

Los derechos culturales como libertades y su problemática en el Perú

Jorge Luis Flores Paredes*

Resumen

El presente artículo se basa en la tesis que sustenté en febrero de 2020 para optar el grado de magíster en Derechos Humanos, donde sostengo que los derechos humanos culturales, reconocidos en el primer párrafo del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, son libertades de acuerdo con el concepto establecido por el jurista alemán Robert Alexy. Asimismo, se identifica en la normativa peruana de rango infraconstitucional una mayor atención por parte del Estado a sus obligaciones de protección del patrimonio cultural en desmedro de sus obligaciones de garantizar el pleno ejercicio de los derechos culturales en su naturaleza de libertad, que incluyen abstenerse de intervenir en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales y a la par de realizar acciones para asegurar que existan condiciones para ambas prácticas. Se identifica la relevancia de esta tesis en la posibilidad de generar conciencia en funcionarios y servidores del sector cultura peruano sobre la naturaleza de libertad de los derechos culturales para la más idónea prestación de sus servicios.

Palabras clave: derechos culturales, libertades, Robert Alexy, Ministerio de Cultura, políticas culturales.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como abogado especialista en control gubernamental en el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres - Juntos. Correo electrónico: jorge.floresparedes@gmail.com

Este artículo se basa en la tesis para optar al grado académico de magíster en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú "Patrimonio cultural inmueble como medio de ejercicio libre de los derechos humanos culturales", sustentada por el autor en 2019 y publicada en: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16056/FLORES_PAREDES_JORGE_LUIS_PATRIMONIO_CULTURAL.pdf?isAllowed=y&sequence=1

Abstract

This article is based on the thesis that I supported in February 2020 to earn the master's degree in Human Rights from the Pontificia Universidad Católica del Perú, where I argue that cultural human rights, recognized in the first paragraph of article 27 of the Declaration Universal Human Rights, are freedoms according to the concept established by the German jurist Robert Alexy. Likewise, the Peruvian legislation of infra-constitutional rank identifies greater attention by the State to its obligations to protect cultural heritage to the detriment of its obligations to guarantee the full exercise of cultural rights in their nature of freedom, which include abstaining to intervene in the exercise of cultural practices and in the access to cultural property and, at the same time, to carry out actions to ensure that conditions exist for both practices. The relevance of this thesis is identified in the possibility of generating awareness in officials and servants of the Peruvian culture sector about the nature of freedom of cultural rights for the most suitable provision of their services.

Keywords: cultural rights, freedoms, Robert Alexy, Ministry of Culture, cultural policies.

Introducción

Los derechos humanos son clasificados tradicionalmente en derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales. El desarrollo conceptual de estos últimos, sin embargo, no es tan abundante como el de los otros, y ha estado a cargo principalmente de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura-Unesco.

Antes de 2010, el responsable en materia cultural en el Perú era el Instituto Nacional de Cultura-INC. Desde ese año contamos con el Ministerio de Cultura (creado mediante la Ley 29565, publicada el 22 de julio de 2010), encargado de la formulación de las políticas correspondientes y el manejo de presupuestos que superan los 500 millones anuales, según los datos recuperados del portal del Ministerio de Economía y Finanzas. Resulta necesario, por lo tanto, generar un desarrollo conceptual de los derechos culturales a efectos de que sus políticas se cimenten sobre bases teóricas sólidas. El trabajo de tesis de maestría, motivo del presente artículo, pretende aportar en ese sentido, identificando la naturaleza de los derechos culturales como libertades y, por tanto, definiendo un rol distinto al de otros sectores que, como salud o educación, ofrecen prestaciones a la población. En el caso de cultura, su labor debe estar orientada a permitir, dar acceso o facilitar el ejercicio de libertades.

Mi tesis, titulada “Patrimonio cultural inmueble como medio de ejercicio libre de los derechos humanos culturales” (Flores, 2020), postula que los derechos culturales son libertades, según la clasificación que ofrece el jurista alemán Robert Alexy en su libro *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2017, p. XXVI), y lo demuestro con un trabajo de campo consistente en entrevistas a ciudadanos que desarrollan diversas actividades de tipo cultural, basados en el patrimonio cultural inmueble de la ciudad de Lima, Perú. Se escogió el patrimonio cultural inmueble porque se consideró como aquel en el cual podía resultar menos evidente el ejercicio de los derechos culturales como libertad y, sin embargo, en todos los casos de estudio se verificó que sus prácticas eran motivadas por iniciativa propia, sin incentivo del Estado e incluso sin el apoyo de este. Esa espontaneidad y ausencia de carácter prestacional sirvió para calificarlas como libertades. El alcance de estas conclusiones es universal, pues la tesis pretende definir de manera inductiva la naturaleza jurídica de libertad de los derechos culturales a nivel general, partiendo de su verificación en casos particulares y representativos.

Asimismo, la tesis identifica una problemática en el tratamiento a nivel nacional del concepto de libertad de los derechos culturales. De la revisión de la normativa peruana se ha identificado que, pese a que el nivel constitucional sí reconoce una naturaleza de libertad a los derechos culturales, y por tanto, la obligación de este de garantizar su ejercicio, las normas de rango infraconstitucional parecen haber dado prioridad a otra obligación del Estado fijada en las normas internacionales, que es la preservación del patrimonio cultural. Con ello se ven afectadas las libertades culturales, pues surgen una serie de trabas a su ejercicio como las limitaciones para acceder al patrimonio cultural inmueble, restricciones a la propiedad del patrimonio cultural, etcétera.

A continuación, presentaremos un resumen de mi tesis, separando los temas principales de la siguiente manera: en primer lugar explicaremos la definición de libertad que da el autor Robert Alexy; luego expondremos cuáles son los derechos culturales, su base normativa y el contenido que los documentos internacionales han desarrollado para la mayoría de ellos; a continuación expondremos un resumen del trabajo de campo basado en entrevistas que se realizó para comprobar la tesis; seguidamente se verá la idea de libertad que la Constitución Peruana tiene respecto de los derechos culturales para seguidamente identificar la problemática existente a nivel de normas infraconstitucionales, las cuales dan prioridad a la protección del patrimonio cultural por sobre la garantía de las libertades culturales; y finalmente señalaremos las conclusiones relacionadas con la necesidad de difundir entre el personal del sector cultura la naturaleza de libertad de los derechos culturales para el mejoramiento del servicio brindado a la sociedad.

1. La clasificación de los derechos subjetivos, según Robert Alexy

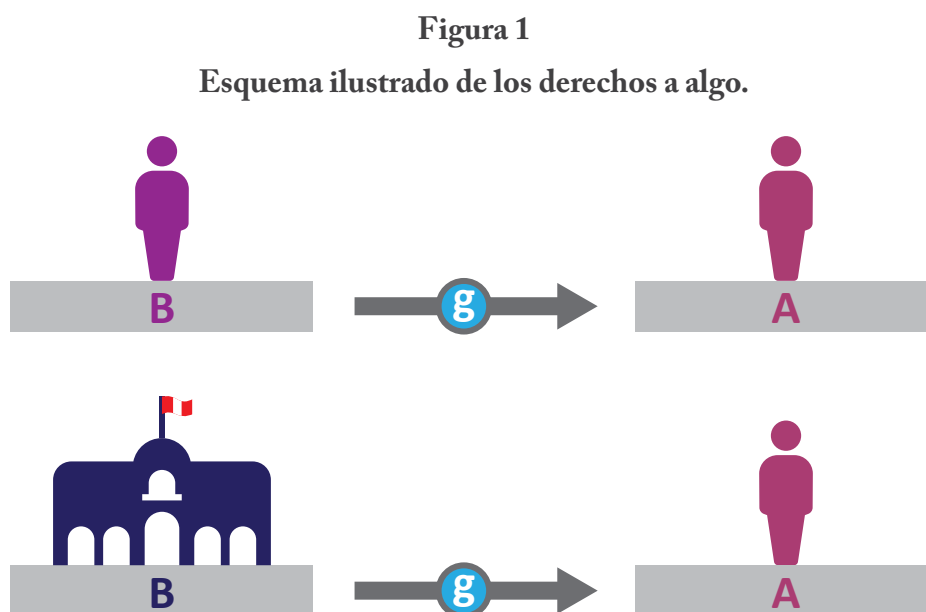
Robert Alexy es uno de los filósofos del Derecho más importantes e influyentes en la actualidad, particularmente en temas de interpretación jurídica y argumentación judicial, junto a otros importantes autores como Manuel Atienza y Jürgen Habermas. Nacido en Alemania en 1945, es un catedrático universitario y entre sus obras destacan *Teoría de la argumentación jurídica* y *Teoría de los derechos fundamentales*. En el capítulo cuarto de esta segunda, titulado “Los derechos fundamentales como derechos subjetivos”, desarrolla un sistema de posiciones jurídicas fundamentales (Alexy, 2017, p. 163) que divide los derechos en tres tipos:

1. Derechos a algo
2. Libertades
3. Competencias

Veamos una explicación de cada una de estas categorías:

1.1. Derechos a algo

Se trata de una relación de tres elementos: un titular o portador del derecho “A”, un destinatario “B”, y un objeto del derecho “g”, siendo que “A” tiene derecho a una acción de “B”, que viene a ser el objeto “g”, tal como se grafica a continuación:

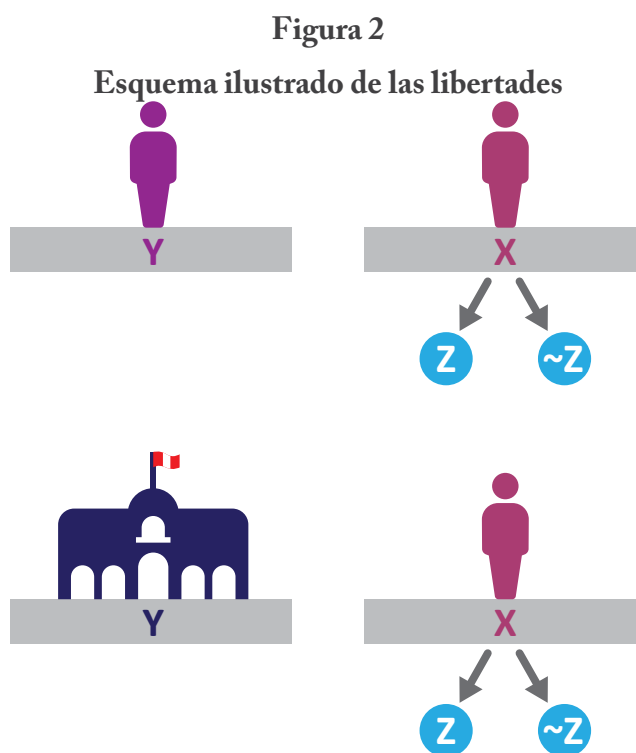


Fuente: elaboración propia

En el gráfico hemos representado al sujeto “A” (el titular del derecho, un ciudadano cualquiera) y al sujeto “B”, que puede ser un particular o el Estado, obligado a brindarle a “A” el objeto “g”, que sería una prestación, como los servicios de salud, de educación, pensiones, etcétera.

1.2. Las libertades

Las libertades también consisten en una relación de tres elementos: el titular del derecho “X”, un tercero “Y”, y una acción “Z”. “X” es libre respecto de “Y”, de hacer o no hacer la acción “Z”, es decir, tiene una “alternativa de acción” (Alexy, 2017, p. 189) como se muestra en el siguiente gráfico:

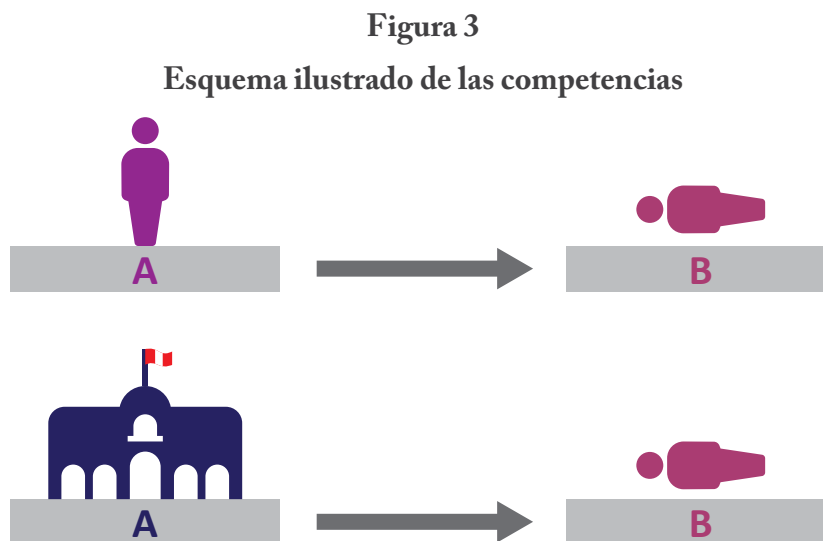


Fuente: elaboración propia

Como se ve en el gráfico, el sujeto “X” es un ciudadano cualquiera, en tanto que el tercero “Y” puede ser un particular o el Estado. El ciudadano puede hacer o no hacer algo, según su voluntad, sin que el tercero lo impida o lo fuerce a ello. Como ejemplo tenemos derechos como la libertad de tránsito o la libertad de religión, que podemos ejercer o no, conforme a nuestra voluntad.

1.3. Las competencias

En este caso tenemos un titular del derecho “A” que tiene competencias para **crear o modificar** la posición jurídica de otro sujeto B.”



Fuente: elaboración propia

En esta relación, el lugar del sujeto “A”, que ostenta las facultades, puede ser ocupado por un particular —como puede ser el caso de un testador en el ámbito privado— o por el Estado, en la figura de un juez o de las autoridades administrativas, que pueden modificar el estatus jurídico de un justiciable o administrado, respectivamente.

Según el postulado de la tesis, los derechos culturales corresponden a la categoría de libertades. A continuación, se desarrollan los derechos culturales según la normativa internacional de derechos humanos para profundizar en esta adscripción.

2. Los derechos culturales según la normativa internacional de derechos humanos

Por derechos culturales entendemos aquellos que han sido reconocidos en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), a saber:

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.

Por tanto, los derechos culturales incluyen:

1. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

2. El derecho a gozar de las artes.
3. El derecho a disfrutar de los beneficios de los progresos intelectuales y científicos.
4. El derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan a una persona por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

En la tesis se propuso que los tres primeros derechos eran libertades. No así el cuarto derecho, referido a los derechos de autor, y que está relacionado con el aprovechamiento particular de las obras científicas, literarias o artísticas por aquellas personas que son sus autores, y que reciben una protección de parte del Estado. Por lo tanto, son “derechos a algo”, según la clasificación de Robert Alexy.

Los tres primeros derechos culturales han tenido un desarrollo conceptual en documentos emitidos Unesco, conforme se reseña a continuación:

2.1. Desarrollo conceptual del derecho a participar en la vida cultural de la comunidad

El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad ha sido definido en la Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del siguiente modo:

El derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. Para realizarlo, es necesario que el Estado parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos), por la otra. [El subrayado es agregado] (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2010, p. 2).

Aquí vemos una vinculación del derecho cultural con el concepto de libertad. Sin embargo, se ve limitada por el uso del lenguaje condicional al decir “puede calificarse de libertad”. Además, se exige al Estado abstenerse de intervenir o tener injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales, pero a la par, también se le obliga a realizar acciones para asegurarse que existan las condiciones que permitan la participación en la vida cultural y tener acceso a los bienes culturales y preservarlos.

2.2. Desarrollo conceptual del derecho a gozar de las artes

El derecho a gozar de las artes es el que tiene menor desarrollo conceptual y, por tanto, no tiene bien delimitado su contenido. Sin embargo, se pueden encontrar en un documento de Unesco llamado “Recomendación relativa a la condición del artista” (1980) algunos elementos

que pueden ayudar a su definición como libertad, cuando dice:

Reconociendo que las artes, en su acepción más amplia y completa son y deberían ser parte integrante de la vida y que es necesario y conveniente que los gobiernos contribuyan a crear y a mantener no sólo un clima propicio a la libertad de expresión artística, sino también las condiciones materiales que faciliten la manifestación de este talento creador, (...)

Considerando que el artista desempeña un papel importante en la vida y la evolución de las sociedades y que debería tener la posibilidad de contribuir a su desarrollo y de ejercer sus responsabilidades en igualdad de condiciones con todos los demás ciudadanos, preservando al mismo tiempo su inspiración creadora y su libertad de expresión, (...)

Recordando la importancia, universalmente reconocida tanto a nivel nacional como internacional, de la preservación y promoción de la identidad cultural y del papel que en ese campo desempeñan los artistas que perpetúan las artes tradicionales o interpretan el folklore nacional (...) [El subrayado es agregado].

También es destacable en esta cita, además de la asimilación a la idea de libertad, el rol que se le asigna al Estado como un generador de condiciones para la manifestación del talento creador.

2.3. Desarrollo conceptual del derecho a disfrutar de los beneficios de los progresos intelectuales y científicos

Para el desarrollo del concepto de este derecho se cuenta con el informe de la relatora especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, del 14 de mayo de 2012, titulado “Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones”, del cual extraemos la siguiente cita:

El contenido normativo del derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones incluye: a) el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia; b) oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica, c) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones; y d) un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología [El subrayado es agregado] (ONU, p.9).

Se destaca la vinculación con la idea de libertad, al menos en lo referido a la investigación científica, y la necesidad de que se genere un entorno favorable.

3. Demostración que los derechos culturales son libertades

Si bien el desarrollo a nivel conceptual por parte de los documentos internacionales antes mencionados ha aproximado los derechos culturales a la idea de libertad (en unos casos más que en otros), no lo ha hecho de manera clara y definitiva, como ya se ha resaltado. Por ello, en mi tesis se demostró con casos prácticos y concretos que los derechos culturales tenían la naturaleza de libertad, tal como ha sido definida por Robert Alexy. Para ello, se eligió la interacción con el patrimonio cultural inmueble y el trabajo de campo realizado consistió en la selección de casos de estudio conformados por ocho personas naturales, ciudadanos de la ciudad de Lima, que ejercen los derechos culturales de participar en la vida cultural de la comunidad, de gozar de las

artes y de disfrutar de los beneficios de los progresos intelectuales y científicos, en interacción con el patrimonio cultural inmueble de su ciudad.

Para el caso del derecho de participar en la vida cultural de la comunidad se entrevistó a los señores Joseph Bahamonde, David Pino, Anahí Vasquez de Velasco y Elsa Collado de Valentín. El primero de ellos cuenta con una página en la red social Facebook y un *blog* en internet, llamados ambos “Arqueología Jovelos”, mediante los cuales difunde información sobre arqueología y organiza visitas grupales a huacas, que es como se designa en el Perú a los restos arqueológicos prehispánicos.

El señor David Pino, por su parte, cuenta con una página de Facebook y un *blog* en internet llamados “Lima la Única”, mediante los cuales difunde información sobre el patrimonio histórico de Lima, y organiza también paseos por el Centro Histórico y otros espacios de valor cultural de la ciudad.

La señora Anahí Vásquez de Velasco es una gestora cultural que ha centrado su actividad en la defensa activa del patrimonio cultural limeño mediante charlas y empleando las redes sociales.

Finalmente, la señora Elsa Collado de Valentín es una activa dirigente de Barrios Altos. Entre sus labores incluye la realización de actividades culturales en cooperación con instituciones públicas para preservar los valores barrio-altinos en los vecinos y especialmente en las nuevas generaciones.

Para el análisis del derecho a gozar de las artes se entrevistó al señor Fernando Palazuelo, director ejecutivo de la empresa Arte Express, y al señor Moisés Cueva, administrador de la Casa Fernandini, ubicada en el Centro de Lima. El primero se dedica a adquirir y restaurar inmuebles de valor histórico en el Centro Histórico de Lima para luego ofrecerlos en arrendamiento, y el segundo administra la casa que fuera del señor Eulogio Fernandini de la Quintana, fallecido en 1947, con fines de restauración y servicios culturales, y que hoy constituye uno de los mejores exponentes del estilo art nouveau o modernismo en Lima.

Para el análisis del derecho a disfrutar de los beneficios de los progresos intelectuales y científicos, se entrevistó a los señores Javier Lizarzaburu y Marco Antonio Capristán. El señor Lizarzaburu administró un *blog* en internet llamado “Lima Milenaria”, que contenía artículos

sobre el patrimonio arqueológico inmueble de la ciudad, y que luego se convirtió en campaña periodística destinada conseguir que Lima sea declarada “ciudad milenaria” por su municipio, lo cual logró en 2012. El caso de Marco Antonio Capristán es el de un profesor que desde niño se dedicó a difundir la historia de Lima y que a la fecha lo sigue haciendo mediante su blog “Pinceladas Limeñas”; ha escrito un libro con el mismo título, y organiza paseos y visitas con el público que lo sigue en redes sociales.

En todos los casos se les preguntó cuál era su motivación para las acciones culturales que realizaban, si contaban con apoyo del Estado para las mismas y si lo seguirían haciendo aun cuando no contaran con este apoyo. En términos generales coincidieron en que el origen era una vocación o interés personal por dichas actividades, que las realizaban de manera voluntaria, sin incentivo ni apoyo por parte del Estado, incluso en algunos casos con trabas por parte de este, y que lo seguirían haciendo aun sin contar con dicho apoyo. Además, la mayoría indicó reconocer que sí sentía que con esas prácticas ejercía sus derechos culturales.

4. La idea de libertad de los derechos culturales en la constitución peruana

La Constitución Política del Perú ha consagrado como derechos fundamentales el derecho a gozar de las artes y el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad; no menciona el derecho a disfrutar de los progresos intelectuales y científicos, pero en virtud de lo establecido por su artículo 55, dicho derecho también forma parte del derecho nacional al ser parte de un tratado internacional.

Sobre el derecho a gozar de las artes, (Const.,1993, título I, cap. I, art. 2) dice:

Toda persona tiene derecho:

(...)

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. [El subrayado es agregado].

Se aprecia la existencia de los dos elementos primordiales de la tesis que he sustentado: la naturaleza de libertad que se reconoce a la creación artística y de todo tipo, y el rol del Estado como generador de condiciones, al decir que propicia el acceso a la cultura, agregándole además la obligación de fomentar su desarrollo y difusión.

Respecto al derecho a participar en la vida cultural de la comunidad (Const.,1993, título I, cap. I, art. 2), dice lo siguiente: “Toda persona tiene derecho: (...) 17. A participar, en

forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación” [El subrayado es agregado].

El texto es muy parecido al que enuncia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque aquí se adiciona la vida política, económica y social.

La Constitución Política del Perú reúne en parte los elementos que se proponen en la tesis, aunque al igual que en los documentos de Unesco, no lo hace de manera categórica y completa respecto de la totalidad de derechos culturales.

5. Problemática que generan las obligaciones impuestas al Estado por las normas internacionales a la naturaleza de libertad de los derechos culturales

Hemos demostrado en la tesis, de manera práctica e inductiva, que los derechos culturales son libertades, conforme a la definición que proporciona el jurista Robert Alexy, basándonos en el análisis de casos de estudio concretos, corroborando lo que se podía entrever en el desarrollo conceptual de los documentos internacionales explicados en el punto 3 de este artículo. Confirmamos que la Constitución Política peruana sí tiene incorporado el criterio de considerar a los derechos culturales como libertades, tal como se vio en el punto 4 de este trabajo.

Pasemos a observar ahora la aplicación en nuestro país de estos criterios a un nivel normativo menor al constitucional, y verificaremos que la idea de libertad se empieza a desvirtuar debido a la preocupación por el cumplimiento de las obligaciones que la misma normativa internacional ha impuesto a los Estados, ya que no solo nos ha brindado la definición de derechos culturales y las ha vinculado a la idea de libertad de manera no contundente —como ya hemos señalado—, sino que además ha impuesto obligaciones a los Estados para que estos sean efectivamente implementados, y se preserve el patrimonio cultural.

En principio, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, establece en su artículo 15:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - Participar en la vida cultural;

- Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - 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 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.

Estas obligaciones estatales se han visto incrementadas por diversos documentos internacionales que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura-Unesco ha ido emitiendo en el tiempo (declaraciones, convenciones y recomendaciones), las mismas que se pueden encontrar en el portal web de Unesco.¹ Así, por presentar solo algunos ejemplos, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972) obliga a los Estados a:

Artículo 5.-

Con objeto de garantizar una protección y una conservación eficaces y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas a cada país, cada uno de los Estados Partes en la presente Convención procurará dentro de lo posible:

(...)

Adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio (...).

Por su parte, la Recomendación sobre la Protección de los Bienes Culturales Muebles indica que:

En cumplimiento de los principios y normas antes mencionados, los Estados Miembros deberían tomar, con arreglo a su sistema legislativo y constitucional, todas las disposiciones requeridas para proteger de modo eficaz los bienes culturales muebles, en particular, en el caso de transporte, adoptar las medidas de protección y conservación necesarias para asegurar la cobertura de todos los riesgos posibles (1978, III).

La Declaración Unesco relativa a la Destrucción Intencional del Patrimonio Cultural (2003) establece:

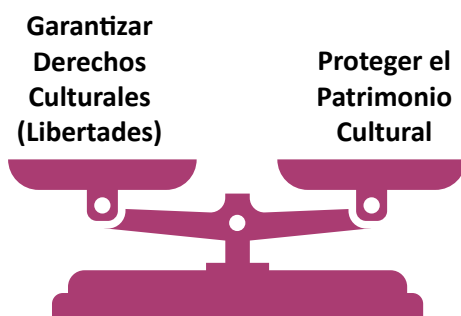
III. Medidas para luchar contra la destrucción intencional del patrimonio cultural.

1. Los Estados deberían adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, evitar, hacer cesar y reprimir los actos de destrucción intencional del patrimonio cultural, dondequiera que este se encuentre.

Por consiguiente, los Estados, con relación a los derechos culturales, tienen dos tipos de obligaciones: garantizar el ejercicio de dichas libertades y proteger el patrimonio cultural, necesario para que dichas libertades se puedan ejercer. Esto nos pone en una situación de un delicado equilibrio que puede graficarse como una balanza, de la siguiente manera:

1 Unesco. Cultura – Acción normativa. <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/normative-action/>

Figura 4
Equilibrio de las dos obligaciones estatales en el ámbito cultural



Fuente: elaboración propia

Sin embargo, en la tesis se identificó que la normativa peruana mantiene una “tensión” entre la garantía de libertad de los derechos culturales y la obligación estatal de preservar el patrimonio cultural, y que el equilibrio al que hacemos referencia se ha roto en favor de la protección del patrimonio cultural, lo que afecta la posibilidad de ejercicio de las libertades culturales.

En principio, la doble función estatal en materia cultural la encontramos plasmada constitucionalmente (Const.,1993, título I, cap. II, art. 21) de la siguiente manera:

Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional. [El subrayado es agregado].

Sin embargo, en el desarrollo de las normas de rango inferior al constitucional, el equilibrio que debería existir entre ambas obligaciones estatales se rompe en desmedro de la garantía de libertad de los derechos culturales. Empecemos analizando la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural (2004), que regula una protección del patrimonio cultural que en algunos puntos puede afectar la libertad de los derechos culturales, entre ellos:

- En su artículo 5 declara la intangibilidad de los bienes arqueológicos, lo que eventualmente puede restringir el acceso a ellos y, por tanto, el ejercicio de los derechos culturales.
- El artículo 6 establece la propiedad estatal de todo bien inmueble integrante del patrimonio cultural de la nación de carácter prehispánico, lo cual genera una barrera cuando, en ejercicio de ese derecho de propiedad, el Estado cerca y limita el acceso a los mismos.
- En su artículo 7 impone a los propietarios de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural obligaciones de registro, protección y conservación adecuadas, además de

limitaciones a la restauración y sanciones ante el incumplimiento de ellas. Con ello, las obligaciones que las normas internacionales asignan al Estado son transferidas por este a los particulares, los cuales podrían no estar en condiciones o en la voluntad de cumplirlas, con lo que se deteriorarían dichos bienes y se afecta el ejercicio de los derechos culturales.

- En su artículo 18 establece la presunción legal de adquisición ilícita de un bien integrante del patrimonio cultural de la nación en caso no se hayan cumplido los requisitos administrativos establecidos, lo cual es un condicionante severo a la interacción de las personas con el patrimonio y, por tanto, limitante del ejercicio de las libertades culturales.
- Por último, el artículo 20 establece restricciones a la propiedad en la medida que exige la autorización de la autoridad cultural local para alterar, reconstruir, modificar o restaurar un bien mueble o inmueble integrante del patrimonio cultural de la nación.

A nuestro criterio, estas medidas no son concordantes con una visión de los derechos culturales como libertades.

Desde el punto de vista penal, el artículo 226 del Código Penal Peruano de 1991 (2016) tipifica el delito de “Atentados contra monumentos arqueológicos”, cuyo texto es el siguiente:

El que se asienta, depreda o el que, sin autorización explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispanicos, sin importar la relación de derecho real que ostente sobre el terreno donde aquel se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien. [Los subrayados son agregados] (p.157).

Observamos que se usa el verbo ‘explorar’, que significa “reconocer, registrar, inquirir o averiguar con diligencia una cosa o un lugar”,² lo que puede afectar al simple hecho de transitar por los monumentos arqueológicos, y restringe el ejercicio de los derechos culturales en su naturaleza de libertad. Esto es destacable, ya que ni siquiera a nivel administrativo está sancionado el hecho de explorar, pues el artículo 3 del Reglamento de Sanciones Administrativas por Infracciones en contra del Patrimonio Cultural de la Nación (2016), únicamente sanciona que se promuevan y realicen excavaciones en sitios arqueológicos o cementerios, o se alteren estos bienes sin autorización.

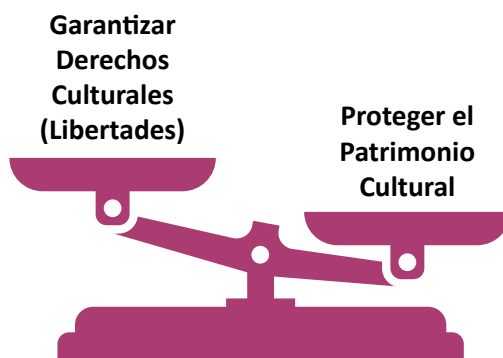
Por lo señalado, se observa que si bien a nivel constitucional el ordenamiento peruano ha reconocido la doble obligación del Estado de garantizar los derechos culturales desde una óptica de libertad, la normativa de desarrollo infraconstitucional ha dado preponderancia a las obligaciones de protección del patrimonio en desmedro de la garantía de la plena efectividad

2 Consultado a la Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2020. <https://dle.rae.es/explorar>

de los derechos culturales, lo que genera restricciones o limitaciones de acceso para el libre ejercicio de los mismos, y deviene en un tratamiento como “derechos a algo”, es decir, derechos prestacionales que son por esencia de implementación progresiva, tal como se muestra en el gráfico siguiente:

Figura 5

Desequilibrio identificado en la normativa infraconstitucional peruana sobre materia cultural



Fuente: elaboración propia

Este desequilibrio en la normativa, y exceso de enfoque de protección del patrimonio cultural puede hacer que el servidor público del sector cultura, operador de estas normas, brinde a los derechos culturales un tratamiento de “derecho a algo” y no de “libertad”, restringiendo su ejercicio. Ello se ha podido recoger en las entrevistas realizadas a los casos de estudio de la tesis, tales como falta de acceso a sitios arqueológicos, riesgo en el acceso a los sitios históricos por falta de mantenimiento de los mismos, limitaciones a la reunión de grupos de ciudadanos para conocer el patrimonio cultural por aplicación de la normativa sobre guiado turístico, restricciones administrativas al funcionamiento de centros culturales, entre otras.

Conclusiones

Los derechos culturales, reconocidos en el primer párrafo del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes, y participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten—, son libertades entendidas como la facultad de hacer o no hacer una acción determinada sin interferencia de terceros.

En la tesis resumida se ha demostrado, de manera inductiva con ocho casos de estudio realizados en la ciudad de Lima, la naturaleza de libertad de los derechos culturales, confirmando lo que de manera no categórica aparecía en algunos documentos internacionales que desarrollaron su

contenido. Asimismo, se ha revisado la Constitución Política del Perú y se ha verificado que también regula los derechos culturales como libertades.

No obstante, la normativa internacional también ha generado obligaciones al Estado con relación a la preservación del patrimonio cultural. Del mismo modo, el artículo 21 de la Constitución Política peruana establece dicha obligación. Estos dos tipos de obligaciones —la de garantizar el ejercicio libre de los derechos culturales, con obligaciones de abstención o no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y acceso a los bienes culturales, y la de preservar el patrimonio cultural para dar acceso al mismo asegurándose de que existan condiciones para que se pueda participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla— constituyen un problema en cuanto a la necesidad de mantener un equilibrio entre ambas.

A raíz del análisis realizado, se ha podido verificar que en el caso peruano la normativa infraconstitucional ha desvirtuado ese equilibrio en favor de la preservación del patrimonio y en desmedro de la garantía de las libertades culturales. El exceso de celo en el cuidado del patrimonio cultural ha generado normas que pueden atentar contra la libertad de las prácticas culturales, riesgos que se ven materializados con situaciones *de facto* como las que han dado a conocer los casos de estudio.

Se concluye, por tanto, que es necesaria la capacitación y divulgación entre los servidores y funcionarios públicos del sector cultura, sobre la naturaleza de libertad de los derechos culturales, a fin de que el afán por la preservación del patrimonio cultural se vea equilibrado con la garantía de ejercicio de las libertades culturales por parte de la población.

Referencias

Alexy, R. (2017). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (C. Bernal, Trad.) (2da. Ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Anexo - Resolución Directoral Nº 000005-2016-DCS-DGDP-VMPCIC/MC, Reglamento de Sanciones Administrativas por Infracciones en contra del Patrimonio Cultural de la Nación. (28 de abril de 2016). <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/reglamento-de-sanciones-administrativas-por-infracciones-en-anexo-rd-no-000005-2016-dcs-dgdp-vmpticmc-1376333-1>

Constitución Política del Perú [Const.], (1993), tít. I, cap. I, art. 2). <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-politica-14-03-18.pdf>

- Constitución Política del Perú [Const.], (1993), tít. I, cap. I, art. 21). <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-politica-14-03-18.pdf>
- Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, 23 de noviembre de 1972. <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>
- Declaración de la Unesco relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural, 17 de octubre de 2003. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Flores, J. L. (2020). Patrimonio cultural inmueble como medio de ejercicio libre de los derechos humanos culturales. (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Repositorio de tesis - PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/16056>
- Ley Nº 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación. (21 de julio de 2004). https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2017/Comision_de_Cultura_y_Patrimonio/files/ley-28296-ley-general-patrimonio-cultural-nacion.pdf
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (mayo, 2016). Código Penal Peruano: Decreto Legislativo Nº 635. (12a ed.). http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (14 de mayo de 2012). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones (A/HRC/20/26)*. Consejo de Derechos Humanos. <https://undocs.org/es/A/HRC/20/26>
- Organización de las Naciones Unidas. (17 de mayo de 2010). Observación General Nº 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/GC/21/Rev.1) [Archivo de PDF]. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (43° sesión: 2009: Ginebra). <https://digitallibrary.un.org/record/679355>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (27 de octubre de 1980). *Recomendación relativa a la Condición del Artista*. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13138&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (28 de noviembre de 1978). *Recomendación sobre la Protección de los Bienes Culturales Muebles*. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13137&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>