

## UNA APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DEL DERECHO HUMANO A LA CULTURA

*An approach to the content of culture 's human right*

Rubén DÍAZ LÓPEZ

Sumario:

I. Introducción. II. Acepciones del derecho cultural. III. Antecedentes. IV. La Ley General de cultura y derechos culturales. V. Contenido del derecho subjetivo a la cultura. VI. Conclusiones. VII. Fuentes.

**Resumen:** *Definiendo lo que es cultura y el derecho subjetivo a la misma, se proponen acercamientos sobre el sustrato de esta prerrogativa fundamental, mediante un análisis general del derecho positivo nacional.*

**Palabras clave:** *derechos humanos, cultura, patrimonio cultural, patrimonio intangible.*

**Abstract:** *Defining what culture is, and what the subjective right means to it, it is proposed an approach about the substratum of this fundamental prerogative, thru a general analysis of national positive law.*

**Keywords:** *human rights, culture, cultural heritage, untouchable patrimony.*

### I. Introducción

*Todo pueblo encuentra y saca su fuerza de una tradición, pero nosotros hacemos lo posible por borrarla, sustituirla por una modernidad de pacotilla de infame acetato, de industrialización de plástico, vinílica y melamina*

Elena Poniatoska

*en La luna y las lunitas*

A pesar de la importancia que en el discurso generalmente se le da a la cultura, existe la creencia generalizada sobre el poco valor que en la praxis se le da en México, baste releer el epígrafe de esta introducción para ver cómo el pensamiento de una de las más grandes escritoras de este país, hace precisamente gala de ello, otro ejemplo por sus alcances populares es la famosa campaña de Gandhi *Leer hará que...*, donde se acusa una falta de incultura masiva.

La cultura como objeto del derecho, ha sido un tema relativamente poco explorado, simplemente señalemos que su materialización constitucional no se logró de manera directa sino

\* Doctor en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

hasta el 30 de abril de 2009, fecha en la que en el Diario Oficial de la Federación se adicionó al artículo cuarto de la Carta Magna un párrafo donde se le consideró como un derecho fundamental y es hasta el 19 de junio de 2017, que se emite una limitada Ley General de Cultura y Derechos Culturales.

A pesar de la asunción positiva en la Carta Magna, el verdadero meollo del asunto no se encuentra en su asunción constitucional, sino en la concretización de las normatividades secundarias. Y aquí, siguiendo la tradicional complejidad del concepto cultura, es donde no es tan claro su contenido, existen problemas, por ejemplo, la ley reglamentaria más que determinar a ciencia cierta cuáles son las prerrogativas, creó un andamiaje de corte más adjetivo que sustantivo. Además, fuera de la ley general, la materialización de los derechos, se encuentra desperdigada en todo el ordenamiento jurídico mexicano, diversos derechos como la protección de monumentos históricos, la creación de un seminario de cultura mexicana, el fomento de la lectura y el libro, la cinematografía y un largo etcétera.

Tomando en cuenta lo anterior, el presente ensayo pretende realizar acercamientos sobre qué se entiende y cuál es el contenido concreto del derecho a la cultura como una categoría fundamental, analizando la Ley General de Cultura y Derechos Culturales y haciendo propuestas sobre categorías de esta prerrogativa.

## II. Aceptaciones del derecho cultural

El derecho cultural es una materia relativamente poco explorada, en el ámbito nacional son contados los tratados científicos sobre el tema<sup>1</sup>. Lo primero que tendríamos que señalar para elaborar una teoría, es qué entendemos por cultura. Sobre ella se han creado muchas definiciones, el tema es complejo<sup>2</sup>, de forma general podríamos hablar de dos básicas: una estricta o específica, relativa al refinamiento de las acciones del hombre<sup>3</sup> y otra antropológica, que se circunscribe a un:

Ámbito propiamente humano de la realidad, a ese mundo espiritual que el hombre se crea a través de las acciones y reacciones sociales que se dan en el devenir.

En este sentido, la cultura está integrada por un conjunto de formas estructurales de vida, de un grupo social y por las objetivaciones que se producen dentro de cada una de estas formas estructurales. Constituyen así, la cultura, o más propiamente dicho, *el mundo de la cultura*, el conjunto de las ciencias y de las artes; los usos y las costumbres; el lenguaje; los procedimientos técnicos; los

<sup>1</sup> Cfr. ÁVILA ORTIZ, Raúl (2000), *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; BECERRIL MIRÓ, José Ernesto (2003), *El derecho del patrimonio histórico-artístico en México*, México, editorial Porrúa; LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka (2003), *Futuro del sistema jurídico nacional e internacional del patrimonio cultural*, México, Editorial Porrúa; VALENCIA CARMONA, Salvador (coord...) (2000), *Educación, ciencia y cultura: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; DORANTES DÍAZ, Francisco Javier (2004), *Derecho cultural mexicano*, México, editorial Funda. Cabe destacar los esfuerzos que se realizaron a través de la revista *Cultura y derecho*, que editaba la Universidad Nacional Autónoma de México, de la que desgraciadamente sólo se editaron 15 números; ésta puede consultarse [en línea] disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=derycul>.

<sup>2</sup> Sobre las definiciones recomendamos por su claridad, concisión y actualidad: ZAID, Gabriel, “El primer concepto de cultura”, *Letras Libres*, España, noviembre de 2006, número 62, pp. 44-46, [en línea] disponible en: <http://www.letraslibres.com/index.php?art=11544>, [consultada el 20 de enero del 2018].

<sup>3</sup> Es la que suele usarse comúnmente para referirse a las bellas artes y sus actividades conexas.

modos de vida familiar; las religiones, los mitos y las creencias; las actividades políticas, económicas, jurídicas y deportivas; la vida moral; y toda creación humana en ese incesante acontecer<sup>4</sup>.

Nosotros, atento a lo anterior, elaboraremos una definición convencional, que parte del producto del proceso social del hombre, de ese devenir histórico, ese sustrato que ha creado durante su existencia, pero que, además, por sus características, ha adquirido para nosotros y las generaciones futuras relevancia, valor, es decir, un *Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social*<sup>5</sup>, es importante, para nuestro estudio, clarificar la diferencia específica: el objeto de creación humana, tiene que ser valioso para las generaciones presentes y futuras, digno de recordarse y por ende de protegerse.

Por otro lado, tenemos la palabra derecho, concepto también complicado pero que es tradicionalmente entendido como una norma *coercible, bilateral, externa y heterónoma* que sirve para regular la conducta del hombre, es decir lo que se conoce tradicionalmente como derecho objetivo<sup>6</sup>. También es definido, como derecho subjetivo, esto es, la facultad del hombre para realizar determinada conducta<sup>7</sup>. Ambas definiciones adolecen de defectos y son fácilmente criticadas, sin embargo para efectos del presente ensayo, son las dos acepciones necesarias y más útiles, sobre todo desde un punto de vista teleológico, la finalidad de la norma jurídica, es decir, para proteger al grupo social, una forma de defensa que surge a raíz de la locución latina hecha célebre por Hobbes *homo homini lupus*, esto es, ser un contenedor de las conductas sociales que puedan dañar a los miembros de la comunidad, buscar la libertad condenando el libertinaje.

En este sentido, y haciendo una mancuerna entre derecho y cultura, podemos definir derecho cultural, primero, desde un punto de vista objetivo, como el conjunto de normas que buscan proteger bienes tangibles o intangibles, públicos y privados, que representan los modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial de una comunidad y en general de la humanidad, valiosos para la comunidad presente y futura.

Por otra parte, desde un punto de vista subjetivo, podríamos definir los derechos culturales como aquellas prerrogativas necesarias para que un ser humano se desarrolle plenamente, accediendo a aquellos bienes tangibles o intangibles, públicos y privados, que por sus valores históricos, artísticos, técnicos, científicos o tradicionales sean dignos de conocerse. Los derechos culturales *son los que aseguran a todo individuo su acceso a la educación y su libre participación en la vida cultural, el goce de las creaciones artísticas y el disfrute de los beneficios de los progre-*

<sup>4</sup> SMITH, Juan Carlos (1986), "Cultura", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Argentina, editorial Driskill, Tomo V, p. 317.

<sup>5</sup> Voz cultura, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Vigésima primera edición, Real Academia Española, 1999, p. 624.

<sup>6</sup> "Un conjunto (orden, sistema) de normas o disposiciones de cierto tipo... el predicado objetivo se utiliza fundamentalmente para diferenciar (u oponer) el orden jurídico al derecho subjetivo..." TAMAYO Y SALMORAN, Rolando (1997), "Derecho objetivo" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10ª ed., México, editorial Porrúa, Tomo D-H, p.1020.

<sup>7</sup> "El término derecho, además de designar un orden jurídico o una parte significativa del mismo, se usa para referirse a una ventaja o beneficio normativo conferido a un individuo o a una clase de individuos. En este sentido, derecho designa una permisión otorgada a alguien (o a algunos) para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección judicial" TAMAYO Y SALMORAN, Rolando (1997), "Derecho subjetivo" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10ª ed., México, editorial Porrúa, Tomo D-H, p.1046.

*... sos científicos e intelectuales, así como la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan como autor de intentos científicos o de obras literarias o artísticas*<sup>8</sup>.

Ahora bien, es necesario para efectos de este ensayo, definir de igual el derecho adjetivo, que es entendido como aquel conjunto de normas que crean las reglas para el ejercicio adecuado de los derechos, así, entenderemos por derecho cultural adjetivo, a todas las disposiciones que crean las reglas necesarias para ejercer las facultades del ser humano en materia de cultura, esto es, las que regulan la competencia de los entes gubernamentales, así como los procedimientos administrativos o jurisdiccionales ante ellos.

### **III. Antecedentes**

Desde 1917, la Constitución prácticamente sólo reconocía una parte del derecho a la cultura en su artículo tercero (derecho a la educación) en el devenir de los años del moderno estado mexicano, se crearon organismos culturales, a través de la Secretaría de Educación Pública, como museos, fideicomisos y una serie de mecanismos que permitían que el gobierno atendiera de una u otra forma las necesidades de un país en pujanza, pero no como una obligación del estado a los derechos de los gobernados, sino por una natural demanda de la población.

Como lo hemos dicho, existía en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos un reconocimiento deficiente del derecho a la cultura, prácticamente a través de la educación, posteriormente se añadió la facultad del Congreso de la Unión para legislar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos y posteriormente mediante la inclusión de la afirmación de la composición pluricultural del país y de reciente acuñación, se hizo el reconocimiento de los pueblos originarios y su cultura en el año 2001.

Durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari que se crea el primer intento de un ente especializado en la materia, un organismo desconcentrado llamado Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (CONACULTA) hasta cierto punto sin un soporte jurídico adecuado, que se encargó de sacar adelante la enorme tarea cultural del estado mexicano. El verdadero alumbramiento constitucional se da en pleno siglo XXI, cuando en el año 2009 se adiciona un párrafo al artículo cuarto constitucional, para expresarlo de manera específica:

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

Es necesario hacer notar, que antes de esta acepción constitucional, nacieron una serie de legislación federal pobre, anticuada e incluso inconstitucional<sup>10</sup>. Más aún, todas ellas fueron creadas previo a la existencia de una prerrogativa humana a la cultura, como se puede comprobar con el Cuadro 1, donde se observa que las principales normatividades de contenido sustancial son anteriores al reconocimiento en la Carta Magna.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (1997), "Derechos culturales" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10ª ed., México, editorial Porrúa, Tomo D-H, p. 1050.

<sup>9</sup> Este ente de la administración pública fue creado mediante un decreto presidencial, aun y cuando lo ideal hubiera sido que, por ser un descentralizado, se realizara a través de un decreto del poder legislativo.

<sup>10</sup> Al respecto *Cfr.* ALLIER CAMPUZANO, Jaime (2006), *Derecho patrimonial cultural mexicano (crítica a la normatividad vigente)*, México, editorial Porrúa.

NORMA	FECHA DE PUBLICACIÓN
Ley de Fomento para la Lectura y el Libro	24 de julio de 2008
Ley Federal de Cinematografía	29 de diciembre de 1992
Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricas	6 de mayo de 1972
Ley que crea el Instituto Nacional de Bellas Artes	11 de diciembre de 1950
Ley Orgánica del Seminario de Cultura Mexicana	31 de diciembre de 1942

Cuadro 1: elaboración propia.

#### IV. La ley general de cultura y derechos culturales

La norma de corte general que pretende armonizar el conjunto de elementos culturales en el país, fue expedida en el Diario Oficial el 19 de junio de 2017 y se ampara en la facultad del Congreso de la Unión contenida en el artículo 73 fracción XXIX-Ñ de nuestra Carta Magna. Sus objetivos son principalmente reconocer los derechos culturales, establecer los mecanismos de acceso a ellos, promover y respetar la continuidad y el conocimiento de la cultura en el país, garantizar el disfrute de los bienes culturales, definir los mecanismos de coordinación entre los órdenes de gobierno así como de los sectores social y privado y promover el principio de solidaridad y responsabilidad en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de los bienes culturales.

La política cultural del estado mexicano debe regirse por los principios de libertad creativa, respeto a las manifestaciones culturales, igualdad cultural, diversidad cultural, identidad y dignidad de las personas, libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas e igualdad de género.

En relación a los derechos culturales, la ley establece los siguientes: acceder a la cultura y al disfrute de los bienes del estado; procurar el acceso a las culturas del país y de otras naciones; elegir su identidad cultural; pertenecer a una identidad cultural; crear cultura; disfrutar las manifestaciones culturales; comunicar y expresar libremente las ideas; disfrutar de los derechos de autor que correspondan; utilizar las tecnologías de la información para el ejercicio de derechos culturales. La ley emite un catálogo un tanto impreciso (¿Qué es una identidad cultural?) e incluso confunde o mezcla los mecanismos de acceso (tecnologías de la información) o derecho adjetivo cultural, con los derechos subjetivos.

Por otra parte, define una serie de acciones que el estado deberá realizar para garantizar los derechos culturales, como: fomentar la convivencia social y con paz; el acceso libre a las bibliotecas públicas; la lectura y divulgación de la cultura mexicana; generar convenios para descuentos en instituciones privadas; permitir la entrada gratuita a museos y zonas arqueológicas, principalmente a personas de escasos recursos, estudiantes, profesores, adultos mayores y personas con discapacidad; realizar eventos artísticos y culturales gratuitos en plazas públicas,

fomentar expresiones artísticas y culturales mexicanas; promover la cultura en el extranjero. Percibimos una serie de buenas intenciones, más que la definición de políticas culturales claras, es decir, enuncia acciones de gobierno que, por la forma en que están expresadas, deberían estar en los planes de desarrollo y no en una ley.

No se aprecia, en esta distinción que la ley hace en sus artículos once y doce, un criterio homogéneo, por el contrario, mezclan cuestiones sustantivas, adjetivas y de planeación. El *Título Tercero* denominado *Bases de Coordinación*, se dedica a señalar lo que deberán contener los convenios de coordinación entre las distintas instancias, pero, sin añadir nada relevante a lo que ya se hace al amparo de las leyes de fiscalización, finanzas públicas y coordinación fiscal.

Lo que es relevante, es la configuración de la rectoría de la materia a favor de la Secretaría de Cultura, la que estará a cargo de un Sistema Nacional de Información Cultural, que es definido como *un instrumento de la política cultural que tiene por objeto documentar, identificar y catalogar los bienes muebles e inmuebles, servicios culturales, expresiones y manifestaciones*. Atento a ello, se crea la Reunión Nacional de Cultura, como mecanismos de coordinación entre todos los titulares de las áreas de cultura de los estados y de la secretaría federal, con el fin de homologar tareas y políticas públicas. Sin embargo, en este esquema, no se contemplan a los municipios y tampoco la obligación de crear a su vez subsistemas estatales para una mayor coherencia. Ambos instrumentos, el sistema y la reunión nacional, están escasamente regulados y seguramente tendremos que esperar a su implementación pragmática y reglamentaria, para ver los verdaderos alcances en este intento de dar un rumbo unívoco a los esfuerzos culturales de todo el país.

## V. Contenido del derecho subjetivo a la cultura

Uno de los principales problemas del derecho humano a la cultura es definir el sustrato concreto del mismo, como ya hemos criticado en el punto anterior, la ley reglamentaria del artículo cuarto constitucional, es incompleta, principalmente al mezclar de forma desordenada derechos subjetivos y adjetivos, sin un criterio unívoco para situarlos en una u otra clasificación. El inconveniente se complejiza, cuando la legislación federal sobre cultura, aborda más la defensa del patrimonio cultural<sup>11</sup>, y la estructura administrativa de los entes promotores, que los derechos humanos. Esta es una primera crítica al derecho cultural mexicano: su enunciación teórica y legislativa se reduce a la protección de los bienes histórico-artísticos, es decir, estamos preponderantemente en presencia de normas administrativas o adjetivas y no de la enunciación de derechos humanos, es decir, la norma desde el punto de vista subjetivo.

Hay una relación intrínseca entre la complejidad del concepto cultura, con el contenido del derecho humano, que repercute en su falta de sistematización, por ello se crean diferentes disciplinas, sin un orden metodológico. No es objetivo de este ensayo sanear esta problemática, sino presentar algunos acercamientos de cómo entender de forma concreta esta prerrogativa. Partiremos de la definición que establece el artículo cuarto constitucional *Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales...* la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

<sup>11</sup> Entendido como el “conjunto de bienes y manifestaciones tangibles e intangibles, presentes o pasadas, producto de la acción conjunta o separada del hombre y la naturaleza, que tienen una relevancia histórica, estética, arquitectónica, urbanística, económica, social, tradicional, etnológica, antropológica, científica, tecnológica e intelectual para un pueblo” BECERRIL MIRÓ, José Ernesto (2003), *El derecho del patrimonio histórico-artístico en México*, México, editorial Porrúa, p. 10.

por su parte, refiere que hay tres tipos de prerrogativas: 1) *un derecho que tutela el acceso a los bienes y servicios culturales*; 2) *un derecho que protege el uso y disfrute de los mismos*; y, 3) *un derecho que protege la producción intelectual, por lo que es un derecho universal, indivisible e interdependiente*<sup>12</sup>.

Nosotros, correlacionamos la enunciación constitucional con el contenido a que hace alusión la tesis citada del máximo tribunal del país, y consideramos que estamos en realidad en presencia de dos sustratos básicos uno relacionado con la producción de la materia cultural y lo relativo a los creadores y otro enfocado a quienes disfrutaran de aquellas creaciones, son dos caras de una moneda, los lados cóncavo y convexo de la cultura: 1. Producción; 2. Acceso y disfrute.

Antes de comenzar a desmenuzar, de manera concreta a que se refieren esta producción y acceso, hay que traer a la discusión el concepto universal del patrimonio cultural, en tanto que su protección, se dio en el seno de los países organizados primero en la Sociedad de las Naciones y posteriormente en la Organización de Naciones Unidas, esto, tal vez porque uno de los efectos más desastrosos de las grandes guerras mundiales (además de las pérdidas humanas) fue la destrucción de vestigios histórico-culturales. En este sentido, las legislaciones nacionales son resultado del impulso y la presión de las diversas resoluciones internacionales, surge así una connotación marcadamente universal de la materia, si bien es cierto que todos los derechos humanos cuentan con esta característica, o al menos deberían, en el caso del patrimonio cultural, desde su conceptualización y nacimiento, fue invocada bajo una perspectiva cosmopolita, aboliendo las fronteras, hay un reclamo para que sea de todos, por ello traemos a colación la definición de López Zamarripa sobre el patrimonio cultural de la humanidad: *el conjunto de bienes y derechos... de los cuales es titular la humanidad y que constituyen una universalidad de derecho*<sup>13</sup>.

Si la universalidad es una característica de los derechos humanos, en el caso de la cultura cobra vital relevancia, tomando en cuenta esta vocación internacional, por ello resulta un tanto contradictoria la tendencia nacionalista de la Ley General de Derechos Culturales así como su discriminación para promover el acceso gratuito de museos y zonas arqueológicas a favor de personas en situación de vulnerabilidad, la ausencia de pago para disfrutar de los bienes del estado, tendría que ser un principio amparado bajo esta tendencia transnacional de protección de los bienes de la humanidad.

Una vez asentado lo anterior, intentaremos un ensayo del sustrato a partir de aquello que garantiza el texto constitucional, es decir, la producción y el acceso, a partir de estas acciones, entretejemos facultades concretas, una lista que no pretende ser exhaustiva, pero que trata de establecer un catálogo ordenado.

### 1. Producir

En primer lugar, todo ser humano tiene derecho a crear cultura, nos parece apropiado englobar en esta parte las facultades que tienen que ver con ser un sujeto activo en la generación y

<sup>12</sup> Tesis 1a. CXXI/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Septiembre del 2017, p. 216.

<sup>13</sup> LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka (2001), *Los monumentos históricos arqueológicos, patrimonio de la humanidad en el derecho internacional*, México, editorial Porrúa, p. 43.

producción de elementos relacionados con aquella. Dentro de esta posibilidad de crear, vemos varios derechos subjetivos.

A. *Libertad de expresión.* La facultad de crear encuentra amparo en el artículo sexto constitucional que señala el derecho a la libre expresión de las ideas; este es lo que podríamos llamar un derechos de derechos, pues da pie al ejercicio de otras prerrogativas, es además un sine qua non de los estados contemporáneos:

La libertad de expresión es lo que permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son algunos derechos fundamentales (por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política); la existencia de una opinión pública libre y robusta también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa<sup>14</sup>.

B. *Acceso a estímulos del estado.* Dado que en México los diferentes mecanismos de subsidios a los creadores han sido criticados por corrupción<sup>15</sup>, en este punto sólo queremos hacer patente una idea que hemos desarrollado en otros textos: la posibilidad de impugnación de acuerdos y resultados de concursos mediante el procedimiento contencioso. En convocatorias de los organismos públicos de nuestro Estado, por costumbre existe una base o regla que es difícil que falte: *el resultado del jurado es inapelable*. Esto, desde un punto de vista constitucional, es absolutamente violatorio de derechos humanos, en concreto de los artículos 14 y 16, que otorgan en toda actuación de la autoridad el legítimo derecho de audiencia, defensa e impugnación. Efectivamente, si conforme a la Constitución, nadie puede ser privado de dichos derechos sin previo juicio, lo más lógico es que, si un participante en cualquiera de esta clase de concursos no está de acuerdo con el resultado, cuente con la posibilidad de impugnarlo ante un tribunal que evalúe sus inconformidades. Y es que, la naturaleza jurídica de dichas resoluciones, es claramente de un acto administrativo, independientemente de que los jurados en un momento dado no pertenezcan a la administración pública, puesto que, quien otorga el estímulo, es precisamente la administración pública.

Puede surgir un problema ¿De qué manera puede pronunciarse el tribunal en esta clase de asuntos? Esto dependerá del tipo de acto. Podemos decir que existen dos arquetipos de determinaciones en los concursos: el que toma en cuenta factores cualitativos objetivos y los que valoran cualidades subjetivas. En el primer caso, el tribunal podrá revisar la totalidad del procedimiento, es decir, cuestiones de forma y de fondo, llegando a sustituir incluso al jurado al momento de decretar una nulidad de la resolución<sup>16</sup>. Sin embargo, aquellos actos en que ese evalúa y se decide con criterios subjetivos, el tribunal sólo podrá pronunciarse por los aspectos de forma, más no en el fondo, pues está claro que los especialistas definitivamente son el jurado. De tal forma que, por ejemplo, el tribunal podrá analizar si los concursantes o ganadores cumplieron con las exigencias de las bases, si el jurado se apegó al proceso que marcaba la convocatoria, si existe un acta de deliberación, etcétera, pero no podrá analizar si la decisión del jurado es correcta o incorrecta.

C. *Derecho a la educación artística.* Una tarea obligada de los organismos culturales es la enseñanza, es de hecho el pilar que permite el desarrollo del resto de los derechos pues posibilita

<sup>14</sup> CARBONELL, Miguel (2009), *Los derechos fundamentales en México*, México, editorial Porrúa, p. 368.

<sup>15</sup> La crítica literaria que hace Enrique Serna en la excelente novela *El miedo a los animales*, es prueba de ello.

<sup>16</sup> Este sería el caso, por ejemplo, de las becas que se otorgan con base en calificaciones académicas.

al ser humano la producción. Lo anterior está íntimamente vinculado con la educación a que el estado está obligado a prestar

D. *Derechos patrimoniales o de propiedad intelectual.* La creación debe traer implícita la posibilidad de obtener ganancias de sus productos, es lo que en el mundo jurídico se denomina propiedad intelectual: *conjunto de normas que regulan las prerrogativas y beneficios que las leyes reconocen y establecen en favor de los autores y de sus causahabientes por la creación de obras artísticas, científicas, industriales y comerciales*<sup>17</sup>. Las creaciones, como objetos culturales, tienen un monopolio de explotación a favor de su autor, en términos de lo que establece nuestra Carta Magna en su artículo 28: *Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora*<sup>18</sup>. En el mundo de la propiedad intelectual, tenemos dos tipos de prerrogativas, una para los creadores de los que podríamos llamar bellas artes (derechos de autor) y otro para las creaciones de corte industrial y comercial (propiedad industrial), esto porque su bien las dos son formas de invención humana son valiosas culturalmente hablando, tienen diversas formas de protección. Como veremos en el inciso B del siguiente apartado, para que todo ser humano pueda regocijarse de la cultura, se crean limitaciones a los derechos patrimoniales.

## 2. Disfrutar.

Ahora bien, una vez que hemos producido cultura, llegó el momento de que la humanidad disfrute de ella. Partimos de la idea de que disfrutar significa gozar, es decir, como señala la Real Academia Española *pasarlo bien*, deleitarse, con esto hacemos hincapié en los derechos subjetivos enfocados a la posibilidad de los seres humanos de acceder al placer que proporciona la cultura.

### A. Acceder gratuitamente.

Consideramos que es una característica fundamental que va correlacionada con la idea de que el patrimonio cultural es universal, de toda la humanidad. En México, esta idea que nosotros trasladamos a todo el espectro de las artes, se encuentra contenido en la Ley Federal del Derecho de Autor<sup>19</sup>. Implica que cualquier ciudadano puede gozar de la cultura sin necesidad de pagar, es decir es una excepción al monopolio concedido en el artículo 28 constitucional. Pero es importante señalarlo, este acceso no debe tener fines de lucro, sólo de goce, porque de lo contrario se tendrá que realizar el correspondiente pago. Este es uno de los derechos más importantes dentro del concepto cultura, pues trae implícita la idea de universalidad, de igualdad, pero sobretodo de la cultura como un fin al que todos debemos aspirar y por ende la despoja de matices mercantilistas o capitalistas. Por esto mismo, el consumo de piratería, la producción

<sup>17</sup> RANGEL MEDINA, David (1998), *Derecho intelectual*, México, UNAM McGraw-Hill, p. 1.

<sup>18</sup> Sobre estos derechos Cfr. VIÑAMATA PASCHKES, Carlos (1998), *La propiedad intelectual*, México, editorial Trilhas.

<sup>19</sup> "Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos: ... IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro".

ilegal de obras, no está sancionado penalmente si no hay lucro de por medio, el simple consumidor que busca el disfrute de la obra, no podrá ser sujeto de una imputación.

Por otra parte, aunado a este acceso gratuito, está el hecho de que la protección patrimonial a favor de los creadores, tiene una limitación temporal, después de la cual, el bien cultural podrá ser usado por todos sin restricción alguna. Esta liberación de los derechos de autor, una vez transcurrido un plazo, es una de las características más importantes para considerar a las creaciones artísticas, como patrimonio de la humanidad. Sin embargo, por la importancia económica, y al acecho de la presión de la industria y el comercio, se ha ido aumentando el número de años de amparo a los creadores y sus causahabientes. Inicialmente los derechos de autor estaban protegidos durante la vida del creador y hasta 75 años posteriores a su muerte, en el año 2003 fue modificada la ley, para ampliar a 100 años la protección después del fallecimiento. No dudamos que las empresas sigan presionando para extender la temporalidad, con la desventaja, de que esto se hace en perjuicio de la libre circulación del conocimiento.

En el ámbito digital, se ha entablado la batalla entre el *copyright* versus el *copyleft*; el asunto medular no es como pretenden plantearlo los defensores a ultranza de los derechos de propiedad intelectual, que exista un robo que deba ser evitado, se trata de poner por encima de los intereses individuales al bienestar colectivo; hay un principio máximo que rige tanto los derechos de autor como la llamada propiedad industrial: su libre tráfico. Tarde o temprano (aunque el espíritu de la ley debería ser más temprano que tarde) las creaciones del hombre deben abrirse y beneficiar a toda la humanidad. Es cierto, deben también reportar beneficios a sus creadores, pero en la justa medida que permita una adecuada retribución a su titular y un equitativo y posible acceso de cualquier ciudadano a bienes culturales.

### B. Conservación del patrimonio cultural.

Este tema es de suyo complejo y es que la presión sobre los bienes valiosos es una constante, lo que provoca su deterioro, menoscabo e incluso desaparición; los problemas los aquejan desde diversas trincheras, como señala Becerril Miró, *Aun y cuando se pueden manifestar de diversas maneras, podemos identificar dos grandes problemáticas en esta materia: el tráfico ilícito de bienes histórico-artísticos y el deterioro e incluso destrucción*<sup>20</sup>. Por ello, los mecanismos de protección van de lo más disímulo, ya sea los tipos penales, pasando por los fondos financieros especiales de protección, la documentación del patrimonio cultural, su resguardo y un largo etcétera. De hecho, los primeros instrumentos internacionales estuvieron relacionados con la protección derivada de los conflictos armados, la Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y sus mecanismos de defensa constituyen un precedente de corte transnacional fundamental. En este ámbito, los bienes a conservar pueden ser materiales o inmateriales, como monumentos, cuadros, esculturas, cintas cinematográficas o tradiciones orales; existe una amplia legislación federal y convencional en torno a ellas, respecto a lo cual no se profundiza por no ser objeto de este ensayo.

En este ámbito de la conservación, merece mención aparte los museos, pues si bien no son el único recinto para el resguardo del patrimonio cultural, sí es por antonomasia el recinto para albergar la mayor parte de él. Su existencia es tan fundamental, que se han dictado diversas medidas internacionales, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión, celebrada en París del 14 de

<sup>20</sup> *Op. cit.* nota 11, p. 27.

noviembre al 15 de diciembre de 1960, dictó la *Recomendación sobre los Medios más Eficaces para Hacer los Museos Accesibles a Todos*, que entre otras cuestiones en sus considerando reconoce a los museos como *una fuente de deleite espiritual y de conocimientos... que al conservar y al presentar al público obras de arte y objetos de interés científico... contribuyen a dar a conocer las diversas culturas y, con ello, a favorecer la comprensión mutua de las naciones*. Entre otras cuestiones, como facilitar acceso, horario, información, señala en el inciso III número 8. *Cuando se exija el abono de un derecho de entrada, debería eximirse de tal obligación a las personas de ingresos reducidos y a las familias numerosas en los países donde existan métodos oficiales para identificar a esos grupos* es decir, acorde con el derecho a acceder gratuitamente, la UNESCO busca que todas las personas, sin importar su posición económica, puedan disfrutar de ellos.

## VI. Conclusiones

Estas reflexiones, han comenzado con definir el concepto general de cultura, correlacionarlo con la ciencia jurídica para establecer una serie de categorías entre las que destacaron dos: el conjunto de normas que establecen las prerrogativas del ser humano en relación a la cultura (derecho subjetivo cultural) así como las relativas a los mecanismos necesarios para hacer valer en las instancias gubernamentales esos derechos humanos (derecho adjetivo cultural). Con las bases anteriores, analizamos la normatividad positiva actual, principalmente la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, a la cual realizamos una crítica en tanto que, realiza una mezcla no ordenada de cuestiones subjetivas y adjetivas.

Consideramos de vital importancia, establecer un contenido concreto del derecho subjetivo a la cultura, por ello enunciamos dos grandes aristas: la producción y el disfrute. En la primera categoría, clasificamos a su vez cuatro prerrogativas: libertad de expresión, acceso a los estímulos del estado, derecho de propiedad intelectual y acceso a la educación artística impartida por el gobierno. En la segunda, disfrute de los bienes culturales, hemos establecido dos prerrogativas: acceso gratuito y protección del patrimonio cultural. La anterior creación teórica, permitiría hacer construcciones horizontales y verticales con sus contenidos muy especificados, si se realiza un cruce con la gran inmensidad de ramas o disciplinas culturales que se pueden conocer.

Brindar el derecho humano a la cultura, es un reto enorme del estado mexicano, aún falta mucho por hacer, por ello, la ciencia del derecho tiene que contribuir otorgando un andamiaje sobre el sustrato de esta prerrogativa fundamental. Este trabajo, justamente trata de pergeñar unas primeras elaboraciones teóricas sobre ello, con la finalidad de, en última instancia, lograr su acceso universal a todos los mexicanos, pues, como dice Gabriel Zaid en su maravilloso ensayo *Dinero para la cultura La cultura es el origen y la culminación del desarrollo*<sup>21</sup>.

## VII. Fuentes

ALLIER CAMPUZANO, Jaime(2006), *Derecho patrimonial cultural mexicano (crítica a la normatividad vigente)*, México, editorial Porrúa.

ÁVILA ORTIZ, Raúl (2000), “Derecho y administración pública de la cultura: Inquiriendo sobre la pertinencia de un órgano constitucional autónomo en el sector cultural en México” *Derecho y Cultura*, México, núm. 2, Invierno 2000-2001, pp. 19-27.

<sup>21</sup> ZAID, Gabriel (2013), *Dinero para la cultura*, México, editorial Debate, p. 21.

- (2000), *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2000), “Hacia la constitucionalización de los derechos culturales” *Derecho y Cultura*, México, núm. 4, pp. 155-161.
- BECERRIL MIRÓ, José Ernesto, (2003) *El derecho del patrimonio histórico-artístico en México*, 1º Ed., México, Editorial Porrúa.
- CARBONELL, Miguel (2001), *La constitución en serio*, México, editorial Porrúa.
- (2009), *Los derechos fundamentales en México*, México, editorial Porrúa.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (2002-2003,), “El derecho Humano a la Cultura y su protección internacional”, *Derecho y Cultura*, México, núm. 8, pp. 31-49.
- DORANTES DÍAZ, Francisco Javier (2004), *Derecho cultural mexicano*, editorial Funda, México.
- (2001), “El derecho a la cultura”, *Derecho y Cultura*, núm 4, pp. 109-119.
- FLORESCANO, Enrique (compilador) (1997), *El patrimonio nacional de México*, Fondo de Cultura Económica y Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México.
- LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka (2003), *Futuro del sistema jurídico nacional e internacional del patrimonio cultural*, 1º Ed., México, Editorial Porrúa.
- MARTORELL, Alberto (1998), *Patrimonio cultural*, Lima, Fondo de Cultura Económica.
- RANGEL MEDINA, David (1998), *Derecho intelectual*, México, UNAM McGraw-Hill.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (1997), “Derechos culturales” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10ª ed., México, editorial Porrúa, Tomo D-H, pp. 1050-1051.
- SALGADO LEDESMA, Eréndira (2001), “El anacrónico federalismo cultural”, *Derecho y Cultura*, núm. 4, pp. 59-77.
- SMITH, Juan Carlos (1986), “Cultura”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Argentina, editorial Driskill, Tomo V, pp. 316-321.
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando (1997), “Derecho objetivo” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10ª ed., México, editorial Porrúa, Tomo D-H, pp.1020-1021.
- (1997), “Derecho subjetivo” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10ª ed., México, editorial Porrúa, Tomo D-H, p.1041-1046.
- VALENCIA CARMONA, Salvador (coordinador) (2000), *Educación, ciencia y cultura: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (1998), *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón

Areces y Universidad Carlos III de Madrid.

VIÑAMATA PASCHKES, Carlos (1998), *La propiedad intelectual*, México, editorial Trillas.

ZOID, Gabriel (2013), *Dinero para la cultura*, México, editorial Debate, p. 21.

----- (2006), “El primer concepto de cultura”, *Letras Libres*, España, edición España número 62, pp. 44-46, [en línea] disponible en: <http://www.letraslibres.com/index.php?art=11544>.

