

VI. Lista de referencias

Doctrina-libros

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. Título original “Du Contrat Social”. Ediciones Cultura Peruana, Lima, 1ª ed., 2003.
- HÄBERLE, Peter, *La Constitución como Cultura*, Edit. Instituto de Estudios Constitucionales, Bogotá, 2002. Con la traducción de Ana María Montoya.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982. Con la traducción de Alfredo Gallego Anabitarte.

Doctrina-revistas

- ETO CRUZ, Gerardo, “Tiene sentido seguir publicando textos constitucionales en países de escaso sentimiento constitucional? Un pretexto de Prólogo para un pretexto introductorio: El sentimiento constitucional peruano”, en *Iuris Lex Societas*, revista publicada por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, Año II, N° 2, octubre de 2007.

Doctrina-artículos

- LUCAS VERDÚ, Pablo, “¿Crisis del Concepto de Constitución? La Constitución Española entre la Norma y la Realidad”.

Legislación

- PALACIOS DEXTRE, Darío y MONGE GUILLERGUÍA, Ruth, *Las Constituciones del Perú, 1823-1993*, Editorial Fecat, prólogo del Dr. Francisco Chirinos Soto.
- RUIZ ELDREDGE, Alberto, *La Constitución Comentada 1979*.
- Ley N° 28237, que aprueba el Código Procesal Constitucional peruano, parte pertinente, en FUENTES PONCE DE LEÓN, Alejandro, *Código Penal*, Ediciones Legales, 2006.
- Ley General de Educación, Ley N°28044, parte pertinente.
- Ley N° 23506, parte pertinente, en WILVERDER ZVALETA, C., *Derecho Procesal Constitucional: Hábeas Corpus y Hábeas Data*, Editorial Manuel Chahu E. I. R. L., Lima, 1997.

Hacia el contenido esencial del derecho fundamental de la cultura en el Perú

ANDY JONATHAN VÉLEZ ALIAGA (*)

“Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes (...)”.⁽¹⁾

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo histórico de la cultura. III. Corrientes empleadas para regular la cultura como derecho. IV. Regulación constitucional de la cultura como derecho en el Perú. V. La cultura como derecho fundamental. VI. Contenido de la cultura como derecho fundamental. VII. Propuesta del planteamiento del contenido esencial del derecho fundamental a la cultura. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: En el presente trabajo, se aborda el tema del derecho a la cultura, analizando imprescindiblemente el desarrollo histórico, que el término *cultura*, ha tenido a través del tiempo, hasta el momento en que la Antropología toma a la cultura como base de su estudio, para luego ser regulada por el Derecho. Así, analizando este desarrollo de manera general se pretende, de forma metodológica, estructurar ¿cuál

(*) Abogado. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Ponencia ganadora del Premio Néstor Pedro Sagüés, en el Concurso de Ponencias Estudiantiles del III Congreso Internacional de Derecho Constitucional, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

(1) UNESCO, Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (DUDC), Art. 5°.

es el contenido esencial del derecho fundamental a la cultura? Para dichos fines, se concibe, proponer presunciones jurídicas, las mismas que son fundamentales para definir su contenido principal, hasta dar una aproximación certera del contenido esencial del derecho fundamental a la cultura, estableciendo clasificaciones del mismo.

Abstract. In the present work, the topic of the Law is approached to the Culture, always analyzing the historical development, the term culture, has had over time - even at the time that anthropology takes to culture as the basis of its study, to then be regulated by law-; Thus, analyzing this development generally intends to, methodological way, structure what is The essential content of the fundamental right to culture?; For these purposes, is conceived, propose legal presumptions, which are essential to define their essential content, to give an accurate approximation of the essential content of the fundamental right to culture establishing classifications of the same⁽²⁾.

I. Introducción

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que los Derechos Fundamentales son parte central del ordenamiento jurídico y su dimensión, no sólo es subjetiva, es decir, como atributo inherente a la persona⁽³⁾; sino también objetiva, entendida como norma de fundamentación de todo sistema jurídico (Eto Cruz, 2011, p. 63)⁽⁴⁾. En ese sentido, y siendo el derecho a la cultura, un derecho fundamental, regulado en el segundo párrafo del Artículo 2º, numeral 8, de nuestra Constitución; resulta relevante pronunciarse acerca de este derecho constitucional tan importante, que no ha sido analizado profundamente, justamente por la regulación imprecisa que presenta.

Por tanto, el presente trabajo tiene como objetivo principal reflexionar acerca del tema del derecho a la cultura, su importancia como derecho fundamental y la necesidad apremiante de su delimitación en cuanto a tal

(2) Traducción de Erick Michael Izquierdo Camacho, licenciado en Educación, especialidad de Inglés y Francés, por la Universidad Nacional de Cajamarca.

(3) Conjuntos de principios y declaraciones de las prerrogativas reconocidas a favor del hombre, sólo por la calidad de ser tal.

(4) En referencia a la STC Exp. N° 03330-2004-PA/TC, f.j. 9.

—a efectos de su protección jurídica, en el sentido de que como todo derecho ha de ejercitarse—; de esta forma, trataremos de abordar a la *cultura como derecho fundamental*, para finalmente proponer cuál es su contenido esencial y tratar de delimitarlo, a través de presunciones propositivas.

Para proceder a ello, nos encargaremos, en primer lugar, de realizar un breve desarrollo histórico del término *cultura* y las distintas significaciones que esta ha tenido a lo largo del tiempo; dado que responde a una necesidad de explicar ¿por qué la Antropología toma una amplitud de elementos para definir a la cultura?, trascendiendo esa misma amplitud para cuando el Derecho toma a la cultura como una figura a ser regulada; trayendo consigo un vasto número de enfoques para tratar a la cultura como derecho.

II. Desarrollo histórico de la cultura

A lo largo de la historia, la noción de *cultura* ha tenido distintos significados y matices, quizá debido a la “*memoria histórica*” del término *cultura*, referida al sentido o definición de elementos inmateriales existentes en un determinado tiempo y espacio, que son transmitidos íntegramente de generación en generación; de los mismos que se valió el Derecho al igual que la Antropología. Así se tiene:

2.1. Edad Antigua (Primeras civilizaciones - 476 d.C.). Época Clásica

El término *cultura* proviene del latín “*cultus*”, forma del verbo “*colere*”, que originalmente significaba “cultivar”. El primero en enunciar este término fue Cicerón (106-43 a.C.) en su célebre tratado filosófico y moral *Tusculanae disputationes*, en el cual se utilizó metafóricamente para decir que el espíritu del hombre es amplio como un campo sin cultivar, siendo la educación y la formación espiritual el cultivo de ese campo. Así se constituyó esta analogía en un concepto clásico de cultura que excluía las actividades de trabajo manual, utilitarias, tenidas propias de los esclavos (*banausia*); dado que los esclavos no podían tener “cultura”, por su condición de no ciudadanos (Silva Santisteban, 2006). Pasando con estos caracteres a casi todas las lenguas y sociedades europeas.

2.2. Edad Media (476-1453)

El uso de la cultura conservó su carácter metafórico, aristocrático y contemplativo propio del ideal grecolatino y se convirtió en instrumento principal de la preparación del hombre para sus deberes religiosos y para la vida ultramundana –culto a Dios y a los santos–, debido al predominio de la Iglesia Católica como fuente de doctrina social (Silva Santisteban, 2006). En este periodo, el empleo de cultura llevaba una gran inyección de dogma y norma social, impuesta por la Iglesia. Así en este estadio, *“la Religión, el Derecho y la Moral estuvieron tan íntima y confusamente ligados, que a veces resulta casi imposible distinguir el sentido jurídico del moral o del religioso”* (Smith, 1986, p. 318).

2.3. Edad Moderna (1453-1789). El Renacimiento

El Renacimiento modificó el carácter imaginativo del ideal clásico medieval, destacando la naturaleza activa de la sabiduría. Pico della Mirandola y Carlo Bovillo insistían en que a través de la sabiduría el hombre podía llegar a su realización total. La cultura fue entonces sinónimo de sabiduría, pero como tal, reservada sólo a unos cuantos, pues el sabio se separaba del resto de la humanidad, tenía un carácter metafísico y moral diferente de los demás hombres (Silva Santisteban, 2006). Esto era propio de este estadio histórico, puesto que se buscaba resurgir y elevar al máximo la esencia del hombre, como respuesta contra el oscurantismo medieval.

2.4. Edad Moderna. La Ilustración (fines del siglo XVII)

Con la Ilustración, se trató de eliminar el carácter aristocrático de la cultura, al proponer su máxima difusión por considerarla instrumento de renovación de vida social e individual y no patrimonio de doctos (Silva Santisteban, 2006). Se habla aquí de la igualdad de las clases, principios, valores y toda libertad y justicia que elimine las barreras entre los hombres. Dando como resultado la democracia no sólo como forma de gobierno, sino como igualdad de acceso a todos los elementos que fortifiquen la dignidad humana. Así, Kant (citado por Silva Santisteban, 2006) considera que la cultura es *“la producción en un ser racional de la capacidad de escoger sus propios fines, en el sentido de otorgar fines superiores a los que puede proporcionar la naturaleza misma”* (s.n.)

Sin embargo, al eliminarse el carácter aristocrático de la cultura, con base en el principio de igualdad, fue de presupuesto común que de pronto, los comerciantes, barberos, los vecinos de los grandes burgos, pescadores y demás clase obrera, ahora contaban con “cultura”, así, se comienza a hablar de la cultura del comerciante, barbero, etc., escaseando su elemento de pulcritud, variándose una vez más su sentido.

2.5. Edad Contemporánea (de 1789 hasta hoy)

En este estadio, el estudio de la cultura se tomó como elemento fundamental de la Antropología, como sucedió con las ciencias físicas –en las que su desarrollo se debió cuando sus conceptos de masa, momento, energía, etc., fueron abstraídos–, igual pasó con la Antropología y demás ciencias sociales, en las que el concepto de cultura sirvió de basamento a todo trabajo teórico de estas disciplinas (Silva Santisteban, 2006). Así, Edward Burnett Tylor, fundador de la Antropología académica, es quien perfeccionando un enunciado de Gustav Klemm estableció el primer y más amplio concepto de cultura⁽⁵⁾, indicando que la cultura es:

“(…) Aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualquiera de los hábitos y capacidades adquiridas por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”.

Es aquí donde se inicia el gran problema, sobre la delimitación de la cultura en el Derecho, en cuanto a su contenido. Puesto que a partir de 1871, con el nacimiento formal de la Antropología, ésta al tener como objeto de estudio al hombre, y al ser este objeto ilimitado y en cierta manera infinito –¿quién puede definir plenamente al hombre para estudiarlo?–, hicieron uso del presupuesto de que la extensión del hombre como tal, puede ser estudiada en cuanto a las manifestaciones que de él emanen, para lo cual idearon la forma de usar a la cultura –la cual era ya una idea bastante democratizada y popularmente empleada–, para adoptarla como ese todo material e inmaterial que el hombre crea o manifiesta. De manera que, como lo han expresado también Kroeber y Kluckhohn (citado por Silva Santisteban, 2006), la noción de cultura, resultó ser para la antropología como la no-

⁽⁵⁾ En el contexto de la Antropología, en su obra *Primitive Culture* (1871).

ción de gravedad para la física o de evolución para la biología, es decir, la piedra fundamental sobre la cual se estructuraba la disciplina (s.n.).

Desde la Ilustración, la Antropología consolidó la definición de la cultura según la dada por Edward Burnett Tylor. Salvo nuevas definiciones hechas por otros autores, pero sin distar mucho de Tylor, así, por ejemplo, otro famoso antropólogo, Melville Herkovits, (citado por Silva Santisteban, 2006), considera que la cultura es *“algo que puede ser aprendido, estructurado, analizado y divisible en diversos aspectos, algo dinámico y variable que emerge de todos los componentes de la especie humana”* (s.n.); como éstas, son innumerables las definiciones y la literatura antropológica escrita sobre el concepto de cultura, prácticamente no hay antropólogo que no haya tenido que discernir o escoger un concepto funcional de cultura acorde con su formación y su manera de pensar en las realidades que le preocupan.

2.6. Etapa comprendida de 1917 hasta la actualidad

Los Estados tuvieron contacto con esas definiciones, asimismo, las ciencias sociales tomaron la definición antropológica como válida y la aplicaron en cuanto a su estudio; así, la disciplina de la Historia le dio un tratamiento, la Sociología hizo lo propio, hasta que el Derecho tomó por primera vez la figura en la Constitución de México de 1917 (Art. 3º, inc. a, b, disposición VIII, Arts. 26º y 37º)⁽⁶⁾, haciendo, uso explícito del concepto *cultura*: *“El tér-*

⁽⁶⁾ **ARTÍCULO 3.-** (...) a. Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

b. Será nacional en cuanto –sin hostilidades ni exclusivismos– atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura; y

VIII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo (...)

ARTÍCULO 26.- El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación. Constitución Política de México, 1917. En: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html> consultada el 01.06.2014.

mino al que nos referimos carecía hasta entonces de reconocimiento con nombre propio y las materias a las que alude quedaban subsumidas en conceptos relacionados al reconocimiento del patrimonio cultural de los estados” (López Hurtado y Valentín Ruiz, 2011), así como al desarrollo bajo el amparo de la educación.

A partir de ese momento nació la cultura dentro de la regulación constitucional, siendo una figura acogida rápidamente por las demás constituciones, regulada en nuestro país, en la Constitución de 1920.

III. Corrientes empleadas para regular la cultura como derecho

Cuando nos preguntamos ¿qué abarca o qué regula el derecho a la cultura?. Es posible distinguir dos nociones ideales, típicas del término *cultura*. Así tenemos una concepción “universalista y otra diferencialista” (Champeil-Desplats, 2010, pág. 94)⁽⁷⁾; acertando a decir que las definiciones jurídicas de este derecho oscilan entre las dos.

3.1. Concepción universalista

La cultura es una, se trata de ponerla en común, sirve para iluminar los espíritus y elevar 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 cultura es el ámbito donde se desarrolla la actividad espiritual y creadora del hombre”* (Champeil-Desplats, 2010, pág. 94).

La aprehensión universalista de la cultura tiende a descontextualizar el conocimiento y a “extraerlas del lugar donde se produjeron y juzgarlas después según criterios atemporales del bien, de lo verdadero o de lo bello”.

3.2. 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 concepción universalista”* (Champeil-Desplats, 2010). Así, para

⁽⁷⁾ Profesora de la Universidad de París Quest-Nanterre la Défense. Directora del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Derechos Fundamentales.

la concepción diferencialista, todo pueblo tiene una cultura y esa diversidad tiene que ser protegida y no impuesta al resto.

Formulando estas ideas en términos jurídicos, la concepción universalista preconiza un derecho universal de acceso a la cultura; mientras que la concepción diferencialista defiende el derecho de cada uno a la cultura como sinónimo de identidad resultante de un grupo social. Sin embargo, a pesar que ideológicamente se contraponen, la verdad es que en la práctica se complementan, por ejemplo, los conceptos de patrimonio de la humanidad y patrimonio cultural expresan una reacción universalista y humanista, en el sentido que la importancia del patrimonio cultural es de apreciación universal, y el valor que tiene debe ser apreciado por toda la humanidad, ejemplo el “Coliseo Romano” (concepción universalista); mientras que para la concepción diferencialista, ese mismo Coliseo Romano cuenta con un carácter cultural, debido a que es representación del desarrollo de la civilización que lo construyó, siendo símbolo de la identidad cultural de su pueblo.

IV. Regulación constitucional de la cultura como derecho, en el Perú

Desde el inicio de nuestra historia constitucional –segunda década del siglo XIX–, no se había hecho referencia taxativa al término *cultura*. Hallamos la primera mención en la Constitución de 1920, dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920, en su Título IV, sobre las Garantías Sociales, el Artículo 58º, alude a la protección que brindará el Estado en favor de las comunidades indígenas y sus costumbres:

“Art. 58º.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”.

Luego, la Constitución de 1933 borraría el término “cultura” de su articulado, quizás debido a que en su pasado constitucional, de más de cien años –Constituciones de 1812, 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867–, jamás se mencionó ni desarrolló dicho término. De igual manera,

“en la esfera global, ninguna Constitución habló de libertad de creación cultural, derechos culturales o derecho a la cultura, derecho a la no discriminación por motivos de pertenencia cultural; es a partir del último cuarto del siglo XX donde se redactan Constituciones como las de Brasil, Ecuador, Portugal, Colombia, España, etc., caracterizadas por una copiosa lista de principios y derechos relacionados con la cultura” (Champeil-Desplats, 2010).

De igual manera, en el Perú, se reincorporó la “cultura” como figura jurídica, en la Constitución de 1979, y en ésta se puede evidenciar su desarrollo como un derecho, entendiéndose de gran importancia, puesto que desde su preámbulo aparece tres veces y diecisiete más en sus artículos (6º, 16º, 21º, 31º, 32º, 34º, 36º, 37º, 46º, 83º, 86º, 100º, 161º, 254º, 259º y 264º).

4.1. La cultura como derecho en la Constitución de 1993

Al hablar del derecho a la cultura en la Constitución peruana actual, hacemos referencia a una importante cantidad de sus artículos, no obstante, encontramos a este derecho, propuesto como derecho fundamental en su Art. 2º, numerales 8 y 19; así de estos dos numerales, se podría decir que por su enunciado, la raíz que desarrolla su regulación se encuentra en el segundo párrafo del Artículo 2º, numeral 8, refiriendo que:

“(…) El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”.

Además la cultura se encuentra regulada, indirectamente en los artículos 14º, 17º, 18º, 19º, 21º, 50º, 89º, 190º y 195º inc. 8, los cuales transmiten la idea de cultura, en sentido amplio y general del término, circunscrito dentro de un variado contexto propositivo, donde como tal, “cultura” es un elemento que acompaña a distintos derechos y figuras jurídicas constitucionales; así se señalan construcciones como “vida cultural”, “pluralidad étnica y cultural de la nación”, “formación moral y cultural”, “manifestaciones culturales y lingüísticas del país”, “finalidad educativa y cultural”, entre otros (Ferreiros Castañeda, 2010, pág. 198). Asimismo, no hay una definición precisa de lo que es el derecho a la cultura, siendo la más aceptada la brindada en la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales de México de 1982, como:

“El conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social. Este concepto engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano y sus sistemas de valores” (López Hurtado y Valentin Ruiz, 2011).

De lo anterior se tiene que tal y como se encuentra regulado en nuestra Carta Fundamental, el término “cultura” presenta imprecisiones en cuanto a su naturaleza, en el sentido que no se ha determinado y delimitado expresamente qué es lo que regula y el ámbito de su protección –encontrándose pocos estudios al respecto–; en ese sentido, es que surge la necesidad del presente trabajo, a efectos de poder establecer una aproximación hacia el mismo, pues llegado a este punto, cabe preguntarse ¿si la cultura es un derecho fundamental?, y si lo es, ¿cuál sería su contenido esencial?. Para ello, en las siguientes líneas, trataremos de desarrollar estas interrogantes, con base en algunas presunciones.

V. La cultura como derecho fundamental

La cultura como derecho fundamental es una proposición por sí misma ya resuelta, desde la óptica positiva en la cual se la ubica dentro de la Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 2º, numeral 8, segunda parte, y numeral 19; dentro del Capítulo 1 del Título I, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”. Dichos derechos fundamentales que son enumerados en el Art. 2º, y derivan directamente del principio –derecho de la dignidad humana, Art. 1º de la Constitución Política del Perú (Eto Cruz, 2011, pág. 62)–; además de coincidir esta ubicación positiva con el Título de los Derechos Fundamentales de la Carta Magna.

Según Champeil-Desplats (2010), “*se debe examinar a los Derechos para que sean Fundamentales, en base a si cuentan con una característica axiológica, formal, estructural y común*” (pág. 100), siendo los mismos:

5.1. Fundamental en sentido axiológico

Un derecho es 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, 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. Los derechos son, por tanto, fundamentales porque se conciben como “inherentes al hombre en tanto este es hombre”. Su fundamentalidad está ligada a la universalidad, siendo estos derechos fundamentales de pertenencia y beneficio de todo ser humano, sin exclusión de nacionalidad, clase económica, religión, etc. (Champeil-Desplats, 2010).

5.2. Fundamental en el sentido formal

Los derechos fundamentales, en sentido formal, son situados en lo más alto de la jerarquía de un ordenamiento jurídico, teniendo mecanismos de garantías específicos de protección, como por ejemplo, el Proceso de Amparo.

Así, el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento, es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares.

5.3. Fundamental en sentido estructural

Los derechos fundamentales son los que establecen y garantizan la identidad, la coherencia de un sistema jurídico. Son sobre los que ese sistema o subsistema se ha construido y lo que del conjunto de sus elementos se deriva o infiere. Así la concepción estructural exige una determinación de su significado semántico para concluir su carácter fundador o no (Champeil-Desplats, 2010). Ejemplo, el derecho a la vida, del cual siendo un derecho fundamental, se desarrolla todo un cuerpo normativo (civil, penal, administrativo, etc.) dinámico y funcional respecto del mismo para protegerlo.

5.4. Fundamental en sentido de norma común

Los derechos fundamentales se circunscriben sobre las similitudes cualitativas que los ordenamientos jurídicos supranacionales tienden a dar sobre la regulación o enfoque constructivo de los derechos o libertades que desarrollan. Ejemplo, los lineamientos y políticas generales sobre la cultura que establece la UNESCO.

De lo anterior se tiene que el derecho a la cultura cumple con los supuestos exigidos para ser considerado como derecho fundamental, en la medida en que cumple con los fundamentos desarrollados precedentemente.

VI. Contenido de la cultura como derecho fundamental

Si bien todos los derechos fundamentales, por lo general, cuentan con una naturaleza binaria; esto es, que por un lado tienen un “núcleo duro de protección denominado ‘contenido esencial’, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido; y un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionales garantizados” (Eto Cruz, 2011).

En consecuencia, el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida en que el contenido esencial se mantenga incólume.

Ante tal situación, y habiéndose ya expuesto y llegado a la conclusión de que el derecho a la cultura es un derecho fundamental, por cumplir con los supuestos exigidos, cabe preguntarse ¿cuál es su contenido esencial?

Para ello, es necesario tener en cuenta que al hablar de contenido esencial de los derechos fundamentales, planteamos la concretización del derecho como tal, con lo cual se infiere que éste es completo y base insoslayable de su aplicación; empero, la distinta eficacia de las disposiciones constitucionales da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Así se tiene:

- **Normas regla.** Se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables.
- **Normas principio.** Constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

Consecuentemente, “existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser de-

limitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el Artículo 2º numeral 8 de la Constitución en relación al derecho a la cultura (...)) *El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*), o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales⁽⁸⁾.

Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución⁽⁹⁾. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

De lo expuesto, se aprecia que, en la práctica, no encontramos que sobre el específico derecho, exista una ley que determine, limite o regule de manera compleja el contenido específico del derecho fundamental a la cultura, referido en –el artículo 2º, numeral 8, segunda parte–, lo que existe son pocas leyes que regulan ciertos aspectos de la cultura, sin determinar su aspecto común (Ley Nº 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación; Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–; Ley Nº 26370, Ley de la Cinematografía Peruana; Ley Nº 28477, Ley que Declara a los Cultivos, Crianzas Nativas y Especies Silvestres Usufructuadas Patrimonio Natural de la Nación; etc.). En tal sentido, es necesario un pronunciamiento al respecto, siendo lo más cercano, la clasificación de la cultura como un conjunto de derechos, lo cual de manera declarativa ha realizado, según estudios, el denominado grupo de Friburgo, esto es, el equipo de investigadores de la

⁽⁸⁾ Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en el Exp. Nº 1417-2005-AA/TC – caso **Anicama**.

⁽⁹⁾ La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto. Exp. Nº 5854-2005-PA/TC.

Universidad suiza de Friburgo (Arroyo Yanes, 2006)⁽¹⁰⁾. No obstante nos atreveremos modestamente a esbozar un planteamiento al respecto, en el siguiente acápite.

VII. Propuesta de planteamiento del contenido esencial del derecho fundamental a la cultura

El derecho fundamental a la cultura, contenido en el Artículo 2º numeral 8 de nuestra Constitución, tal y como refiere, no define ni aporta un desarrollo sobre su contenido esencial: (...) *El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*; siendo esta falta de precisión un obstáculo por la imprecisión que presenta, aspecto que no puede aceptarse desde el punto de vista del Derecho, que precisamente como ciencia jurídica, ha de aspirarse siempre a la máxima concreción posible y en la que la precisión es un valor en sí misma; en ese sentido, creemos conveniente indicar las siguientes premisas a las que se ha llegado:

– Primera presunción

En razón de que el contenido esencial de la cultura como derecho fundamental, no es precisado; planteamos diseñar el derecho de la cultura, en el sentido que este derecho para ser delimitado necesita fusionar los demás derechos o consideraciones constitucionales, que traten o hagan alusión al término *cultura*. En este procedimiento, su alcance se perfecciona y se vuelve funcional.

Así, el contenido esencial del derecho fundamental a la cultura no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores

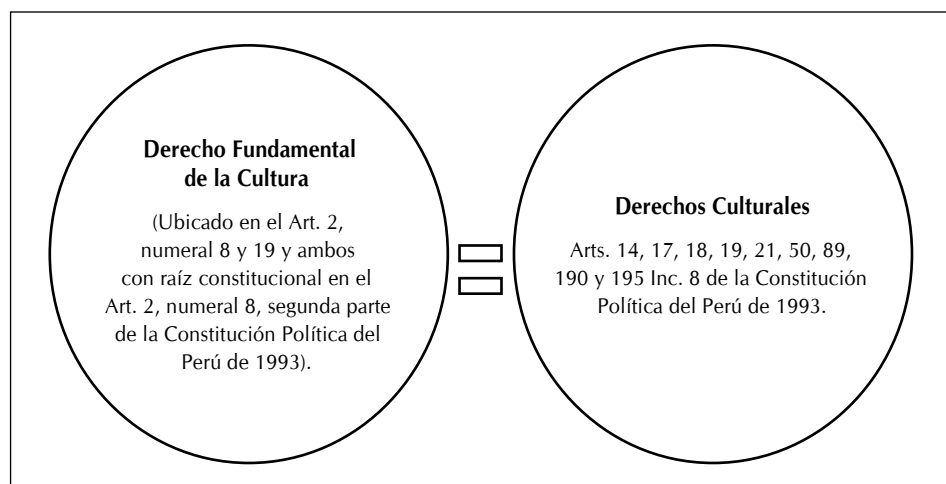
⁽¹⁰⁾ El grupo de Friburgo ha desarrollado investigaciones por más de quince años sobre la definición de los derechos culturales, al amparo del Dr. P. Meyer-Bisch, cuyos trabajos en toda la materia, se han dado a conocer bajo el título de “Los Derechos Culturales, Declaración de Friburgo”. El lanzamiento de la declaración tuvo lugar el 7 de mayo de 2007 en la Universidad de Friburgo, y el día siguiente, 8 de mayo de 2007, en el *Palais des Nations de Ginebra*. El texto fue presentado por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales (cuyas oficinas centrales se encuentran en el Instituto Interdisciplinario de Derechos Étnicos y Humanos en la Universidad de Friburgo), juntamente con la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO. La Declaración de Friburgo fue apoyada por más de cincuenta expertos en derechos humanos, así como por una plataforma de ONG.

y demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales; en consecuencia, se complementaría el derecho fundamental a la cultura con todos los demás derechos que hagan mención del término; a los cuales se les llamaría “derechos culturales”, lo cual resulta coherente con el ideal de sistematizar los derechos que hagan mención a la cultura, según lo expresado por el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 0042-2004- AI/TC), donde señala que las disposiciones contenidas en los incisos 8 y 19 del Artículo 2º concordantes con los Artículos 1º y 21º de la Constitución, conforman la denominada “*Constitución Cultural*” (García Toma, 2008, pág. 214); lo cual generalizando es acorde con la definición de derechos culturales dada por la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural art. 5º, en noviembre de 2001:

“Artículo 5º.- Los derechos culturales, marco propicio para la diversidad cultural

Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los definen el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (...)” (UNESCO, 2001).

Por tanto, constituyéndose así, se entiende que el *derecho fundamental* a la cultura es sinónimo de *derechos culturales* y éstos son el acervo de los derechos y libertades que hagan referencia taxativa a la cultura en los artículos de la Constitución, consignados en (Arts. 14º; 17º; 18º; 19º; 21º; 50º, 89º; 190º y 195º Inc. 8), siendo estos artículos el conjunto de las distintas definiciones e implicaciones, antropológicas y jurídicas que ha tenido la cultura en su desarrollo, las cuales están impregnadas de enfoques “universalistas y diferencialistas”, así como los tratamientos y definiciones principales que tuvo en cada etapa histórica, detallada al inicio del presente trabajo. (Ver gráfico).



Guardando también este grupo de artículos una correspondencia general con lo que la doctrina internacional toma como derechos referidos a la cultura, siendo los mismos:

- El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad y la protección de los derechos de autor (reconocidos en el Art. 27º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Art. 15º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- El derecho a la educación (Art. 26º de la DUDH y los Arts. 13º y 14º del PESC).
- Las libertades lingüísticas reconocidas a las personas pertenecientes a las minorías (Art. 27º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).
- Derecho al respeto de las identidades culturales, libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho a pertenecer a una comunidad cultural (Arroyo Yanes, 2006).

– Segunda presunción

Entendidos los derechos culturales como el acervo dinámico, sistemático e intercompositivo conformado por todos los derechos y libertades agrupadas por la “clave cultura”, los cuales forman en sí mismos el derecho fundamental de la cultura; y entendida la descripción genérica de los derechos

y libertades según los enumerados en el punto anterior; es que proponemos clasificarlos a partir de tres características que la cultura cuenta a lo largo de su desarrollo histórico, antropológico y jurídico, concordantes con las concepciones *universalistas* y *diferencialistas*. Dichas características que están insertas en los artículos 14º, 17º, 18º, 19º, 21º, 50º, 89º, 190º y 195º, inc. 8.

Así se desprende que los Arts. 21º y 195º, inc. 8, se vinculan por un elemento perceptible, es decir, físico, como los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico; por lo que, a estos Arts. (21º y 195º inc. 8) los podemos agrupar según esa “materialidad”, denominando a este primer grupo de derechos culturales como derechos culturales materiales.

Luego, de los Arts. 89º, 190º y 195º, inc. 8, se puede inferir la protección de la denominada “identidad cultural”, entendida esta como “el rasgo fundamental de las personas en comunidad, los grupos, los pueblos y las naciones, según se señalará en las comentadas Conferencias de Políticas Culturales de México y Bogotá. El derecho a la identidad cultural en tanto derecho del individuo –o de un grupo– a definirse, a manifestarse y a participar en la vida colectiva de acuerdo con un conjunto particular de referencias culturales, comienza así a delinearse como un nuevo derecho cultural, principalmente en los casos de los pueblos indígenas y de las minorías” (Harvey, 2008, p. 9). Dicha identidad que se recrea y usa según ciertas formas, como veremos más adelante; atribuyéndose directamente a este grupo de Arts. (89º, 190º y 195º, inc. 8) la cultura como un valor inmaterial, denominándolos por la misma razón derechos culturales inmateriales.

Además, los Arts. 14º, 17º, 18º, 19º, 50º, 195º, inc. 8, se vinculan directamente al definir la educación, sus niveles y su importancia en el desarrollo del Estado, expresando claramente que la cultura es parte del proceso educativo, así como el conjunto de destrezas inherentes a ella, como las artes, investigación científica, técnica, tecnológica, profesional, formación moral, ética, cívica, religiosa, educación física, deporte y demás práctica de humanidades. Lo cual nos lleva a determinar que estos Arts. (14º, 17º, 18º y 19º) cuentan con un elemento común cognoscitivo, por lo que a este tercer grupo de derechos culturales les llamaremos derechos culturales de interés cognoscitivo.

De dicha clasificación se puede inferir un contenido esencial para cada grupo de derechos culturales propuestos, teniendo así:

A. *Derechos culturales materiales*

Son los derechos que regulan los objetos culturales materiales, siendo los que en su constitución, muestran un aspecto material, físicamente perceptibles, y cuentan con una apreciación valorativa, es decir, cuentan con un sentido espiritual que apunten en forma positiva a una apreciación axiológica, pudiendo ser estos objetos culturales materiales: muebles, así como inmuebles.

– **Objetos culturales materiales muebles**

A grandes rasgos, comprenden todos los objetos movibles que contengan en sí mismos la plasmación de un valor realizado por el hombre, en su interacción histórica, religiosa, etnológica, artística, antropológica, tradicionalista, científica, tecnológica y toda cualidad apreciativa axiológica razonable. Ejemplo: la pieza de orfebrería “Tumi”; un huaco retrato, los kipus, una moneda de plata –medio dino– de 1890, etc.

– **Objetos culturales materiales inmuebles**

Comprende de manera no limitativa, los edificios, obras de infraestructura, ambientes y conjuntos monumentales, centros históricos y demás construcciones, o evidencias materiales resultantes de la vida y actividad humana urbanos y/o rurales, aunque estén constituidos por bienes de diversa antigüedad o destino, y tengan valor arqueológico, arquitectónico, histórico, religioso, etnológico, artístico, antropológico, paleontológico, tradicional, científico o tecnológico, su entorno paisajístico y los sumergidos en espacios acuáticos.

De igual manera, comprende los hechos geográficos y formaciones naturales que cuentan con un valor artístico, religioso, costumbrista, folclórico, etc., y demás elementos que estén íntimamente ligados a la cosmovisión e identidad étnica, social e histórica de un determinado grupo humano desarrollado íntimamente alrededor de estos hechos geográficos o formaciones naturales, los cuales son indispensables para el desarrollo de sus pueblos tanto en su esfera económica, sentimiento de nacionalidad y espiritualidad; entendiendo que estos bienes son inherentes a estos asenta-

mientos humanos. Ejemplo de ello es el nevado del Misti para los ciudadanos de Arequipa, Dicho nevado es inherente a la identidad cultural de los arequipeños, y desde época ancestral, ha servido a sus primeros pobladores como fuente de inspiración y explicación espiritual para sus religiones precolombinas. En la actualidad, es fuente de ingresos económicos debido a su fuerte interés turístico. Por lo que es un sentir, que ningún ciudadano arequipeño se podría imaginar a su ciudad sin el imponente nevado del Misti, así como se expresa en el yaraví melgariano:

“(…) ¿Quién ha visto aquel volcán
todo cubierto de nieve?
que aparenta frialdad
aunque por adentro queme. (…)”⁽¹¹⁾

Teniendo a consideración que estos bienes culturales tanto materiales muebles e inmuebles, son regulados para disfrute, culto y estudio del hombre; se debe entender que su razón de existir responde a que el hombre por medio de ellos puede introvertirlos a la esfera más íntima de su ser, es decir, a su espiritualidad, identidad, valores, creencias, culto, técnica, historia, folclore, cosmovisión, estudio y demás elementos propios; por lo tanto que el hombre entre en contacto con estos objetos culturales materiales, está condicionado a que estos existan, siendo esta existencia precepto básico que fundamentan la razón de ser de los objetos. Consecuentemente el contenido esencial del derecho fundamental a la cultura, entendido como los *derechos culturales materiales*, en cuanto regulan los *objetos culturales materiales muebles e inmuebles* será la existencia misma de estos objetos. Así:

Ejemplo uno.- En el año 1959 se inició una campaña internacional de recaudación de fondos para salvar los monumentos de *Abu Simbel*, ya que algunos de ellos estaban en peligro de desaparecer bajo el agua, como consecuencia de la construcción de la presa de Asuán. Así comenzó en 1964 el

⁽¹¹⁾ **Cancionero, “El volcán”.** - Yaraví melgariano de tradición popular - S. XIX. Primera estrofa de versión transcrita por Francisco Mostajo en artículo publicado en *El Pueblo* (Arequipa 31 ene. 1951). Mostajo señala que este yaraví de autoría anónima se hizo popular en Arequipa con el añadido de una estrofa poética de Trinidad Pacheco Andía (1835-1915), estrofa que pertenecía a su vez a un yaraví suyo publicado en *Mistura para el bello sexo* - segunda serie (este cancionero se publicó en varias ediciones en Arequipa entre 1865 y 1893). Consultado el 01.05.2014. <http://canteradesonidos.blogspot.com/2011/08/dos-ofrendas-discograficas.html>

rescate del templo por un equipo multinacional de arqueólogos, ingenieros y operadores de equipo pesado que trabajaron juntos bajo el estandarte de la UNESCO. Entre 1964 y 1968, todo el sitio fue cuidadosamente partido en grandes bloques (de un promedio de 20 toneladas y un máximo de 30 toneladas cada uno), desmantelado, elevado y reensamblado en una nueva ubicación 65 metros más alta y 200 metros más lejos del río. (UNESCO, Monumentos de Nubia, desde Abu Simbel hasta Philae).

Conservándose la existencia del complejo monumental detallado. Así, en el presente ejemplo, se cumple la regla de que el núcleo duro, o contenido esencial de este tipo de derecho fundamental del hombre es la existencia en sí misma del objeto material para su disfrute.

B. *Derechos culturales inmateriales*

Son los que forman el patrimonio inmaterial de la nación, las creaciones de una comunidad, fundadas en las tradiciones, expresadas por individuos de manera unitaria o grupal, y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad, como expresión de su identidad, además de los valores transmitidos oralmente, como idiomas, lenguas y dialectos autóctonos, el saber y conocimiento tradicional, ya sean artísticos, gastronómicos, medicinales, técnicos, folclóricos o religiosos, los conocimientos colectivos de los pueblos y otras expresiones o manifestaciones que en conjunto forman la diversidad cultural.

Cabe apreciar en este punto, que existen ciertos bienes u objetos que siendo materiales son percibibles rápidamente dada su codificación genética, biológica y química, además que su protección y existencia son para el consumo y goce directo de las personas. Quizás esta sea la razón probable por la cual, a manera de constituir una presunción jurídica, *se los consideraría* dentro de esta división de inmateriales. Tales bienes u objetos vendrían a ser las plantas y ciertos animales, los cuales merecerían contar con el “título cultural”, debido a su desarrollo histórico, ritualístico, folclórico, etc., junto al lado del hombre, lo mismo que es concordantemente con la Ley N° 28477⁽¹²⁾. Ejemplo de ellos son la papa amarilla, la quinua, el cuy, la alpaca

⁽¹²⁾ Ley que declara a los cultivos, crías nativas y especies silvestres usufructuadas **patrimonio natural de la nación**.

y la llama. Asimismo, la Sentencia de los Expedientes acumulados Nros. 20-2005-PI/TC y 21-2005-PI/TC, postula acertadamente que las plantas son “patrimonio cultural inmaterial” (CONSTITUCIONAL, 2005)⁽¹³⁾, concordante con lo ya expresado anteriormente.

Generalizando, teniendo a consideración que estos bienes culturales inmateriales, son regulados para disfrute, culto y estudio del hombre; se debe entender que su razón de ser responde a que el hombre por medio de ellos pueda disfrutarlos y recrearlos según sus mismas formas, respetando su espiritualidad, identidad, valores, creencias, culto, técnica, historia, estudio y demás elementos imbricados que cuentan estas creaciones. Por lo tanto, para que el hombre entre en contacto con estas formas inmateriales, estas están condicionadas a que sean usadas o recreadas, siendo este uso o recreación el precepto básico que fundamenta la razón de ser de estas formas inmateriales. Consecuentemente el *contenido esencial*, del *derecho fundamental a la cultura* entendido este como los *derechos culturales inmateriales*, en cuanto regulan *las formas inmateriales* será el *uso u recreación (volver a crear)* de estas mismas formas.

Ejemplo de ellos son los siguientes:

- La Danza de las Tijeras, proclamada por la UNESCO como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad.
- La danza de la Marinera, proclamada el 30 de enero de 1986 como Patrimonio Cultural de la Nación.
- La melodía de El Cóndor Pasa; entre otros.

C. *Derechos culturales de interés cognoscitivo*

Son los derechos o libertades que declaran la creación, difusión y protección de toda facultad o disposición a favor del hombre, para que este se

⁽¹³⁾ En su parte resolutoria, en su numeral 4, refiere: “Exhortar al Congreso de la República, de conformidad con el Fundamento 111, *supra*, a incluir, en el más breve plazo posible, a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional.”

desarrolle atendiendo humanísticamente su desarrollo en el cual, el hombre es un fin en construcción, siendo los conocimientos y disfrute de las artes, técnica, literatura, música, ciencias, filosofía, etc., los elementos para que el hombre alcance conocimiento y pulcritud, lo cual le será útil e imbibito a su desarrollo educativo, social, intelectual, espiritual, etc. Concordante este tipo de derecho cultural a las definiciones que *cultura* tomó en su desarrollo histórico, así como de las concepciones universalistas y diferencialistas.

Teniendo a consideración que estos derechos y libertades, declaran la facultad de acceder a las ciencias de criterio humanístico; se debe entender que su razón de ser responde a que el hombre por medio de ellos pueda crecer y desarrollarse haciendo uso de los conocimientos que lo conducirán a un perfeccionamiento continuo, acorde con la dignidad, que como fin supremo la Constitución brinda protección, por lo tanto, estos derechos y libertades concretan su eficacia tan sólo con no limitar ni prohibir su desarrollo o expectativa. Así, el derecho fundamental a la cultura entendido como los *derechos culturales de interés cognoscitivo* tienen su núcleo duro o *contenido esencial* en la *expectativa u interés* que el hombre tenga de hacer uso de las artes, doctrinas, filosofías, conocimientos humanistas, etc., a fin de interiorizarlos en favor de su desarrollo.

Cítense como ejemplos:

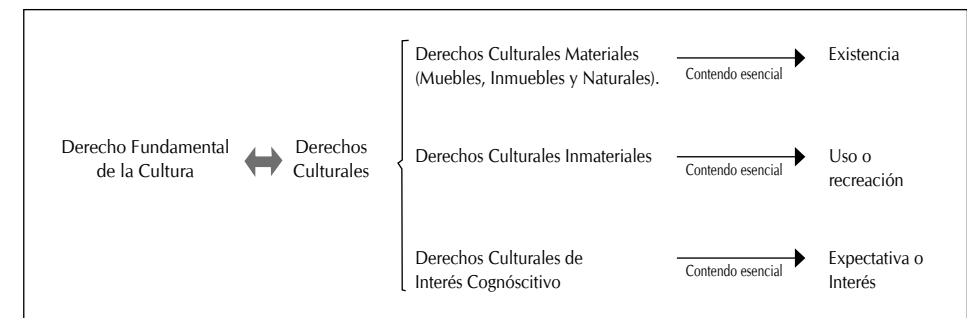
- La libertad de aprender a hablar quechua, aimara, griego coíné, ruso, latín u otro idioma.
- La libertad de estudiar la literatura del zen, Ramayana y la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino.
- La libertad que cualquier persona tiene de aprender a tocar piano, violín, gaita, quena, pututo, etc.
- La libertad de investigar la cosmovisión de los grupos humanos andinos asentados en los alrededores de los lagos ubicados en cabecera de cuencas del Perú.

Dejándose constancia que estos *derechos culturales de interés cognoscitivo* dependen directamente, siendo inmanentes al desarrollo de las dos primeras clases de derechos culturales (materiales e inmateriales), evidenciándose

obviamente la cualidad de *universales, indisociables e interdependientes*⁽¹⁴⁾. Así, por ejemplo:

- El *derecho cultural de interés cognoscitivo* de hablar quechua dependerá de que este idioma quechua se pueda *recrear y/o usar*. Dado que el quechua es un derecho cultural inmaterial.
- El *derecho cultural de interés cognoscitivo* de estudiar la literatura de la Suma Teológica, dependerá de que este libro *exista*, pues el libro en mención es un objeto, que por sus cualidades, el hombre será receptivo, así éste ejercerá sobre el objeto, sus derechos culturales materiales muebles.
- El *derecho cultural de interés cognoscitivo* de investigar la cosmovisión de los grupos humanos andinos asentados alrededor de lagos y lagunas ubicadas en cabeceras de cuencas del Perú, dependerá de que estos lagos *existan*, dado que los lagos y lagunas en mención, son objetos que según sus cualidades históricas, antropológicas, místicas, folclóricas, etc., son atribuibles a la relación con los hombres que se desarrollan a sus alrededores, clasificando a estos lagos y lagunas dentro de los derechos culturales materiales inmuebles.

Consecuentemente, se tendría una estructura del derecho fundamental de la cultura con los contenidos esenciales propuestos según los tipos de derechos culturales. (Ver gráfico)



(14) UNESCO, Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (DUDC), Art. 5º.

Finalmente, todos los derechos culturales en cuanto a sus objetos, deben contar con un tratamiento por el cual se determine si cuenta o no con su carácter cultural. Dicho tratamiento debe ser realizado con base en un filtro axiológico positivo, ejemplo de ello es la Sentencia en el Exp. N° 042-2004-AI, en la cual el Tribunal Constitucional, refiriéndose a los espectáculos taurinos, otorga un examen y establece criterios para determinar su culturalidad⁽¹⁵⁾ (TC PERU, 2005), pudiéndose extender este criterio y complementarlo para catalogar el factor cultural de nuestra propuesta de “derechos culturales”. Referida calificación debería estar a cargo de un órgano independiente y de jurisdicción total, por ejemplo, el Ministerio de Cultura (como en el derecho y del hecho de nuestra realidad nacional es); así se tendría:

⁽¹⁵⁾ Texto original del examen recomendado por el TC, para calificar la culturalidad de los espectáculos taurinos:

- a) El contenido del espectáculo debe estar estrechamente vinculado con los usos y costumbres que comparte la comunidad nacional, regional o local y que estén vigentes al momento de realizar tal calificación no pudiendo admitirse que el contenido afecte derechos fundamentales reconocidos por la constitución, como aquellos que promuevan, directa o indirectamente, actos de crueldad y sacrificio innecesario de animales.
- b) El costo del espectáculo debe ser accesible a la mayor parte de la población, en caso contrario, no deberá ser calificados como “culturales”.
- c) Los espectáculos no deben transmitir mensajes en contra de valores superiores tales como la dignidad de las personas, la vida, la igualdad, ni tampoco mensajes que inciten a la violencia contra personas o animales.
- d) Para ser calificados como “culturales”, los espectáculos deben realizar un aporte concreto al desarrollo cultural, para ese fin, el Instituto Nacional de Cultura deberá evaluar e identificar cuál es el aporte del espectáculo, sobre todo, en el ámbito educativo, científico o artístico.

La mencionada sentencia, también se pronunció respecto del rol del Estado como promotor de las manifestaciones culturales; así se establece que el Estado tiene el deber constitucional de respetar y promover las manifestaciones culturales; así también no deberá avalar aquellas manifestaciones culturales que vulneren los derechos fundamentales y los principios constitucionales; y prosigue en cuanto al caso materia de dicha sentencia que: (...) “los espectáculos taurinos a criterio del tribunal no pueden ser considerados como manifestaciones culturales por cuanto afectan el derecho fundamental a la tranquilidad y bienestar de las personas que se interesan por la protección de los animales, y asimismo, no son espectáculos que conlleven acrecentar o fomentar el bagaje cultural de la población, poniendo en manifiesto en su fallo lo señalado por la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura; manifestando además que la UNESCO que se ha pronunciado en contra de este tipo de espectáculos.

- a) Los objetos de los derechos culturales deben estar estrechamente vinculados con los usos y costumbres que comparte la comunidad nacional, regional o local y que estén vigentes al momento de realizar tal calificación no pudiendo admitirse que el contenido afecte derechos fundamentales reconocidos por la constitución, como aquellos que promuevan, directa o indirectamente, actos de crueldad y sacrificio innecesario de animales.
- b) El costo de los espectáculos, referidos a los objetos de los derechos culturales inmateriales, debe ser accesible a la mayor parte de la población, en caso contrario, no deberán ser calificados como “culturales”.
- c) Los espectáculos, referidos a los objetos de los derechos culturales inmateriales, no deben transmitir mensajes en contra de valores superiores tales como la dignidad de las personas, la vida, la igualdad, ni tampoco mensajes que inciten a la violencia contra personas o animales.
- d) Los objetos de los derechos culturales, para ser calificados como “culturales”, deben realizar un aporte concreto al desarrollo cultural, para ese fin, se deberá evaluar e identificar cuál es el aporte sobre todo, en el ámbito educativo, científico, artístico, filosófico, folclórico, musical, literario, paisajístico, costumbrista, religioso, etc.

VIII. Conclusiones

- La amplitud de la definición del derecho a la cultura es resultado de un proceso histórico con base en el tratamiento de la cultura en distintas épocas, además dicha amplitud es adoptada por el Derecho después de haber sido adoptada por otras ciencias sociales como la Antropología.
- Dado que en la Constitución Política del Perú, el derecho fundamental a la cultura se encuentra en el Artículo 2º, numeral 8, conjuntamente con el derecho a la propiedad intelectual; y este por sí solo no enmarca la definición del derecho a la cultura. Se tiene que entender que su delimitación se complementa con las leyes que tratan la cultura, y con los demás derechos constitucionales que enuncian a la cultura, los cuales constituyen los *derechos culturales*.

- Todo derecho fundamental cultural cuenta con un contenido esencial, sin embargo, para que sea considerado así, su objeto (ya sea material, inmaterial o de interés cognoscitivo) debe tener una carga axiológica positiva.
- La presente propuesta de tratar al derecho fundamental a la cultura como sinónimo de “derechos culturales” a efectos de constituirle un contenido esencial, puede ser la respuesta a la tendencia mundial que el campo jurídico realiza cuando estudia y desarrollando las figuras de “la interculturalidad” y “pluriculturalidad”, así, dichos conceptos cobran vigor, se estructuran y pueden regular según objetos comunes (ya sea material, inmaterial o de interés cognoscitivo) de todos los Estados.
- Entiéndase a todos los derechos culturales como derechos subjetivos, así, cuando los tratamos debemos tener en claro que su eficacia y desarrollo se da a favor del hombre.
- Se advierte que todo derecho cultural devenido del derecho fundamental a la cultura, cuenta con un *núcleo duro* al momento que lo ubiquemos por sus características en las divisiones de los derechos culturales (materiales, inmateriales o de interés cognoscitivo); sin embargo, de su aplicación en el futuro, se podría observar ciertas zonas grises, donde confluyan o se intersecten ciertos objetos culturales, como un objeto cultural que comparta características de pertenencia entre objetos estudiados por los derechos culturales inmateriales y los derechos culturales de interés cognoscitivo; ante esta situación, se debiera optar por hacer uso de una presunción jurídica a fin de colocarlo en un grupo.

IX. Lista de referencias

- ARROYO YANES, L. (junio de 2006). *Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación*. Consultado el 13.05.2014, de Dialnet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2150795>
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. (enero de 2010). *El Derecho a la Cultura como Derecho Fundamental*. Consultado el 15.05.2014, de Centro de Estudios de Iberoamérica: https://www.urjc.es/ceib/investigacion/publicaciones/REIB_04_10_Veronique.pdf

- CONSTITUCIONAL, T. (27 de setiembre de 2005). *Sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú*. Consultado el 19.05.2014, de Expedientes Acumulados Nros. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%200021-2005-AI.html>
- ETO CRUZ, G., *El Tribunal Constitucional Reescribe el Derecho*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- FERREYROS CASTAÑEDA, M., *La Constitución Comentada*, Vol. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- GARCÍA TOMA, V., *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Jurista Editores, Lima, 2008.
- HARVEY, E. R. (5 de mayo de 2008). *Los Derechos Culturales: Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales*. <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/Discussions/May2008/EdwinRHarvey.pdf>. Consultada el 17.05.2014.
- LÓPEZ HURTADO, M. y VALENTÍN RUIZ, F., *Derecho y cultura: En torno a una definición y nexos de unión*, 2011. <http://eprints.ucm.es/16027/> Consultado el 15.05.2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (13 de abril de 2005). *Exp. N° 0042-2004-AI/TC*. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html> Consultado el 18.05.2014.
- SILVA SANTISTEBAN, F. (5 de marzo de 2006). *Conceptos tradicionales y nuevos enfoques*. http://www.lainsignia.org/2006/marzo/dial_001.htm. Consultada el 17.05.2014.
- SMITH, J., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Vol. V, Driskillsa, México, 1986.
- UNESCO (6 de noviembre de 2001). *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*. http://portal.unesco.org/es/ev.phpurl_id=13179&url_do=do_topic&url_section=201.html . Consultada el 18.05.2014.
- UNESCO (s/f). *Monumentos de Nubia, desde Abu Simbel hasta Philae*. <http://whc.unesco.org/es/list/88>. Consultado el 19.05.2014.