido, el funcionario, el asalariado, la familia, la comunidad étnica, cultural o lingüística... Negando toda pretensión universalista al concepto de derecho fundamental, algunos consideran incluso en este sentido que *“le communautarisme et les droits fondamentaux (...) sont en définitive les produits dérivés du même phénomène”*¹²⁶

Es sin embargo posible objetar que estas clasificaciones de sujetos de derechos no provocan una contradicción real entre la concepción axiológica y la concepción estructural si se conciben de manera ontológica, es decir, si las vinculamos a una cualidad intrínseca y no a un estado contingente. Ambas concepciones ya no se oponen, sino que se completan, si admitimos que el sujeto de derecho sigue siendo el ser humano en tanto que se sitúa en un contexto o en un conjunto de relaciones (un estado y no una cualidad) susceptibles de ser experimentadas por todos. Veremos que la articulación entre las dimensiones universales/axiológicas y contextuales/estructurales de la fundamentalidad constituyen una apuesta esencial tratándose del derecho a la cultura, precisamente porque, como ya hemos señalado este derecho tiene a la vez un faceta universalista y diferencialista.

4. Fundamental conforme al derecho común

El carácter fundamental de los derechos y libertades se deriva aquí de las similitudes en su cualificación o de su estatus en varios ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales, tales como por ejemplo los de España, Francia, Alemania, el Consejo de Europa o el de la Unión Europea. El enfoque de la fundamentalidad se inscribe en un proceso constructivo. Se basa principalmente en las dos concepciones

¹²⁶ La comunitarización y los derechos fundamentales son en definitiva productos que se derivan de un mismo fenómeno. Ver TROIANIELLO A., “Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme?”, *Débats*, nº 124, 2003, pp. 64 et s.

anteriores de los derechos fundamentales para extraer de los ordenamientos jurídicos un conjunto de valores comunes constitutivos de un *ius commune* europeo o universal.

Esta concepción se desarrolla fundamentalmente en los discursos metajurídicos, en particular en el marco de la promoción de derechos y libertades en el seno de la Unión Europea¹²⁷. Pero el derecho positivo también puede hacerse eco. El artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea que se refiere a “[...]tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”, es a este respecto emblemático.

II. El derecho a la cultura como derecho fundamental: problemas conceptuales

Para determinar en qué medida puede concebirse el derecho a la cultura como un derecho fundamental conviene confrontar los diferentes significados del concepto de derecho fundamental en las diferentes concepciones del derecho a la cultura. Pero, sea cual sea el significado, la fundamentalidad del derecho a la cultura es problemática y requiere distinciones.

A. El derecho a la cultura: ¿Valor inherente al ser humano?

Las dificultades vinculadas al carácter axiológicamente fundamental del derecho a la cultura provienen de la duplicidad que afecta a todos los derechos culturales. Este tipo de derechos, como hemos visto, está marcado por la tensión entre una dimensión universal que se dirige al individuo y una dimensión diferencialista susceptible de extenderse a conjuntos acotados de individuos: grupos, comunidades, colectividades particulares.

Por lo tanto, comprendidos en su dimensión universal e individual, los derechos culturales están atribuidos a todo sujeto de derecho. Son “*l’expression de l’idée d’homme, pas tant de la nature humaine au sens classique, que de sa culture, essentielle au sujet parce qu’il n’y a pas de nature humaine sans culture*”¹²⁸ En este sentido, la falta de respeto de los derechos culturales debilita la existencia misma del sujeto. “*La privation de culture*” es un “*douleur philosophique*” que afecta a la existencia del hombre¹²⁹. Sin embargo, muchos han criticado la igual fundamentalidad de cada uno de los derechos culturales. Únicamente merecerían ser calificados de fundamentales los derechos que aseguran un “*minimum existentiel*”, es decir un “*minimum nécessaire à la*

¹²⁷ Ver por ejemplo, DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil 1994.

¹²⁸ Son la expresión de la idea del hombre, no tanto de la naturaleza humana en sentido clásico, como de su cultura, esencial al sujeto porque no hay naturaleza humana sin cultura. MEYER-BISCH P., “Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique de droits de l’homme? Quelques difficultés logiques”, en *Les droits culturels...*, op. cit., p. 20.

¹²⁹ La privación de cultura es un dolor filosófico que afecta a la existencia del hombre. *Ibid.*

survie”. Ese sería esencialmente el caso del derecho a la educación primaria¹³⁰. Tal pensamiento se enfrenta sin embargo, a ciertas dificultades conceptuales. ¿Qué es en efecto un mínimo existencial? Limitarse a la supervivencia física plantea la delicada cuestión de saber si esta supervivencia es posible y se puede concebir sin la integración de elementos culturales dentro de los cuales la educación no es más que una de sus manifestaciones.

Entendidos en su dimensión diferencialista, los derechos culturales tienden a descuidar la individualidad para erigir en sujeto de derecho a grupos o colectividades (minorías, comunidades, pueblos) más o menos circunscritos por criterios particularistas e identitarios: prácticas ritualísticas o religiosas, lenguas, códigos sociales...Cualquier negación de los derechos que identifican culturalmente el grupo constituye entonces un etnocidio¹³¹. Esta concepción destaca de un modo particular en la importante Declaración de México del 26 de julio al 6 de agosto de 1982 sobre las políticas culturales o de la Recomendación relativa a la Participación y a la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural de 26 de noviembre de 1976.

Es innegable que estas dos dimensiones de los derechos culturales pueden trabajar juntas y completarse. Es difícilmente concebible que la identidad cultural del individuo se construya de forma aislada, independientemente de toda relación con uno o varios grupos socioculturales. Los derechos culturales reconocidos a un grupo, favorecen entonces a los del individuo y viceversa. Pero esta lógica no está siempre garantizada. No faltan ejemplos en los que las dos dimensiones de los derechos culturales, y su respectiva pretensión a la fundamentalidad, se enfrentan radicalmente. Por mencionar el caso más evidente, una costumbre ancestral, considerada por las autoridades de un grupo constitutiva de su identidad, puede poner en peligro la supervivencia o el desarrollo de algunos de sus miembros. El caso de las mutilaciones genitales o de las flagelaciones rituales lo ilustran perfectamente. La resolución de este tipo de conflictos conduce inevitablemente a sacrificar la fundamentalidad al otro. Preservar la identidad del grupo se hace a expensas de los derechos fundamentales del individuo. Por el contrario, preservar la vida del individuo conlleva a rechazar las pretensiones a la fundamentalidad de las prácticas identitarias del grupo.

Hay otras muchas situaciones de tensión que se oponen a las diferentes lógicas culturales reclamando todas su parte de fundamentalidad y cuya confrontación tiene resultados potencialmente devastadores no sólo sobre la integridad física de los

¹³⁰ Mínimo existencial, es decir, un mínimo esencia para sobrevivir. LOBO TORRES R., “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989; ABRAMOVICH V., COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

¹³¹ MEYER-BISCH P., *op. cit.*, p. 29.

individuos, sino socialmente. El caso de la cultura de la hoja de coca en Perú se convierte en un buen ejemplo. El gobierno regional de Puno promovió por decreto, en su región la cultura de la hoja de coca declarándola elemento del patrimonio cultural. Ésta es una práctica habitual de las poblaciones indígenas y presenta una doble dimensión religiosa y medicinal. La constitucionalidad del decreto fue cuestionada por el Presidente de la República precisamente porque la promoción de una práctica al rango de patrimonio cultural era competencia de un órgano nacional. El Presidente también puso en entredicho la compatibilidad de la cultura de la hoja de coca con los tratados internacionales de lucha contra los estupefacientes. En un fallo de 11 de junio de 2008, Presidente de la República c. Gobierno Regional de Puno¹³², el Tribunal Constitucional le dio la razón en ambas cuestiones. Como se ha señalado por C. Gonzalès Palacio¹³³, el asunto es muy revelador de la confrontación entre dos tipos de cultura, a saber la cultura occidental y la cultura andina. La comparación de la hoja de coca con la cocaína es asombrosa desde el punto de vista andino porque “su consumo no produce efectos alucinógenos”. La hoja de coca “es desde hace cientos de años uno de los elementos que forman parte del paisaje cultural de los Andes y de la Amazonía del Perú. Se mastica y se bebe en infusión a diario por millones de indígenas, fue adorada por los incas; sirve de ofrenda en los ritos religioso, etc.” Sólo puede ser considerada como un estupefaciente “desde un punto de vista occidental” que lo asimila “al peligro de la producción de drogas” sin considerar la “racionalidad” de su explotación por los pueblos andinos.

El derecho a la cultura: ¿En la cúspide de la jerarquía de los ordenamientos jurídicos?

Es indiscutible que muchas constituciones y documentos internacionales proclaman derechos culturales, aunque la expresión “derecho a la cultura” no se formula como tal.

Tratándose de las constituciones, las proclamaciones de derechos culturales y de elementos que puedan estar vinculados a un “derecho a la cultura” varían bastante según la ideología dominante en el seno de los órganos constituyentes. Sabemos que los derechos culturales experimentan una mayor consagración en los países dominados por una ideología socialista (países del antiguo bloque soviético, Cuba, Portugal), que en los Estados liberales o vinculados al universalismo. Así en Francia, la aspiración universalista permite, por un lado, la afirmación en el preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946 retomada por el de la Constitución de 4 de octubre de 1958, que “La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte (...) à la culture”.

¹³² Tribunal Constitucional de Pérou Ass. Plén. 006-2008-PI/TC

¹³³ *Rapport sur la jurisprudence en matière de Droits économiques, sociaux et culturels (DESC): le cas du Pérou*, Para el programa “Droits des pauvres, pauvres droits? Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux”, GIP Justice, <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=40>

Pero eso lleva, por otra parte, a las autoridades francesas a rechazar toda referencia al concepto de minorías, de comunidades o de pueblos. No existe más que un pueblo, el pueblo francés. Es por esta razón por la que Francia ha emitido una reserva al artículo 27 del Pacto internacional Derechos Civiles y Políticos de 1966 que se refiere al concepto de minoría. Del mismo modo, el Consejo Constitucional francés ha declarado contrario a la Constitución la referencia al “pueblo corso”¹³⁴, así como ciertas cláusulas de la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias¹³⁵. La Constitución por otra parte ha llegado a ser revisada sobre este punto por la Ley Constitucional de 27 de julio de 2008. El artículo 75-1 proclama desde entonces que “Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France”. Sin embargo sus implicaciones siguen siendo inciertas.

A nivel internacional, las referencias a los derechos culturales son más claras y se han multiplicado. El punto de partida es el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.” Este artículo ha sido seguido por numerosos documentos internacionales de distinto alcance con el fin de completarlo y ponerlo en práctica: la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 4 de noviembre de 1966¹³⁶, el Pacto Internacional de Derechos

¹³⁴ Décision n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *rec.* 50.

¹³⁵ Décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *rec.* 71.

¹³⁶ “Artículo I. 1. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos. 2. Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura. 3. En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad. Artículo II. Las naciones se esforzarán por lograr el desarrollo paralelo y, en cuanto sea posible, simultáneo de la cultura en sus diversas esferas, con el fin de conseguir un equilibrio armónico entre el progreso técnico y la elevación intelectual y moral de la humanidad. Artículo III. La cooperación cultural internacional abarcará todas las esferas de las actividades intelectuales y creadoras en los campos de la educación, la ciencia y la cultura.”

Económicos, Sociales y Culturales de diciembre de 1966¹³⁷, la Convención sobre Protección y Promoción de la Diversidad de Expresión Cultural de 20 de noviembre de 2005, las múltiples declaraciones y recomendaciones de la UNESCO (Recomendación relativa a la Participación y a la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural de 26 de noviembre de 1976; Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2 de noviembre de 2001), la importante Declaración de México sobre las Políticas Culturales de julio y agosto de 1982, la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2 de noviembre de 2001, las resoluciones del Consejo de los Derechos Humanos (promoción para el disfrute efectivo de los derechos culturales para todos de 22 de abril de 2002 y de 22 de abril de 2003)...

A nivel regional existe igualmente un arsenal importante de textos:

En Europa: la Convención Cultural Europea de 1954 (arts. 1 a 6), el artículo 30 de la Carta Social Europea revisada (“Con el objetivo de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen: a) a tomar medidas en el marco de aproximación global y coordinada para promover el acceso efectivo particularmente al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, a la asistencia social y sanitaria de las personas que se encuentran o sufren el riesgo de encontrarse en situación de exclusión social o de pobreza y de su familia), la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias adoptada en 1992, las declaraciones del Consejo de Europa (por ejemplo: Declaración Europea sobre los Objetivos Culturales de Berlín de 1984), la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 16 de noviembre de 2007 relativa a la Agenda Europea para la Cultura...

¹³⁷ “Artículo 15. 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.
 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

En el continente americano: el Protocolo Adicional de San Salvador a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³⁸, la Carta Cultural Iberoamericana adoptada en Montevideo en noviembre de 2006, la Carta de México sobre la Unidad y la Integración Cultural Latinoamericana y Caribeña de septiembre de 1990.

En África: la Carta Cultural Africana de 1976 , la de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 27 de junio de 1981 (art. 17 y art. 22).

En Asia: La Declaración de los Deberes Fundamentales de los Pueblos y de los Estados Asiáticos de 1983.

Este amplio reconocimiento de los derechos culturales a nivel internacional podría ser un signo de acuerdo compartido sobre la fundamentalidad (en sentido formal) de tales derechos. Pero esta conclusión debe ser moderada. El estatus de los derechos culturales, como generalmente los derechos económicos y sociales, es objeto de numerosas controversias y dudas. Multitud de juristas se emplean, a través de argumentos clásicos, en discutir la normatividad, la justiciabilidad y, en consecuencia, la fundamentalidad en sentido formal, de los derechos culturales. Se basan en: a) la generalidad y la abstracción de tales derechos, su carácter programático y no vinculante; b) la presentación de los derechos del hombre en creación; c) la existencia de los dos Pactos Internacionales de Nueva York que sería la señal de menor importancia acordada respecto a los derechos sociales, económicos y culturales; d) la ausencia de coacción de los mecanismos de protección y la debilidad de los procedimientos de concreción de los derechos culturales. En la espera de la ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC firmado el 10 de diciembre de 2008, las competencias del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales instituido por el PIDESC siguen siendo inferiores a los conferidos al Comité de los Derechos del Hombre del PIDCP. Por lo

¹³⁸ “Artículo 14. Derecho a los Beneficios de la Cultura. 1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; 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 Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.”

tanto, este Comité está redoblando esfuerzos para instituir una “obligation fondamentale minimum” para “assurer la satisfaction essentielle des droits du Pacte”¹³⁹; e) el carácter de soft law y el efecto indirecto de los documentos internacionales relativos a los derechos culturales. En Francia, en particular, las jurisdicciones internas están divididas según el efecto directo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Predomina un enfoque pragmático y casuístico en función de los artículos que se invocan.

Sin embargo, ninguno de estos elementos es insuperable y no condena de un modo definitivo la fundamentalidad en el sentido formal de los derechos culturales. Si bien estos derechos, y entre todos el derecho a la cultura, son enigmáticos, abstractos o programáticos. Pero, en realidad, muchos de los derechos humanos, sino todos, presentan estas características. ¿Por qué es más concreta la libertad de circulación o la libertad de culto que el derecho a la expresión cultural?

La violación de todos los derechos puede ser interpuesta ante los jueces: la prohibición ilegal de la exposición de una obra artística es tan justiciable como una detención arbitraria. Del mismo modo, todo derecho puede ejecutarse por la determinación de las políticas públicas. La libertad de circulación implica disponer de infraestructuras de carreteras así como el acceso a la cultura a menudo requiere políticas de subvención para la producción de espectáculos¹⁴⁰. Algunos tribunales nacionales (la Corte Suprema de África del Sur¹⁴¹) o supranacionales (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos) han venido aceptando progresivamente, de forma directa o por extensión, la justiciabilidad de algunos de ciertos derechos sociales y culturales¹⁴². Respecto a estos últimos, el derecho a la educación, sigue siendo el principal afectado¹⁴³. Esta evolución demuestra sin embargo que es status y las propiedades jurídicas de los derechos sociales y culturales no están cosubstancialmente vinculados a su estructura lingüística sino que conciernen a

¹³⁹ Una obligación mínima para garantizar la satisfacción esencial de los derechos del Pacto. SODINI R., *Le comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 116.

¹⁴⁰ DE SCHUTTER O., “Les générations des droits de l’homme et l’interaction des systèmes de protection: les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux”, en OMIJ (dir.), *Juger les droits sociaux*, PULIM, pp. 13 et s.

¹⁴¹ El Tribunal Supremo de la India, *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and others*, 2001, (1), SA 46 (CC).

¹⁴² Ver ROMAN D., “Les droits sociaux, entre ‘injusticiabilité’ et ‘conditionnalité’ : éléments pour une comparaison”, *RIDC*, 2009, n° 2, pp. 285-314 ; GREWE C., BENOIT-ROHMER F., *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Actes du Colloque des 15 et 16 juin 2001, Faculté de droit, des sciences politiques et de gestion de l’Université Robert-Schuman, Strasbourg, PU Strasbourg, 2003.

¹⁴³ Ver por ejemplo, Tribunal: Superior Tribunal de Justicia – Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, 19 de marzo 2008, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA)”.

consideraciones políticas, ideológicas o jurídicas. A nivel internacional, se ha dado un gran paso hacia la armonización de los regímenes jurídicos de los distintos tipos de derechos humanos con la firma, el 10 de diciembre de 2008 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Este Protocolo proporciona un mecanismo de comunicaciones individuales y colectivas ante el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales comparable al existente ante el Comité de Derechos Humanos garante del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴⁴.

El Derecho a la cultura: ¿Un derecho fundamental estructural?

Adoptar una posición unívoca sobre la dimensión estructural fundamental del derecho a la cultura es delicado porque la resolución de esta cuestión depende enteramente de las concepciones y del papel que se da al derecho a la cultura en el ordenamiento jurídico, y sobre todo, de sus relaciones con el resto de los derechos humanos. Estas concepciones son muy variadas.

Para algunos, los derechos culturales serían la categoría que engloba el resto de derechos, en el doble sentido de todo derecho a una dimensión cultural y dónde los derechos culturales serían la “clé manquante” para perfeccionar “du système des droits fondamentaux”¹⁴⁵. Esta postura se apoya en cuatro argumentos: a) “les droits culturels permettent de penser l’identité culturelle comme une dimension fondamentale du sujet, exprimée en droits spécifiques”; b) “ils ajoutent une détermination fondamentale à la compréhension et à l’exécution des autres droits de l’homme”; c) “ils permettent de développer l’universalité réelle des droits de l’homme, pour une meilleure définition de ses différentes cultures”; d) “ils permettent de développer” una cultura democrática¹⁴⁶.

Sin embargo, este punto de vista del carácter fundamental que estructura los derechos culturales se enfrenta a otras teorías generales de los derechos humanos. En primer lugar, muchos insisten en la interdependencia de los derechos humanos. La noción de interdependencia de los derechos humanos, en concreto hace difícil la afirmación del carácter más o menos estructural o fundamental de uno o del conjunto de estos derechos. Por otra parte, no es extraño que se consideren los derechos culturales como

¹⁴⁴ Ver WILSON B., “Quelques réflexions sur l’adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies”, *RTDH*, 2009, vol. 78, pp. 295-317.

¹⁴⁵ La clave que falta para perfeccionar el sistema de derechos fundamentales. MEYER-BISCH P., *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁶ a) los derechos culturales permiten pensar en la identidad cultural como en una dimensión fundamental del sujeto, expresada en derechos específicos; b) añaden una dimensión fundamental a la comprensión y aplicación del resto de derechos humanos; c) permiten desarrollar la universalidad real de los derechos humanos, para una mejor definición de sus diferentes culturas”; d) permiten desarrollar una cultura democrática. *Ibid.*

meras variantes de otros valores últimos y, de entre todos, del principio de dignidad “The adoption in the universal Declaration of Human Right of the central notion of ‘human dignity’ shows the drafters intended to safeguard peoples entitlement to the respect of their culture as part of their identity, history, and thus dignity”¹⁴⁷. Por último, incluso dentro de los derechos culturales, pueden establecerse distintas relaciones y, en general, más que el “derecho a la cultura” como tal, es más bien el derecho a la identidad cultural o el derecho a la alfabetización los que se alegan como fundadores o condicionadores de todos los demás¹⁴⁸.

Si dejamos de lado este delicado problema, y probablemente insoluble, de la determinación del derecho o los derechos que proporcionan el fundamento último al resto, la cuestión del carácter estructural fundamental del derecho a la cultura puede verse uniendo a la identificación de lo que permite construir jurídicamente la referencia a un derecho a la cultura. En otras palabras, el derecho a la cultura ¿es el fundamento de un conjunto de normas jurídicas o de políticas públicas culturales estructuradas que aspiran a ponerse en práctica?

La respuesta depende inevitablemente de los ordenamientos jurídicos, así como de las elecciones políticas que se realicen en un momento determinado. Estas pueden variar con el tiempo, en función de la sensibilidad ideológica del gobierno en el poder. Cuba representa sin duda un caso extremo de la centralidad que se le otorga a la política cultural. Pero además, el lugar y el alcance de las políticas culturales justificadas por el derecho a la cultura o el derecho de acceso a la cultura son muy variables. Tomemos dos ejemplos, el de Francia y el del Consejo de Europa.

En Francia, las políticas culturales encuentran su fundamento constitucional en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Como ya se ha mencionado, proclama que “la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte (...) à la culture”. Pero la preocupación gubernamental por la cultura no se afirma hasta 1959 con la creación del Ministerio de Cultura y Comunicación confiado diez años, en manos de André Malraux. Entonces se lleva a cabo una amplia política de democratización de la cultura que tenía por objetivo hacer “accessible les œuvres capitales de l'humanité, et d'abord de la

¹⁴⁷ La adopción en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del concepto central de “dignidad humana” muestra que los redactores intentaron proteger el derecho de los pueblos al respeto de su cultura como parte de su identidad, historia, y por lo tanto de su dignidad. FRANCONI F., “Culture, Cultural Heritage and Human Rights: an introduction”, en FRANCONI F., SCHEIMIN M. (dir.), *Cultural Human Rights, International Studies in Human rights*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, p. 8, citado por BORRIES C, *Les Etats et le patrimoine culturel en droit international*, Thèse Paris X-Nanterre, 2008, p. 241.

¹⁴⁸ Ver MEYER-BISCH P. (dir.), *Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, op. cit., p. 26 et p. 302 ; DONDEYS Y., “A Right to Cultural Identity in UNESCO”, en FRANCONI F., SCHEIMIN M. (dir.), op. cit., p. 320.

France, au plus grand nombre possible de français”¹⁴⁹. La política de acceso a la cultura ha eludido los obstáculos territoriales (las grandes obras y los acontecimientos culturales importantes se encuentran en París), económicos y sociales (medidas arancelarias). Las apreciaciones sobre la eficacia de más de cincuenta años de políticas culturales se contraponen. Algunos se felicitan de la ampliación del círculo de usuarios y actores de la cultura. Otros señalan que siguen existiendo importantes disparidades sociales respecto a la cultura¹⁵⁰. El hecho es que la importancia de las políticas culturales, independientemente de sus contenidos y su eficacia, permite concluir la fundamentalidad estructural del derecho a la cultura en Francia, al menos en lo que se refiere a su faceta de “accès à la culture”¹⁵¹.

A nivel europeo, el Consejo de Europa es la primera instancia que insistió en la importancia de las políticas culturales para promover un patrimonio cultural común, apoyar y coordinar las políticas culturales nacionales y fomentar, dentro de los Estados, la diversidad cultural local. A este respecto, el Consejo de Europa se ha dotado de un Comité Director de Cultura que ha definido y creado varios proyectos, programas o fondos: “Eurimages” (Fondos europeos del Consejo de Europa para el apoyo de la coproducción y la difusión de obras de creación cinematográficas y audiovisuales creado en 1989), los itinerarios culturales, el Programa de Cooperación y de Asistencia Técnica relativo a la conservación integrada del Patrimonio Cultural. También ha emitido numerosas recomendaciones y ha preparado o elaborado bajo sus auspicios ambiciosos convenios, como el Convenio Europeo sobre Coproducción Cinematográfica, el Convenio para la protección del patrimonio audiovisual, el Convenio marco sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad o el Convenio Cultural Europeo¹⁵².

El derecho a la cultura: ¿Un derecho universalmente compartido?

La apreciación de la fundamentalidad del derecho a la cultura en el sentido de derecho universalmente compartido o, al menos, común a la mayoría del Estado debe puede ser matizado. Por una parte, es innegable que la UNESCO, el Consejo de Europa, ciertos Estados iberoamericanos se han apropiado de la cuestión cultural y la consideran como una de las claves del desarrollo de las relaciones pacíficas entre los Estados. La aparición del concepto de globalización juega a nivel internacional y regional un papel

¹⁴⁹ Accesibles las principales obras de la humanidad, especialmente de Francia, al mayor número posible de franceses. Décret du 24 juillet 1959 relatif à la mission et à l'organisation du ministère chargé des Affaires culturelles.

¹⁵⁰BOURDIEU P., *L'amour de l'art : les musées et leur public*, Paris, Les Editions de Minuit, Collection “Le sens commun”, 1966.

¹⁵¹ Respecto a estas políticas de acceso a la cultura en Francia ver, ROMAN D., « L'accès à la culture dans les politiques de lutte contre l'exclusion sociale », *op. cit.*

¹⁵²*Le Conseil de l'Europe. 800 millions d'européens*, Edition le Conseil de l'Europe, 2009, pp. 75-79; http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/default_FR.asp

importante a la hora de valorar la cultura. La UNESCO tiene pues el valor de recordar a los Estados miembros que “Situación la cultura en el núcleo del desarrollo constituye una inversión esencial en el porvenir del mundo y la condición del éxito de una globalización bien entendida que tome en consideración los principios de la diversidad cultural”. Asimismo, los órganos de la Unión Europea que inicialmente no mostraron prioridades culturales, ponen de relieve su acción en este ámbito, como lo demuestra la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea de 10 de mayo de 2007 relativa a una Agenda Europea para la cultura en un mundo globalizado. La cultura, se concibe desde ahora como un factor de integración europea. Del mismo modo, en el continente latinoamericano, desde la década de los ochenta, la cultura es un elemento clave de las políticas de desarrollo de las relaciones, de la cooperación y de la integración de los Estados. El Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR de 17 de diciembre de 1996 afirma en este sentido que “la cultura constituye un elemento primordial de los procesos de integración” que compromete a los Estados parte “a promover la cooperación y el intercambio entre sus respectivas instituciones y agentes culturales”¹⁵³.

El hecho es que, por otra parte, el estatuto jurídico del derecho a la cultura varía con tanta amplitud de un sistema al otro que es difícil concluir definitivamente y unilateralmente un compromiso compartido sobre su fundamentalidad. Como ya hemos dicho, muchos todavía opinan que los derechos culturales no son, o no deberían ser justiciables. En otro orden de ideas, si la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama el derecho a la educación, la libertad artística y la investigación científica o el respeto de la Unión Europea de la “diversidad, cultural, religiosa y lingüística”, no afirma ni el derecho a la cultura ni el derecho de acceso a la cultura. Cabe incluso pensar que el desarrollo relativamente reciente de la cultura en algunas organizaciones internacionales, tal como la Organización Mundial del Comercio no se vincula finalmente más que a una voluntad de promover una visión comercial de los mismos. El derecho a la cultura mantendría entonces su carácter fundamental de la capacidad de ésta a ser apropiada, consumida y disponible en tanto que “bien cultural” reducido a un bien comercial.

* * *

Para concluir, respecto a la cuestión de si ¿el derecho a la cultura es un derecho fundamental?, la única respuesta posible es: que depende, por un lado de las concepciones de lo que es el derecho a la cultura y del estatus jurídico que se le otorgue.

¹⁵³ DIAZ NARVAEZ A., “Protocolo de Integración Cultural”, en *El glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e integración: Comercio, Cultura y Desarrollo*, op. cit., 2010, p. 381.

Este estatus depende además, de los presupuestos ideológicos de los que ostentan el poder legislativo y su voluntad, o de su poder político en un momento determinado.

BIBLIOGRAFIA

Le Conseil de l'Europe. 800 millions d'européens, Edition le Conseil de l'Europe, 2009, p. 75- http://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/default_FR.asp

ABRAMOVICH J., COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

BENDA J., *La trahison des clercs*, Paris, 1912, réed. J.-J. Pauvert, 1965.

BORIES C., *Les Etats et le patrimoine culturel en droit international*, Thèse Paris X-Nanterre, 2008.

BOURDIEU P., *L'amour de l'art : les musées et leur public*, Paris, Les Editions de Minuit, Collection « Le sens commun », 1966.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « La notion de droit “fondamental” et le droit constitutionnel français », *Dalloz*, 1995, chr. 323.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lokiec, A. Lyon-Caen (dir.), Dalloz, collection Thèmes et Commentaires, 2005, p. 11.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations? Quelles conséquences? », *Cahiers français*, n° 354, février 2010, p. 19.

DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Seuil 1994.

DE SCHUTTER O., « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in OMIJ (dir.), *Juger les droits sociaux*, PULIM, p. 13.

DIAZ BARRADO C., MORENO SLAVADOR A. (dir.), *El glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e integración: Comercio, Cultura y Desarrollo*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

FINKELKRAUT A., *La défaite de la pensée*, Paris, Essai Gallimard, 1987.

FRANCIONI F., SCHEININ M. (dir.), *Cultural Human Rights*, International Studies in Human Rights, Leiden /Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

GOGUEL R., « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Économica, 1982, p. 236.

GREWE C., BENOIT-ROHMER F., *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Actes du Colloque des 15 et 16 juin 2001, Faculté de droit, des sciences politiques et de gestion de l'Université Robert-Schuman, Strasbourg, PU Strasbourg, 2003.

LEVY-STRAUSS C., *Race et histoire*, Paris, Denoël, coll. Folio, Essais, 1952, reed. 1987.

LOBO TORRES R., « O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais », *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

MEYER-BISCH P. (dir.), in *Les droits culturels : une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Suisse, éditions de Fribourg, 1993.

PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », in *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, *A.J.D.A.*, 1998, n° spécial, p. 10.

ROMAN D., « Les droits sociaux, entre 'injusticiabilité' et 'conditionnalité' : éléments pour une comparaison », *RIDC*, 2009, n° 2, pp. 285-314.

ROMAN D., « L'accès à la culture dans les politiques de lutte contre l'exclusion sociale », in *L'art et le droit. Ecrits en hommage à Pierre-laurent Frier*, M. Deguerge (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 345.

SODINI R., *Le comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 116.

TROIANIELLO A., « Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Débats*, n° 124, 2003, pp. 64 et s.

WILSON B., « Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies », *RTDH*, 2009, vol. 78, pp. 295-317.