

| ARTÍCULO

## El derecho humano a la creación artística más allá de las identidades colectivas: una propuesta propedéutica

## The human right to artistic creation beyond collective identities: a propaedeutic proposal

Mikel Díez Sarasola  
Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas y del Pensamiento Político  
Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación  
Universidad del País Vasco EHU/UPV  
<https://orcid.org/0000-0001-9233-1496>

Fecha de recepción 28/12/2021 | De aceptación: 19/04/2022 | De publicación: 06/06/2022

### RESUMEN

El propósito de esta reflexión es la de analizar el contenido del derecho humano a la creación artística de los individuos per se, independientemente de que su obra pueda enmarcarse dentro de las manifestaciones culturales propias o características de una determinada identidad colectiva. Igualmente, el trabajo trata de responder a la cuestión acerca de si las condiciones materiales de los artistas deben verse satisfechas por el mercado o si es predicable algún tipo de deber por parte de los poderes públicos que garanticen la existencia de creadores artísticos libres y con ello la emancipación del individuo y el carácter plural y democrático de una sociedad.

### PALABRAS CLAVE

Derechos culturales; Derecho a la creación artística; Emancipación individual; Derechos asistenciales de los artistas.

### ABSTRACT

The purpose of this reflection is to analyze the content of the human right to artistic creation of individuals per se, regardless of whether their work can be framed within the cultural manifestations or characteristics of a particular collective identity. The paper also attempts to answer the question of whether the material conditions of artists should be satisfied by the market or whether some kind of duty on the part of the public authorities to enable the emancipation of the individual and the plural and democratic nature of a society.

### KEY WORDS

Cultural rights; Right to artistic creation; Individual emancipation; Artists' welfare rights.

**Sumario:** 1. Introducción. El desarrollo inacabado de los derechos culturales y el derecho a la creación artística; 2. La dimensión individual del derecho a la creación artística dentro de los derechos culturales: significado y alcance; 3. El tratamiento de los derechos culturales en las normas internacionales sobre derechos humanos y su categorización taxonómica; 4. La definición jurídica de lo artístico desde la perspectiva del Derecho; 5. Aproximación al contenido del derecho humano a la creación artística, sus componentes discursivos y políticos; 6. Conclusiones

## 1. Introducción. El desarrollo inacabado de los derechos culturales y el derecho a la creación artística

En su celebrada obra *El malestar en la cultura*<sup>1</sup>, el filósofo y psicoanalista SIGMUND FREUD describía un panorama desolador para la felicidad humana. La felicidad no es un estado al alcance de la mano del ser humano, decía el fundador de la escuela del psicoanálisis, y ello es debido a los males congénitos que irremediablemente asolan la vida de todos los mortales conduciéndoles a su inevitable extinción. Ante este trágico destino en el que nos coloca nuestra propia naturaleza, el célebre pensador austriaco sugería la existencia de remedios parciales que, de alguna manera, podrían atenuar nuestra desazón vital. En este sentido, junto a lo que denominaba “distracciones poderosas” (cuidar nuestro jardín o, disfrutar de la producción cultural en todas sus formas) o el uso de “narcóticos” y otras sustancias que nos permiten evadir nuestra conciencia, Freud invocaba el arte, la creación artística (también científica) como aquella sublimación de los instintos que proporciona un tipo de satisfacción más noble y elevada y que nos permite alcanzar un estado cercano a la buscada felicidad.

A diferencia de lo que sucede con la posibilidad de recurrir a diferentes sustancias o actividades que nos distraigan del drama vital al que estamos abocados los mortales, Freud dirá que la creación artística y científica es una virtud que pocas personas poseen y que, desde luego, no está al alcance de cualquiera. Por lo tanto, podemos afirmar que la creación artística es una actividad notablemente intrincada en el bienestar de los seres humanos. Una actividad, la artística, que además, tiene un impacto de doble alcance: en primer lugar, en las personas que, trascendiéndose a sí mismas, crean y comunican de una manera sublime más allá de los medios y símbolos de comunicación que empleamos el resto de los seres humanos y; en segundo lugar, en las personas que disfrutan de la creación cultural

---

<sup>1</sup> FREUD, S., 2007. *El malestar en la cultura*. Madrid, 6.ª ed., Alianza Editorial, 2017, pp.1-334.

de los artistas, gracias a los cuales, son capaces de desarrollar una sensibilidad, una comunicación y un entendimiento del mundo genuinamente humanos.

Vistas así las cosas y su indudable aportación al bienestar humano y al bien común, resultaría esperable que la creación artística, como una expresión genuinamente humana, ocupara uno de los principales rangos en su traslación al mundo del Derecho, que fuera el objeto de uno de los bienes jurídicos que contara con más amplios y eficaces mecanismos jurídicos para su protección, tutela y promoción, y que contara con un decidido apoyo y reivindicación social y ciudadana a favor de su efectiva implementación y aplicación. No obstante, en términos generales, podemos certificar que la realidad de nuestras leyes y del Derecho Internacional no ha dotado a la creación artística y cultural del rango y del tratamiento que le debiera corresponder a la vista de la función antropológica y política que juega la misma en el desarrollo humano ni en su capacidad cognitiva.

Si bien los derechos culturales han sido elevados a la consideración de derechos humanos por algunos instrumentos legales internacionales, lo han sido sobre todo en su vertiente instrumental, en su dimensión mediata como derecho que posibilita la materialización de otros bienes jurídicos y metas del legislador distintos a la creación artística en sí misma considerada. En este sentido, la suerte de la creación artística como bien jurídico y como derecho ha estado estrechamente ligada y supeditada a la realización de otros derechos y bienes jurídicos, como la libertad de expresión o la identidad colectiva de un pueblo, derechos que no agotan en ningún caso los contornos y los fines específicos del derecho a la creación artística en su sentido amplio y general. En estos términos, la creación artística tiene *per se* un valor y una función social en el desarrollo de las personas y de la sociedad, los cuales la hacen merecedora de ser calificada como un bien jurídico que debe ser protegido y promocionado por los poderes públicos. Por otra parte y frente a visiones que contemplan la cultura como una realidad heterónoma, es decir, como parte de la metaestructura en términos de análisis marxistas (la cultura no sería sino *el reflejo de las relaciones de producción*), este trabajo parte de valorar la creación artística como un ejercicio y una manifestación relativamente independiente que puede reflejar como ningún otro medio, la libertad, la autoconciencia y la dignidad de los seres humanos<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> BRONCANO, F., *Cultura es nombre de derrota: Cultura y poder en los espacios intermedios* Salamanca, Editorial Delirio, pp. 21-22. El autor señala que frente a los partidarios de la autonomía de la cultura y los de su heteronomía, la disciplina más reciente conocida como los Estudios Culturales da cuenta de la relación interactiva entre la cultura y la sociedad y de cómo se modelan recíprocamente.

Por lo tanto, podemos afirmar que, si los derechos culturales no han sido desarrollados con el detalle que resulta preciso, el derecho a la creación artística, entendido como aquel que engloba los derechos que asisten a las personas creadoras, ha sido el gran olvidado de esta categoría de derechos. El derecho a la creación artística no ha contado ni con la explicitación normativa ni con la atención precisa para su adecuada protección y tratamiento. Esta eventual falta de consideración desde el ámbito jurídico no es atribuible exclusivamente a una cuestión de priorización política del legislador nacional e internacional que hubiera atendido de manera preferente otras cuestiones de la realidad social y política, tampoco los operadores jurídicos ni la doctrina se han preocupado de dotar a este bien jurídico de un análisis y de unos contornos legales y garantistas al nivel que su función en la sociedad y en la vida de las personas le hacen merecedor.

Son varias las razones que explican esta aparente negligencia por parte del mundo jurídico sobre el derecho de creación artística. En primer lugar, es preciso señalar el carácter poliédrico y complejo de los derechos culturales donde se insertaría el derecho a la creación artística: mientras que se trata de un derecho que apela especialmente, pero no sólo, a los poderes públicos a respetar y a proteger una esfera de libertad en torno al proceso artístico sin interferencias indebidas, el derecho a la creación artística también englobaría una obligación y un deber de promover y garantizar las condiciones para que los mismos se hagan efectivos, unas obligaciones que se encuadran en la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>3</sup> y que resultan predicables principalmente –pero no sólo- respecto de los Estados.

En segundo lugar, debemos referirnos a las dificultades que arrastra la conceptualización y definición del arte y de lo artístico, en especial en tiempos de un cierto relativismo -también o, sobre todo, artístico y estético- en que vivimos, donde las certezas y los cánones estéticos y conceptuales clásicos a propósito de lo que cabría entender como bello o artístico, han dejado paso a una mayor complejidad conceptual; una complejidad, la que atañe a su definición, que se compadece mal con el mundo de certezas que reclama para sí el Derecho, una complejidad que, en cualquier caso, no puede implicar una renuncia a acotar la realidad artística como bien jurídico, sino que, nos interpela a reconsiderar tanto el significado de la creación artística, como el de la función social y psicológica que desempeña el arte en sus relaciones con el individuo y las sociedades postmodernas.

---

<sup>3</sup> ALSTON, P., Y QUINN, G., 1987. "The nature and scope of states parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights." *Hum. Rts. Q.*, 1987, vol. 9, pp. 156-183.

Siendo consciente de que la resolución de muchos de los interrogantes que se plantean requiere de una mayor profundización y análisis del que ofrece la extensión y la naturaleza de esta reflexión, las líneas que se exponen a continuación pretenden ser una contribución que se sume a otras en la dirección de ir cubriendo ese déficit de atención al que se ha visto sometida la cultura y la creación artística como bien jurídico.

Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es realizar un acercamiento al derecho humano a la creación artística, entendida ésta como la actividad llevada a cabo por los seres humanos y que resulta generadora de nuevos contenidos artísticos. En particular, se trata de identificar si es predicable algún tipo de deber de prestación positiva<sup>4</sup> hacia la actividad artística y hacia las personas creadoras de la sociedad y, en tal caso, cuáles son las actividades y obras artísticas merecedoras de correlativos deberes asistenciales positivos.

Como consideración previa, se hace preciso señalar que se parte de un concepto de creación artística en su dimensión individual, cuyo objeto es la protección de aquellas personas creadoras y obras que no están necesariamente vinculadas a ninguna identidad colectiva en concreto ni son manifestaciones culturales de las expresiones culturales tradicionales o formalmente características de un pueblo o de un colectivo humano determinado. En este sentido, se propone una conceptualización teleológica del régimen de los derechos humanos para destacar la dimensión individual del derecho a la creación artística dentro de los derechos culturales lo cual implica, no solo la protección de la creación artística en tanto en cuanto es manifestación de la identidad colectiva de un pueblo o comunidad cultural sino, también y sobre todo, la de los creadores que sitúan su obra en una distancia a veces incluso crítica del patrón cultural hegemónico de la sociedad o del colectivo al que pertenecen. Tras esta importante consideración a efectos del análisis propuesto, la primera tarea que debemos abordar es la de explorar si dentro del régimen de los derechos humanos se contempla una protección específica a esta particular actividad.

En segundo lugar, y ante la constatación de que no existe un derecho que explícitamente se refiera al derecho a la creación artística como un derecho humano y conscientes de que el proceso de creación

---

<sup>4</sup> Nótese que a la hora de determinar a quién le corresponde el deber asistencial correlativo al derecho positivo a la creación artística no se menciona al Estado ya que se considera que ello dependerá de determinados factores que son objeto de “considerables variaciones locales y temporales”. A este respecto *vid.* TASIOLAS, J., “La realidad moral de los Derechos Humanos.” *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, nº 4, p. 58.

artística no se garantiza a partir de un mero derecho negativo sino que requiere de una serie de condiciones materiales y jurídicas que posibiliten el proceso creador, se desgrana el contenido y el carácter complejo de los denominados derechos culturales en los que se ubica, en su caso, la creación artística. Lejos de lo que se podría pensar en un primer momento, no se trata de una actividad meramente descriptiva de lo establecido respecto de los derechos culturales en nuestras fuentes positivas, sino que se propone una taxonomía sistemática, integral y coherente de los múltiples derechos y libertades que se engloban dentro de los derechos culturales y que responden a realidades, aspiraciones y bienes jurídicos notablemente diferentes.

En tercer lugar, y plenamente conscientes del carácter aún extrajurídico de la realidad creativa y artística y de las dificultades que ello plantea, el trabajo lleva a cabo una aproximación de lo que cabe entenderse por arte, por contenidos artísticos merecedores de ser objeto del derecho a la creación artística, ya que desde el Derecho no podemos renunciar a definir qué tipo de actividad creativa y qué tipo de manifestaciones artísticas sean las integrantes de un supuesto derecho humano a la creación artística exigible a los poderes públicos. Lo contrario podría conllevar una inadmisibile discrecionalidad de los poderes públicos a la hora de decidir qué procesos de creación artística sean merecedores de la prestación positiva y cuáles no.

Pertrechados con estos presupuestos previos, en cuarto y último lugar, analizaremos en detalle el alcance de un presunto deber positivo hacia la actividad artística en sentido propio, es decir, considerando la actividad creativa como un bien jurídico y un fin deseable en sí mismo. Por último, el presente trabajo presenta unas conclusiones que, además de mostrar las dificultades en la definición de los contornos del derecho a la creación artística, denuncian una cierta negligencia en el tratamiento de la creación artística como bien jurídico y abogan por un derecho a la creación artística que no puede estar al albur de los mandatos y de la dinámica del mercado.

## **2. La dimensión individual del derecho a la creación artística dentro de los derechos culturales: significado y alcance**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>5</sup> (DUDH), adoptada tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial, constituye el hito principal del reconocimiento, positivización y protección

---

<sup>5</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su (Resolución 217 A (III)).

de los derechos humanos a nivel global. No obstante, muchas voces remiten el origen intelectual y filosófico de la conceptualización de los derechos humanos a los orígenes de la Ilustración, principalmente a los trabajos de John Locke y su concepción de los derechos naturales, así como a los autores de la Ilustración francesa como Montesquieu, Rousseau o Voltaire entre otros, cuyas nociones de autonomía y libertad individual frente al Estado se consideran elementos fundamentales de la formulación de los derechos humanos<sup>6</sup>. Algunos autores contemporáneos mantienen hoy en día la consideración de los derechos humanos como una manifestación moral de los derechos naturales inherentes del individuo pero temporalmente limitados a un contexto histórico específico, el del mundo social sujeto a las condiciones de la modernidad<sup>7</sup>. Asimismo, siguiendo esta línea que vincula los derechos humanos al contexto social e histórico en el que surge, se mencionan en el ámbito político las Revoluciones Americana de 1776 y la Francesa de 1789 como dos hitos sin los cuales sería difícil entender la posterior conceptualización de los derechos humanos<sup>8</sup>.

La filosofía subyacente al régimen de los derechos humanos en la versión formulada en nuestra época afirma dos principios fundamentales del liberalismo occidental: en primer lugar, los derechos humanos contemplan al individuo como la unidad moral fundamental de toda la arquitectura de derechos y, en segundo lugar, que todos los seres humanos son moralmente iguales<sup>9</sup>. Estos dos principios parecen inferirse de manera expresa en el artículo 1 DUDH al manifestar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los derechos humanos serían por lo tanto, titularidad de todos los seres humanos en razón de su humanidad<sup>10</sup>. En efecto, en el contexto histórico y político de su surgimiento, los derechos humanos fueron concebidos como medios dirigidos a proteger a los individuos contra los excesos de los poderes políticos y del ejercicio tiránico del poder<sup>11</sup>.

Transcurridos más de 50 años desde la aprobación de la DUDH, el régimen de los derechos humanos y su desarrollo y aplicación práctica han sido objetos de diversas críticas. A los efectos de esta reflexión,

---

<sup>6</sup> ELLIOTT, M.A., "Human rights and the triumph of the individual in world culture." *Cultural sociology*, vol. 1, 2007, no 3, p. 343-363.

<sup>7</sup> TASIOLAS, J., "Human rights, legitimacy, and international law". *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, 2013, no 1, p. 1-25.

<sup>8</sup> HUNT, L.; "The paradoxical origins of human rights", en WASSERSTROM, J.N. et al. (eds); *Human Rights and Revolutions*, Nueva York, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, pp. 3-17.

<sup>9</sup> FREEMAN, M., "Are there collective human rights?". *Political Studies*, vol. 43, 1995, no 1, pp. 25-40.

<sup>10</sup> CRUFT, R, S. MATTHEW LIAO, S.M, RENZO, M eds. *Philosophical foundations of human rights*. Oxford University Press, 2015. p. 4.

<sup>11</sup> INGRAM, J.D., "The Revolutionary Origins of Human Rights: History, Politics, Practice". *Journal for Human Rights/Zeitschrift für Menschenrechte*, 2015, vol. 9, no 1. p. 9.

conviene detenerse en dos de las fuentes de crítica más importantes dirigidas al régimen de los derechos humanos. En primer lugar, algunos autores como ŽIŽEK<sup>12</sup> consideran que los derechos humanos contribuyen a perpetuar el *statu quo* de las fuerzas hegemónicas de la sociedad y de los Estados occidentales, proponiendo en todo caso y a través de los derechos humanos, un modesto programa de mejora y prevención de los peores abusos contra el ser humano, sin que ello suponga identificar y transformar las causas últimas de los mismos. En este sentido, estos autores critican la inexistente o escasa capacidad emancipatoria real de los derechos humanos en términos de justicia.

En segundo lugar, y en parte inspirado por la crítica al liberalismo formulada por la tradición comunitarista representada por autores como MACINTYRE<sup>13</sup>, se cuestiona el régimen de los derechos humanos plasmado en la DUDH por estar centrada excesivamente en el individuo y negar el reconocimiento de los derechos colectivos o de grupo, ignorando con ello el carácter social del ser humano, el cual no puede ser concebido como un ente abstracto y descontextualizado de su realidad social. De una manera resumida, los que defienden el eventual carácter colectivo de algunos derechos humanos<sup>14</sup> afirman que lo fundamentalmente importante para el ser humano se refiere a realidades positivas o negativas en relación a otros, la buena vida que las personas experimentan colectivamente, por lo que si se mantiene la consideración exclusivamente individual de los derechos humanos, estos derechos se mostrarán disfuncionales en relación con la realidad social de la condición humana<sup>15</sup>. Estas reivindicaciones en torno a los derechos de grupo suscitaron vigorosas discusiones sobre todo a partir de los años 90 del siglo pasado, cuando de manera paralela a la caída del modelo soviético y el desarrollo del capitalismo a escala global, tuvo lugar un resurgimiento de movimientos nacionalistas y étnicos que algunos autores han calificado de “revival étnico”<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> ŽIŽEK, S., “Against human rights”. *New left review*, 2005, vol. 34, p. 115-131. En este artículo el autor eslovaco considera engañosa la eventual universalidad de los derechos humanos. En la práctica política de nuestros días, los derechos humanos vendrían a enmascarar y legitimar una forma de imperialismo de Occidente. Desde una crítica a la instrumentalización de los derechos humanos desde el poder, *vid.* HINKELAMMERT, F.J., “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke”. *Pasos*, 1999, no. 85, pp. 20-35.

<sup>13</sup> MACINTYRE, A., *After Virtue: A Study in Moral Theory* [1981]. London: Duckworth, 2007.

<sup>14</sup> Entre otros, *vid.* FELICE, W.F. “The case for collective human rights: The reality of group suffering”. *Ethics & International Affairs*, 1996, vol. 10, pp. 47-61; Felice, W.F., *Taking suffering seriously: the importance of collective human rights*. Nueva York: Suny Press, 1996; ADDIS, A., “Individualism, communitarianism, and the rights of ethnic minorities”. *Notre Dame L. Rev.*, 1991, vol. 67, pp. 615-676.

<sup>15</sup> De esta manera lo resume Peter Jones en JONES, P., “Human rights, group rights, and peoples' rights”. *Human Rights Quarterly*, 1999, vol. 21, no 1, pp. 80-107. En esta obra el autor se muestra escéptico en relación al reconocimiento de los derechos humanos colectivos.

<sup>16</sup> BROWN, D., “Ethnic revival: perspectives on state and society”. *Third World Quarterly*, 1989, vol. 11, no 4, pp. 1-17. Desde una perspectiva filosófica el filósofo italiano GIACOMO MARRAMAO analiza de manera precisa la revalorización de identidades colectivas étnicas y la invención de “nuevas tradiciones” como una consecuencia de la globalización. MARRAMAO, G., *Pasaje a Occidente-Filosofía y Globalización*. Buenos Aires: Katz Editores, 2007.

Frente a los que desde una visión comunitarista o colectivista reivindican los derechos de grupo, los que defienden una visión liberal e individualista de los derechos humanos se oponen a que los derechos colectivos puedan constituir una categoría de derechos humanos<sup>17</sup>. Asimismo, existen otros autores que tratan de conciliar el carácter individual de los derechos humanos con la importancia del grupo o del colectivo para el ser humano y la necesidad de articular jurídicamente los intereses colectivos que, en ocasiones, trascienden la mera individualidad del ser humano<sup>18</sup>. Aunque la profundidad y el interés de este debate trasciende el alcance y el propósito de este trabajo, resulta importante destacar varias cuestiones para los propósitos del mismo: en primer lugar, que tal y como apuntan algunos de los autores citados<sup>19</sup>, en ocasiones se confunden los derechos colectivos *stricto sensu* de aquellos supuestos en que los derechos individuales se materializan en relación o en referencia a un grupo (p. ej. el derecho a afiliarse a un sindicato o a pertenecer a una confesión religiosa) o aquellos en que se menoscaban los mismos por la pertenencia del individuo a un grupo y que, por lo tanto, requieren considerar adecuadamente la realidad colectiva; en segundo lugar, tal y como exponen otros autores, algunos debates teóricos no reflejan en ocasiones una realidad de los hechos y de la práctica; una realidad fáctica donde las dimensiones individual y colectiva se acomodan y conviven sin grandes problemas ni conflictos entre las dimensiones individual y colectivas de los derechos.<sup>20</sup>

En cualquier caso, la resolución de los eventuales conflictos entre la dimensión individual y colectiva de los derechos dependerá en última instancia de la concepción teleológica que alberguemos sobre la naturaleza de los derechos humanos. En este sentido, si adoptamos la premisa de que los derechos humanos son derechos inherentes a los seres humanos que debieran propiciar su emancipación tanto en términos de reconocimiento como de redistribución<sup>21</sup>, parece razonable descartar cualquier aproximación apriorística a la hora de abordar los conflictos entre los derechos individuales y los derechos de grupo que pudieran surgir. Al contrario, será menester analizar con detenimiento las

---

<sup>17</sup> Entre otros, cabe citar a DONNELLY, J., *Universal human rights in theory and practice*. Cornell University Press, 2013; JONES, P., "Human rights, group rights, and peoples' rights". *Human Rights Quarterly*, 1999, vol. 21, no 1, p. 80-107.

<sup>18</sup> HOLDER, C.L., y CORNTASSEL, J.J., "Indigenous peoples and multicultural citizenship: Bridging collective and individual rights." *Human Rights Quarterly*, 2002, vol. 24, no 1, p. 126-151; KYMLICKA, W. *Liberalism, community, and culture*. Oxford University Press, 1991.

<sup>19</sup> En particular, JONES, P., (1999) *op. cit.*

<sup>20</sup> HOLDER, C.L., y CORNTASSEL, J.J. consideran en el contexto de los pueblos indígenas que la relación entre los derechos individuales y los derechos colectivos son interactivos y complementarios antes que conflictivos o en competición. HOLDER, C.L., y CORNTASSEL, J.J. (2002) *op. cit.* p. 129.

<sup>21</sup> Partiendo de la concepción bidimensional de la justicia de Nancy Fraser en FRASER, N.; HONNETH, A.; GOLB, J., *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Verso, 2003

realidades y los distintos intereses en juego en cada contexto para poder así estar en condiciones de proponer fórmulas jurídicas que permitan cumplir el objetivo fundacional último del régimen de los derechos humanos, es decir, garantizar la emancipación real y efectiva de todas las personas de la manera más adecuada en cada supuesto, lo que en ocasiones pudiera implicar el reconocimiento y la aplicación de derechos colectivos.

En este sentido, la cuestión acerca de la existencia y necesidad de los derechos colectivos se ha puesto de manifiesto en la mayoría de las ocasiones en relación a los derechos de las minorías étnicas, culturales, religiosas y/o nacionales y las condiciones tanto materiales como simbólicas para su mantenimiento y su supervivencia. De hecho, uno de los antecedentes directos del régimen actual de los derechos humanos son los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales que venían reconocidos en los tratados bilaterales que las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial impusieron a los Estados que perdieron la contienda mundial<sup>22</sup>. En este periodo histórico la Liga de las Naciones se erigió como el gran defensor de los derechos de las minorías, principalmente nacionales. La sensibilidad con esos derechos colectivos se puede inferir igualmente de lo expresado en el punto décimo de los famosos catorce puntos del presidente estadounidense WILSON (“oportunidad para un desarrollo autónomo de los pueblos del Imperio austrohúngaro”).

Como es sabido, tras la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional dejó a un lado la consideración de minorías o colectivos y asumió unas bases universalistas de derechos, ampliando el ámbito de los intereses y valores protegidos por el Derecho Internacional más allá de los Estados; un cambio de enfoque que se plasmó precisamente a través de la positivización, reconocimiento y protección de los derechos humanos a nivel global siendo el individuo el centro de imputación de los derechos. No obstante, a lo largo del tiempo y hasta nuestros días, los derechos de grupo han ido adquiriendo una importancia creciente en relación precisamente a minorías étnicas y culturales cuya integridad y viabilidad se verían amenazadas por el impacto de los colectivos mayoritarios y hegemónicos. En efecto, tal y como señala VAN DYKE<sup>23</sup>, la doctrina de derechos iguales y universales para todas las personas que caracteriza el régimen de derechos humanos puede reforzar, en realidad, la hegemonía cultural de la mayoría menoscabando las culturas minoritarias y condenándolas en

---

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2013, pp. 141-169.

<sup>23</sup> VAN DYKE, V. *Human Rights, Ethnicity, and Discrimination*. Westport, Conn: Greenwood Press, 1985.

ocasiones a su asimilación. En este sentido, son precisamente los derechos culturales los derechos en torno a los cuales se construye gran parte de la fundamentación jurídica de los derechos colectivos.

Según JÜRGEN HABERMAS, en el contexto de las sociedades multiculturales propias de la Edad Moderna, los actuales derechos culturales han surgido en torno o a partir de la tolerancia religiosa y del papel transcendental de ésta a la hora de configurar la democracia como la base necesaria de legitimación de los modernos Estados seculares. En este sentido, señala el filósofo alemán, el reconocimiento de una identidad colectiva específica a través, entre otros, de los derechos culturales serviría al propósito de enfrentar un tipo de injusticia diversa de las tradicionales injusticias distributivas; una injusticia basada en el desprecio, la marginación o la exclusión de las personas por ser miembros de colectivos considerados inferiores de conformidad con los estándares políticos hegemónicos<sup>24</sup>. Con esta reflexión quiere significarse que los derechos culturales en cuya categoría se englobaría el derecho humano a la creación artística han estado imbricados desde su génesis con la protección de identidades colectivas cuya supervivencia, por diversas circunstancias (casos de las minorías o de los pueblos indígenas), se encuentra amenazada.

En el ámbito del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos, ese vínculo se aprecia de manera nítida en el art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>25</sup> que obliga a los Estados parte a permitir que las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas de sus territorios puedan desarrollar su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma. De hecho, el referido art. 27 ha sido interpretado de manera amplia para reconocer derechos culturales a los pueblos indígenas<sup>26</sup>.

Más recientes en el tiempo, tanto la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, conocida también como Convención para la Diversidad Cultural de 2005<sup>27</sup>,

---

<sup>24</sup> HABERMAS, J., "Religious tolerance—the pacemaker for cultural rights." *Philosophy*, 2004, vol. 79, no 1, p. 5-18. Quizás la obra más importante sobre la identificación de injusticias relacionadas con el reconocimiento de la diferencia sea la que refleja el debate entre Nancy Fraser y Axel Honneth en FRASER, N; HONNETH, A; GOLB, J., *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Verso, 2003.

<sup>25</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>26</sup> Cabe citar entre otros, la Comunicación No. 167/1984 del Comité de Derechos Humanos (CDH) en el caso Bernard Ominayak y otros v. Canada, o la Comunicación No. 511/1992 del CDH en el caso Länsman et al v Finland.

<sup>27</sup> Convenio de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) aprobado el 20 de octubre de 2005 en París durante la Conferencia General de la Unesco.

como la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales de 7 de mayo de 2007<sup>28</sup>, como sobre todo, la Declaración de México sobre las políticas culturales de 1982<sup>29</sup>, ponen el énfasis en la protección de los derechos culturales en el contexto de los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas. En este sentido, la Convención para la Diversidad Cultural pone de relieve la importancia de “la vitalidad de las culturas para todo, especialmente en el caso de las personas pertenecientes a minorías y de los pueblos autóctonos, tal y como se manifiesta en su libertad de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales tradicionales, así como su derecho a tener acceso a ellas a fin de aprovecharlas para su propio desarrollo”. OLIVA MARTÍNEZ señala el derecho a la identidad cultural como el derecho por excelencia de los pueblos indígenas a mantener su lengua, educación, religión, creencias y patrimonio cultural<sup>30</sup>.

Asimismo, los derechos culturales de determinadas minorías van más allá de aspectos puramente simbólicos de las manifestaciones culturales de los colectivos amenazados y se extienden a aquellos ámbitos que constituyen las condiciones materiales necesarias para el desarrollo cultural de las referidas minorías. Así, el Comité de Derechos Humanos (CDH) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) han interpretado progresivamente los derechos culturales consagrados en el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>31</sup> vinculándolos con la manera en como los pueblos indígenas disfrutaban de sus territorios y de sus recursos naturales. En particular, el Comité de Derechos Humanos ha observado que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”<sup>32</sup>. En este sentido, el artículo 8 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 7 de septiembre de 2007

---

<sup>28</sup> La Declaración de Friburgo fue presentada 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 Fribourg) juntamente con la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO.

<sup>29</sup> Esta Declaración fue elaborada en el marco de la Conferencia mundial sobre las políticas culturales celebrada en México D.F., entre el 26 de julio - 6 de agosto de 1982.

<sup>30</sup> OLIVA MARTINEZ, J., “Titularidad, contenido material y límites de los derechos de los pueblos indígenas: hacia un ordenamiento jurídico internacional preservador de la diversidad.” en *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*. Madrid: Dykinson, 2008. pp. 181-283.

<sup>31</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>32</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 23: Derechos de las minorías (artículo 27), 8 de abril de 1994, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, párr. 7.

explicita en su ámbito individual y colectivo el derecho de los pueblos indígenas a no sufrir la asimilación cultural, privarles de su identidad cultural y étnica, a evitar la enajenación de sus tierras y recursos, así como todo traslado o asimilación forzoso.

Esta Declaración sobre los pueblos indígenas evoca de manera elocuente el reconocimiento jurídico de los intereses de los grupos minoritarios, en particular de los pueblos indígenas como sujetos de unos derechos tendentes a preservar su cultura, entendida ésta en términos amplios, es decir, aquella que engloba igualmente todas las condiciones materiales precisas para garantizar que la misma pueda desarrollarse. Si bien los derechos culturales colectivos se han reconocido y articulado explícitamente en torno a los pueblos indígenas, existen otros colectivos étnicos y culturales minoritarios en las sociedades modernas de los Estados nación que también son susceptibles de reivindicar la dimensión colectiva de los derechos culturales además de ciertos derechos políticos que suscitan importantes problemas en los Estados en que se encuentran<sup>33</sup>; tal es el caso por ejemplo de los movimientos soberanistas vascos y catalán en España o quebequés en Canadá y escocés en Reino Unido.

Pues bien, sin entrar en la cuestión legal y sociológica acerca del sustrato ontológico de los colectivos como sujeto de derechos e intereses y desde la premisa de entender el régimen de los derechos humanos como un régimen que persigue la emancipación de los seres humanos en su doble vertiente de redistribución y de reconocimiento, este trabajo explora el alcance del derecho humano a la creación artística desde su dimensión individual. Si como hemos mencionado, la génesis de los derechos culturales se ubica en la protección de los colectivos con especificidades culturales propias y, en particular, en las minorías que ven amenazada su integridad cultural, podríamos inferir en un primer momento que, en su dimensión individual, serán protegidos o, por lo menos, tendrán prevalencia todas aquellas manifestaciones culturales que se integran o que reúnen las características reconocibles de una cultura colectiva determinada. No obstante, tal consideración acerca de la naturaleza y el alcance de los derechos culturales puede conllevar un efecto *fossilizante* de una cultura determinada y, en especial y por lo que respecta a esta reflexión, puede ser contrario al derecho humano a la creación cultural.

En efecto, si se asumen unos cánones excesivamente rígidos acerca de lo que es o no es representativo de una cultura colectiva, se corre el riesgo de sólo reconocer y proteger manifestaciones culturales que reiteran y replican manifestaciones pasadas, desconociendo con ello el carácter dinámico de los grupos

<sup>33</sup> FREEMAN, M., "Are there collective human rights?" *Political Studies*, 1995, vol. 43, no 1, p. 26.

y de la cultura y su carácter diverso y plural. Si tomamos como propias para este análisis las razones que proporciona KUKATHAS para negar las reivindicaciones de grupo como base para acuerdos políticos y morales<sup>34</sup>, podemos afirmar que el carácter cambiante de la cultura colectiva a lo largo del tiempo y su naturaleza constantemente heterogénea desaconsejan la adopción de cánones cuasi normativos acerca de la identidad cultural propia del grupo en relación a las nuevas manifestaciones artísticas.

En este sentido, la creación artística se puede erigir en elemento transgresor y disruptivo de la cultura identificable de un grupo. Paradójicamente, este carácter disruptivo garantiza al mismo tiempo el dinamismo y la viabilidad de una cultura que no puede constituirse ni usarse como norma definidora del grupo y de sus miembros, sino que debe ser resultado del ejercicio creativo libre de éstos. Por ello y enlazando con la premisa metodológica de considerar como fines teleológicos del régimen de los derechos humanos la emancipación redistributiva y de reconocimiento de los seres humanos, este trabajo reivindica el alcance individual del derecho humano a la creación artística como un derecho con efectos ciertamente emancipatorios en aquellos supuestos en los que la obra creativa de un individuo que es miembro de un grupo o de un colectivo cultural no es reconocible como una manifestación cultural que reúna los rasgos propios y reconocibles de la cultura del colectivo al que pertenece. Por poner un ejemplo, el hecho de que el idioma de los inuit canadienses sea el Inuktitut o que el idioma singular de los vascos sea el Euskera, ¿significa que la dimensión individual de los derechos culturales de los vascos y de los inuit cubriera manifestaciones literarias exclusivamente en aquellos idiomas? Nuestra respuesta debe ser en buena lógica negativa dado que, en la relación entre el ámbito colectivo e individual de los derechos culturales, en concreto del derecho a la creación artística, primará la aplicación de los derechos individuales en tanto en cuanto, en este supuesto, serían los que mejor responden al objetivo fundacional del régimen de los derechos humanos, garantizando la emancipación real y efectiva de todas las personas, también la de aquellos individuos que desarrollan su actividad o su vida al margen de su condición originaria de miembro de un colectivo minoritario.

A esta misma conclusión parece llegar HABERMAS cuando afirma que los derechos culturales no significan “más diferencia” y “más independencia” para los grupos culturales y sus líderes, sino que la inclusión y el reconocimiento de los grupos minoritarios en la mayoría debe conllevar la aplicación

---

<sup>34</sup> KUKATHAS, C., “Are there any cultural rights?”. *Political theory*, 1992, vol. 20, no 1, p. 110.

intra-grupal de esos mismos principios<sup>35</sup>. Por lo tanto, si bien el mantenimiento de las condiciones que permitan el desarrollo cultural propio de un grupo es fundamental para el propio desarrollo individual, será el individuo quien decidirá en cada momento si adherirse o reconocerse en esos valores, tradiciones y otros elementos culturales propios del grupo al que pertenece o si, por el contrario, decide llevar a cabo procesos artísticos y creativos que no guardan vínculos conscientes con la cultura del grupo al que pertenece<sup>36</sup>. Por otra parte, resulta preciso señalar que esta libertad artística del individuo y su autonomía en relación a su grupo cultural no es más que el resultado de aplicar al terreno cultural el derecho de salida o “*right of exit*”<sup>37</sup> que asiste a toda persona para abandonar el grupo o comunidad que considera opresiva.

### 3. El tratamiento de los derechos culturales en las normas internacionales sobre derechos humanos y su categorización taxonómica

La doctrina coincide en señalar el artículo 27 de la DUDH como el artículo que contempla los derechos culturales como derechos humanos<sup>38</sup>. Tal y como expuso uno de los redactores de la Declaración, el celebrado jurista René Cassin, el derecho a la cultura recogido en el artículo 27, junto a derechos como el derecho a la educación, al trabajo o a la seguridad social, estaría comprendido también dentro de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>39</sup>.

La primera nota que cabe destacar del artículo 27 es que contempla dos tipos de derechos: en primer lugar, el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a

<sup>35</sup>HABERMAS se pronuncia en los términos que transcribimos a continuación: Yet cultural rights do not just mean ‘more difference’ and ‘more independence’ for cultural groups and their leaders. Members of discriminated groups do not enjoy equal cultural rights ‘free of charge’. They cannot benefit from a morality of equal inclusion without themselves making this morality their own. Members of discriminated groups do not enjoy equal cultural rights ‘free of charge’. They cannot benefit from a morality of equal inclusion without themselves making this morality their own.” HABERMAS, J., (2004) *op. cit.* p. 17.

<sup>36</sup> Resulta en este sentido muy elocuente al respecto, lo expuesto por Jean-Bernard Marie, un especialista sobre los derechos humanos que paso a transcribir: “En définitive, l'identification culturelle releve fondamentalement choix propre a chaque individu qui doit etre libre de se reconnaître dan valeurs, traditions et pratiques d'une communauté déterminée et d partager. En ce sens il ne peut y avoir de droits innés de communauté l'individu car lui seul peut définir sa propre identité et déterminer ses d'appartenance. C'est a cette condition que chaque communauté peut en tant que telle se voir reconnaître les droits nécessaires a l'épanouissement de tous ses membres.” MARIE, JEAN-BERNARD. “Les droits culturels: Interface entre les droits de l'individu et les droits de communauté”, en *Les droits culturels: une categorie sous-developpee de droits de l'homme, Actes du 7. Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme. Fribourg: Éditions Universitaires.* 1993.

<sup>37</sup> Al respect, *vid.* GREEN, L. “Rights of exit”. *Legal Theory*, 1998, vol. 4, no 2, p. 165-185; REITMAN, O. “On exit.” en *Minorities within minorities: Equality, rights and diversity*, Cambridge, 2005, pp. 189-209.

<sup>38</sup> SHAVER, L., “The right to science and culture”. *Wis. L. Rev.*, 121, 2010.

<sup>39</sup> CASSIN, R., *La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme.* (Volume 79)” en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1951, pp. 237-367

participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, en una redacción que parece destinada a reconocer los derechos de acceso a la cultura por parte de aquellos que disfrutaban o que “consumen” cultura (en el bien entendido sentido de que no podemos calificar la cultura como cualquier otro bien o mercancía consumible) y, en segundo lugar, 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, unos derechos por lo tanto, que vienen a proteger los intereses patrimoniales y los derechos morales de los autores, de los creadores artísticos e inventores científicos.

Los derechos culturales, además, no se agotan en la redacción del artículo 27. Desde un punto de vista del derecho positivo existen otras normas internacionales y regionales que regulan derechos relacionados o vinculados con los mismos. El mismo artículo 22 DUDH vincula los derechos culturales con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de las personas. Además del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos antes mencionado sobre las minorías culturales y religiosas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>40</sup>, prevé en su artículo 15 entre otros, el deber de los Estados parte de respetar la indispensable libertad para la actividad creadora, así como la adopción de medidas de conservación, desarrollo y difusión de la cultura. Asimismo, desde un enfoque más sectorial, tanto la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>41</sup>, como la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>42</sup>, recogen el derecho de ambos colectivos a participar en todos los aspectos de la vida cultural.

Por su parte, a nivel regional tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948<sup>43</sup> como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>44</sup> (conocida como la Carta de Banjul), reconocen la cultura como bien jurídico susceptible de ser el objeto de protección de los derechos humanos. Resulta especialmente reseñable el artículo 29 de la Carta de Banjul que establece en su apartado 7 el deber de los individuos de *preservar y reforzar los valores culturales africanos*

---

<sup>40</sup> Este Pacto fue adoptado en virtud de la resolución 2.200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>41</sup> Adoptada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1981.

<sup>42</sup> Se trata de un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

<sup>43</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, (Bogotá, Colombia, 1948)

<sup>44</sup> Aprobada por la Asamblea de la Organización para la Unidad Africana el 27 de julio de 1981 entrando en vigor el 21 de octubre de 1986.

*positivos en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad en un espíritu de tolerancia, diálogo y consulta y, en general, contribuir a la promoción del bienestar moral de la sociedad.*

Ante esta consideración hacia los valores culturales como instrumento de convivencia por parte del continente africano, llama doblemente la atención la omisión que de los derechos culturales se observa por parte del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), un olvido especialmente lacerante si tenemos en cuenta, como bien señala parte de la doctrina, que la institución que promovió el importante CEDH, el Consejo de Europa, tiene como una de sus principales líneas de actuación e inspiración el de la cultura y el de la diversidad cultural de los diferentes pueblos que integran la realidad europea<sup>45</sup>. Este olvido ha sido en parte suplido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, a través de la libertad de expresión contemplado en su artículo 10, ha tenido la oportunidad de dotar a algunas manifestaciones culturales de una protección cualificada más allá de la información, erigiéndose de hecho en defensor del patrimonio literario europeo y pronunciándose incluso sobre la pertenencia de algunas obras a ese patrimonio (caso de Akdas contra Turquía en relación a la novela erótica *les onze mille verges*).<sup>46</sup>

No obstante, sin perjuicio de las numerosas menciones que los diversos instrumentos internacionales dedican a los derechos culturales, lo cierto es que, tal y como comentábamos en la introducción de este trabajo, los mismos han sido objeto de un histórico abandono, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que los derechos culturales forman parte de una categoría descuidada de los derechos humanos<sup>47</sup>. Este abandono histórico que ha padecido la cultura como objeto de los derechos más fundamentales de la persona, ha tenido su último corolario en la Agenda 2030 que establece los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) aprobada por la Declaración “*transformar nuestro mundo*” de 25 de septiembre de 2015<sup>48</sup> y que no dedica ninguno de sus ODS a la cultura.

---

<sup>45</sup> RUIZ MIGUEL, C., *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Univ Santiago de Compostela, 2004, pp. 1-247.

<sup>46</sup> *Akdas c. Turquía*, núm. 41056/04, párrs. 29-30. TEDH 2010.

<sup>47</sup> MEYER-BISCH, P (coord).; *Les droits culturels: une catégorie sous-développée de droits de l'homme: actes du VIII Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1993, 360 pp.

<sup>48</sup> *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030* aprobado el 25 de septiembre de 2015 por la Asamblea General de Naciones Unidas (A/70/L. 1) 70/1." *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030*.

Más allá del punto 36 de la Declaración que realiza una referencia genérica a la importancia de la diversidad cultural y a pesar de los esfuerzos de algunos estudiosos de la cuestión y de numerosas instituciones para incorporar la cultura en la nueva Agenda 2030<sup>49</sup>, el resultado es que entre los 17 ODS que propone la nueva agenda mundial hasta 2030, ninguno de ellos aborda de manera directa y monográfica la cultura como uno de los bienes u objetivos a perseguir hasta el 2030. Esta omisión llama particularmente la atención si tenemos en cuenta que los elementos culturales tienen un peso creciente a la hora de abordar la definición que se realiza del Índice de Desarrollo Humano; una definición que pretende ir más allá de los parámetros económicos tradicionales. Esta nueva concepción del significado de desarrollo ha sido posible gracias a las aportaciones científicas y metodológicas del profesor Amartya Sen<sup>50</sup>, unos estudios que han analizado la cultura como un elemento transformador que contribuye de manera sustancial al bienestar humano y que han sido incorporados desde los años 90 a los análisis oficiales de las políticas de cooperación al desarrollo a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

El mismo Consejo de Derechos Humanos en el Informe de la Relatora Especial sobre derechos culturales (Derechos culturales: informe del décimo aniversario) de 17 de enero de 2019 (A/HRC/40/53) reconoce en varios pasajes la inquietud acerca de la menor importancia y consideración asignada a los derechos culturales como objeto de derechos humanos. En particular, en sus párrafos 55 y 56, la Relatora se hace eco de “la opinión, incluso en algunos círculos de derechos humanos, de que los derechos culturales son menos importantes que otros derechos y pueden dejarse de lado en contextos de crisis, conflictos o austeridad. Incluso algunas personas que trabajan en el ámbito de lo que con demasiada frecuencia se llama simplemente “derechos económicos y sociales”, olvidan los derechos culturales [...] un problema perenne conexo es el de la insuficiencia de fondos para el sector de la cultura en todas las regiones del mundo [...]”.

En cualquier caso, es menester destacar que dentro de los derechos culturales encontramos integrados tanto derechos pertenecientes a la categoría de derechos civiles y políticos -que principalmente interpelan a los Estados a abstenerse de realizar intromisiones indebidas en las esferas de libertad de los

---

<sup>49</sup> YILDRIM, E, y otros. *Culture in the Implementation of the 2030 Agenda*. Disponible en: [https://openarchive.icomos.org/id/eprint/2167/1/culture2030goal\\_low.pdf](https://openarchive.icomos.org/id/eprint/2167/1/culture2030goal_low.pdf) [visitado el 28 de mayo].

<sup>50</sup> SEN, A. 2014. “¿Cómo importa la cultura en el desarrollo?” en REYMUÑO, L (ed.). *Diversidad cultural, desarrollo y cohesión social*. Ministerio de Cultura del Gobierno de Perú, 2014.

individuos y los colectivos en que se integran- como a los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales entrañan obligaciones positivas de actuar y su realización o materialización progresiva<sup>51</sup>.

Sin perjuicio de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos mantenidas por doctrina y jurisprudencia<sup>52</sup>, resulta oportuno a nuestros efectos, identificar cuáles son los diversos derechos culturales recogidos por el Derecho Internacional. En particular, a partir de los diferentes preceptos que mencionan la cultura como bien jurídico en las normas internacionales, podemos vislumbrar los siguientes derechos culturales: el derecho de acceso a la cultura; el derecho a participar en la vida cultural y artística; los derechos morales y económicos de los autores y creadores que pueden articularse –no necesariamente- a través de derechos de propiedad intelectual; derecho a la libertad creativa; derecho a la conservación y mantenimiento del patrimonio cultural<sup>53</sup>; derecho de las minorías (étnicas, religiosas o lingüísticas) a mantener su identidad cultural y; los derechos civiles y políticos que formarían el sustrato de la actividad cultural y artística (los derechos a no discriminación, derechos de libertad de expresión, opinión, pensamiento, conciencia y de asociación entre otros).

En este sentido, podríamos agrupar estos siete derechos en tres grandes categorías de derechos culturales que, aunque se encuentre estrechamente interrelacionadas, persiguen fines diversos: A) Derechos y libertades que condicionan la actividad cultural y artística de las personas (tanto los derechos civiles y políticos –en sentido más general- como los particulares de acceso a la cultura) y que forman parte del sustrato de cualquier actividad cultural (les denominaremos “derechos sustrato”); B) Derechos que persiguen a través de la cultura la consecución de otros bienes (como la de la identidad de un colectivo, una minoría, una comunidad nacional, cultural o de otro tipo o su memoria –a través del mantenimiento de su patrimonio cultural y artístico-) y que son aquellos en los que los derechos culturales juegan un papel instrumental en aras de otros bienes (“derechos culturales instrumentales”) y; C) Derechos que persiguen la creación artística, el arte como un fin en sí mismo merecedor de la protección del Ordenamiento Jurídico (“derechos culturales propios”).

<sup>51</sup> DE SCHUTTER, O., *Economic, social and cultural rights as human rights*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.

<sup>52</sup> SCOTT, C., “Interdependence and permeability of human rights norms: towards a partial fusion of the International Covenants on Human Rights.” *Osgoode Hall LJ*, 27, 1989, pp. 769. Asimismo, se suele citar la sentencia del caso *Airey c. Irlanda*, núm. 6289/73, párr. 26. TEDH 1979 como precedente que muestra la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos con los de contenido económico y social, y cómo los Estados pueden tener obligaciones positivas también respecto de los derechos civiles y políticos.

<sup>53</sup> Unesco. General Conference. (1972). *Convención Sobre la Protección Del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*. Unesco.

La primera categoría de derechos (derechos sustrato) descrita estaría compuesta por aquellos derechos básicos que permiten a un individuo vivir y actuar en libertad; derechos tales como el derecho a la integridad física (derecho a la vida) y moral (derecho al honor), a la intimidad personal y familiar, el derecho a la igualdad y contra la discriminación motivada por cualquier condición personal o social, la libertad de pensamiento, de expresión, libertad de culto, libertad de circulación y residencia, o derecho de asociación entre otros. Estos derechos no son propios de los derechos culturales, sino que se trata de derechos básicos que resultan fundamentales para todas las personas y para todas las actividades que lleven a cabo en una sociedad libre. En el caso de los artistas y los creadores culturales, habría que añadir dentro de este primer bloque de derechos sustrato, el derecho a la libertad creativa, los derechos de educación (cultural) y los derechos de acceso a la cultura, todos ellos derechos y bienes que se enmarcan entre los derechos-deber que requieren una actuación positiva de los poderes públicos sin los cuales, resultaría difícil que una persona pudiera llegar a ser capaz de desplegar procesos creativos artísticos o una carrera profesional en el ámbito de la creación artística.

El segundo bloque de derechos culturales (derechos culturales instrumentales) mencionados estaría constituido por aquellos derechos culturales que juegan un papel instrumental en la consecución de un bien trascendental como podrían ser el de la identidad de un colectivo, el de la memoria de un pueblo, una comunidad o una nación o la diversidad cultural como un bien en sí mismo dentro de un mundo globalizado que tiende a ser cada vez más uniforme. Estos derechos culturales instrumentales que pueden implicar igualmente dimensiones creativas de los artistas, no agotan, sin embargo, ni contemplan todas las actividades creativas o manifestaciones culturales de las que es susceptible un individuo. En este sentido, recordemos la situación antes mencionada de un individuo perteneciente a un colectivo minoritario con una identidad cultural propia y distintiva que resulta merecedora de protección cultural en tanto que implica una manifestación cultural singular que debe ser protegida en nombre de la diversidad cultural. Pues bien, ese individuo, en concreto, puede emprender una actividad creativa cultural o artística que sea ajena o, incluso, crítica o contrapuesta a la cultura o tradición cultural del colectivo al que pertenece (intenciones contraculturales<sup>54</sup>), y que, sin embargo, debiera ser merecedor de un reconocimiento o protección jurídica en cuanto creador cultural o artístico. El Informe de la Relatora de 17 de enero de 2019, menciona precisamente esta situación, como uno de los elementos integrantes de los derechos culturales cuando señala que “la libertad para elegir, expresar y

---

<sup>54</sup> MARTÍNEZ DALMAU, R., “Arte, derecho y derecho al arte.” *Revista Derecho del Estado*, 2014, núm. 32, pp. 35-56.

desarrollar una identidad, incluido el derecho a elegir no pertenecer a un colectivo determinado, y a participar en el proceso de definición de este en condiciones de igualdad” (párrafo 15).

La tercera categoría, la que hemos denominado “derechos culturales propios”, sería la referida a aquellos derechos y libertades que integran el régimen jurídico de los creadores culturales y artísticos, es decir, de la actividad creadora en sí misma desde la perspectiva de los derechos humanos. Estos derechos son, sin duda, los que presentan un menor grado de definición y precisión en el ámbito internacional. Ello es debido a que el desarrollo y alcance de estos derechos se encuentran extraordinariamente condicionados por dos parámetros: en primer lugar, por la definición de arte de la que partamos, es decir, la respuesta a qué cabe entender por arte y; en segundo lugar, con la concepción política o ideológica que adoptemos en relación con lo público y con cuál debe ser el papel del Estado, del mercado y de la sociedad civil a la hora de satisfacer bienes que merecen una protección y un reconocimiento colectivos. En efecto, en función de dónde nos situemos en ambas variables, los derechos culturales propios y, en particular, el derecho a la creación artística, será de uno u otro tipo. En este sentido, podemos afirmar que la definición de estos derechos resulta especialmente contingente, en la medida en que su contenido y efectividad distan de ser fijos y constantes. Al contrario, su contenido y conceptualización se encuentran inmersos en un ámbito dialógico de contestación y adecuación a las circunstancias histórico-políticas que resultan hegemónicas en cada momento y espacio histórico dado.

#### 4. La definición jurídica de lo artístico desde la perspectiva del Derecho

A la hora de aproximarnos al derecho humano a la creación artística, resulta legítimo preguntarse qué es arte para el Derecho. Sólo a partir de esta definición estaremos en condiciones de conocer cuál es el bien jurídico que se quiere proteger a través del derecho humano a la creación artística. Pues bien, tenemos que empezar este apartado constatando que el Derecho Positivo no nos proporciona una definición legal de qué es arte. Si bien, tal y como hemos visto, las normas internacionales utilizan el término de derechos culturales bajo cuyo paraguas se protegen las manifestaciones artísticas, el Derecho Internacional aborda el significado de lo artístico como si fuera una realidad preexistente. En realidad, no cabe hablar de una realidad extrajurídica, sino que, a nuestros efectos, se trata de un concepto jurídico especialmente indeterminado que el legislador y el resto de operadores jurídicos deben dotar de significado jurídico, ya que de este significado legal se desprenderá el alcance del

conglomerado de derechos, deberes y libertades de sus titulares, en particular, de los titulares de los derechos culturales en relación con la creación artística. En este sentido, la primera nota que cabe destacar es que la definición de lo que es arte o manifestación o bien artístico no es la misma en los diversos derechos culturales que hemos identificado en el apartado anterior. En efecto, dependerá del contexto legal o mejor, del tipo de derecho cultural al que nos estemos refiriendo, para que la atribución de un significado concreto a la noción de lo artístico sea uno u otro.

Por ejemplo, mientras que el artículo 4.2 de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO del año 2005 define como contenido cultural al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales y a las “expresiones culturales” como las manifestaciones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades que poseen un contenido cultural, el artículo 1 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, define el patrimonio cultural como los monumentos, es decir, las obras arquitectónicas, escultóricas o pictóricas monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. Por su parte, el artículo 1a) de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de la UNESCO de 1954 define a los bienes culturales como los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos.

Como podemos observar, por lo tanto, los contornos de lo que significa arte, bienes culturales o contenidos culturales, dependen del tipo de derecho cultural que estemos analizando, en particular, si se trata de los que hemos denominado “derechos culturales instrumentales” o “derechos culturales propios”. En cualquier caso, si se parte del hecho de que el arte forma parte de la cultura, resulta preciso conocer en primer lugar qué se entiende por cultura. Tradicionalmente, se suele mencionar al antropólogo británico EDWARD TYLOR<sup>55</sup> como el primer estudioso que trató de acotar el significado de cultura como “todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, la costumbre y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad”. La nota más importante que podemos extraer de esta temprana definición de cultura a los propósitos de definir qué es arte viene dada por el hecho de que el arte (como las creencias, el

---

<sup>55</sup> KOTTAK, CP., *Espejo para la humanidad: Introducción a la antropología cultural*. McGraw Hill, 2003.

conocimiento, la moral, el derecho o la costumbre) no es una realidad que exista en la naturaleza, sino que es creada y heredada por las personas como miembros de la sociedad, es decir, son creaciones humanas que adquieren su pleno sentido en el contexto de una sociedad determinada.

En segundo lugar, cabe señalar que la tarea de por sí compleja a la hora de definir qué es arte, se ha complicado aún más a partir de la mirada postmodernista de lo artístico, una mirada o una filosofía que prescinde deliberadamente del canon, que no reconoce la existencia de ningún parámetro objetivo que defina de antemano lo artístico, adentrándonos así en un complejo análisis de significados y relaciones sociales y políticas que no nos permite valorar la cultura sin tener en cuenta el contexto histórico, el espacio y tiempo en el que se revela y se manifiesta. En este sentido, DANTO<sup>56</sup> terminó con los últimos intentos de estudiosos del arte como GREENBERG<sup>57</sup> de crear una narrativa del arte moderno que sustituyera a la narrativa vasariana imperante desde el Renacimiento. Así, podemos afirmar que el mundo postmoderno en que vivimos se encuentra más preocupado en preguntarse por qué algo es arte, que en definir qué es arte y qué no es arte.

Por lo tanto, en la actual época de postmodernidad, la tarea de definir cuándo estamos en presencia de una manifestación artística no sería una de tipo normativo, sino una de tipo descriptivo. Una concepción del arte que se reconoce limitada, histórica y contingente al espacio y tiempo en que la misma tiene lugar. El carácter eminentemente histórico de la concepción de lo que puede concebirse como arte y lo que no, hace más sencillo identificar lo artístico en relación a los procesos creativos y las obras artísticas acontecidas en el pasado y más complejo sino imposible identificar qué es arte en el tiempo presente y respecto de procesos creativos contemporáneos. De alguna manera, pudiera parecer que lo artístico se revelara únicamente una vez que hubiera transcurrido el tiempo y sólo entonces tuviéramos todos los datos precisos para poder llevar a cabo una interpretación histórica adecuada de la significación de una obra o de un trabajo artístico determinado.

La renuncia a abordar lo artístico desde una perspectiva normativa resulta, no obstante, difícilmente asumible para el mundo del Derecho, un mundo cuya vocación normativa es consustancial a su naturaleza y a su función social. Lo anterior es especialmente cierto a la hora de regular el derecho de

---

<sup>56</sup> DANTO, A. C., y NEERMAN, E., 1999. *Después del fin del arte: el arte contemporáneo y el linde de la historia*, Vol. 16., Barcelona, Paidós, 1999.

<sup>57</sup> GREENBERG, C. "Hacia un Nuevo Laocoonte". *Partisan Review*. 1940.

creación artística, ya que se podrían plantear interrogantes legítimos acerca de cuál debiera ser la creación artística merecedora de una especial protección por parte del régimen de los derechos humanos. ¿Es arte lo que dictamine el mercado y su aceptación por el público consumidor? ¿es cualitativamente artístico lo que determine un consejo de expertos y estudiosos de las disciplinas culturales? ¿cualquier creación puede adjetivarse como artística en el contexto del derecho de creación cultural? En este sentido, y una vez analizadas las concepciones contemporáneas acerca del significado del fenómeno artístico, parece razonable anunciar que el bienintencionado propósito de encontrar un elemento cualitativo, constante e inmutable que nos permita distinguir lo artístico de las “meras cosas”<sup>58</sup> es un propósito baldío también para el jurista, que únicamente puede aspirar a abordar la cuestión cualitativa del hecho artístico siendo consciente que lo hará de una manera aproximada, histórica y políticamente contextualizada.

Así las cosas, corresponde a la labor del jurista y del legislador acotar de manera progresiva los parámetros aproximados que sirvan para evaluar, al menos *prima facie*, el carácter artístico de una obra, sin perjuicio de que esas primeras consideraciones deberán ser contrastadas con el contexto particular del tiempo y espacio en el que ha surgido esa obra o trabajo. En este sentido, además de tener en cuenta el carácter polisémico del concepto (que, como hemos visto, variará también en función del tipo de derecho o bien jurídico perseguido), la naturaleza humana del proceso creador que ampara el derecho humano a la creación artística que nos ocupa y el carácter contingente e histórico de lo que deba considerarse como lo artístico y cultural, deberíamos añadir la *originalidad* de la creación, un concepto de larga tradición jurídica en el ámbito de los derechos de autor que puede ayudarnos a configurar cuál deba ser el contenido del derecho humano a la creación cultural o artística.

En efecto, parece razonable reivindicar que el *prius* que establece el legislador para otorgar derechos de exclusiva sobre una obra intelectual (la originalidad) sea igualmente aplicable a los procesos creativos culturales que se encuentran amparados por un eventual derecho humano a la creación artística. Para definir cuál debe ser la interpretación del requisito de la originalidad, a efectos de valorar las notas que definen lo artístico o lo cultural, nos tenemos que remitir a lo que sobre la materia están indagando los estudiosos de los derechos de autor y de la propiedad intelectual. A este respecto, resulta especialmente interesante la denominada doctrina *Feist* derivada de un importante pronunciamiento jurisprudencial de

---

<sup>58</sup> DANTO, A. C., *La transfiguración del lugar común: una filosofía del arte*. Vol. 31. Madrid, Grupo Planeta (GBS), 2002.

la Corte Suprema de Estados Unidos<sup>59</sup> que, de manera progresiva, ha ido impregnando la interpretación de este requisito de originalidad, también en la lectura que se hace de las normas internacionales que regulan la materia<sup>60</sup>, en particular el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886. Según esta doctrina, la originalidad de un trabajo requiere algo más que ser el fruto de un esfuerzo independiente y autónomo de su autor; para ser original, el trabajo o la obra debe reunir un “mínimo de creatividad”<sup>61</sup> que deberá ser valorada a la vista de las opciones creativas e intelectuales al alcance del autor en el espacio y en el tiempo en que surge el proceso creador.

Sobre la base de estas premisas y reflexiones acerca del significado de lo cultural en el contexto de los derechos culturales que plantean preguntas no resueltas acerca de lo que significa lo artístico pero que son de obligada formulación en cada caso y contexto, estamos en disposición de encarar la última parte de esta reflexión que tiene que ver con la realidad, alcance e interpretación del derecho humano a la creación artística.

## 5. Aproximación al contenido del derecho humano a la creación artística, sus componentes discursivos y políticos

Enlazando este último epígrafe con el título del presente trabajo, nos corresponde ahora analizar la existencia de un eventual derecho humano a la creación artística y, en su caso, el contenido del mismo. Tal y como hemos observado en el epígrafe segundo, las normas internacionales que reconocen y desarrollan los derechos culturales no recogen específicamente el derecho a la creación artística. El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que es el instrumento internacional que dispone de un mayor desarrollo de los derechos culturales, contempla el derecho de toda persona a “participar en la vida cultural” (art. 15.1a); a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan” por ser autora de producciones artísticas (art. 15.1c); la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias para asegurar la “conservación, el desarrollo y la difusión” de la cultura y; el deber de los Estados Parte para respetar la “indispensable libertad para la actividad creadora”.

---

<sup>59</sup> *Feist Publications, Inc. v Rural Telephone Service Co.*, III S Ct 1282, 1288 (1991)

<sup>60</sup> GERVAIS, D. J., “Feist goes global: A comparative analysis of the notion of originality in copyright law”. *J. Copyright Soc’y USA*, vol. 49, 2001, p. 949.

<sup>61</sup> ABRAMS, H. B., “Originality and creativity in copyright law.” *Law and Contemporary Problems*, vol. 55, 1992, núm. 2, pp. 3-44.

Una primera lectura de este precepto y de las otras normas relevantes respecto de los derechos culturales como derechos humanos, nos llevaría a la conclusión de que los derechos humanos de los creadores en torno a su actividad artística vendrían integrados por sus derechos a participar en la vida cultural, sus derechos a beneficiarse de los intereses morales y materiales fruto de su trabajo y sus derechos a contar con la indispensable libertad a la hora de encarar un proceso creativo. De manera simétrica, los deberes de los poderes públicos se circunscribirían a abstenerse de cualquier actitud que suponga inmiscuirse de manera ilícita en la libertad creativa de los artistas y a adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación, el desarrollo y la difusión de la cultura, es decir, resultaría exigible a los poderes públicos la de garantizar el ecosistema necesario para el desenvolvimiento y florecimiento de procesos creativos a partir de la libertad de los artistas, la participación en la vida cultural, el acceso a recursos culturales y la provisión de un marco de protección que permita a los artistas beneficiarse de los intereses morales y materiales derivados de ser los autores de sus obras.

Es esta última dimensión (los intereses materiales y morales asociados a la actividad creadora) la que suscita un mayor interés de cara a definir y configurar el derecho a la actividad creadora. En efecto, la cuestión que sobrevuela a este derecho es saber qué implicación deben tener los poderes públicos a la hora de poner los necesarios medios materiales que permitan financiar la actividad artística de sus creadores. Si bien la redacción del artículo 15.1c) (idéntica que la del artículo 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) nos recuerda mucho a la estructura y configuración de los derechos de autor, su redacción es lo suficientemente abierta y genérica como para afirmar que los intereses materiales y morales de los creadores excede y va más allá de la noción de derechos de autor propios de los regímenes de propiedad intelectual.

A partir de planteamientos políticos que podríamos englobar dentro de la llamada agenda neoliberal, el “nuevo sentido común”<sup>62</sup> adjudica al libre mercado la condición de ente legitimador tanto para la gestión económica de los recursos de una sociedad como para el reconocimiento de los derechos y obligaciones de los individuos en las múltiples relaciones sociales en que aquéllos se ven involucrados. Ello conlleva un reajuste de asignación de espacios y funciones sociales entre los poderes públicos y el mercado, un reajuste en que los poderes públicos se reducen -en particular su intervención y presencia en la economía- y en que los derechos y los bienes públicos se mercantilizan. Bajo este paradigma

---

<sup>62</sup> BORÓN, A.A., “Sobre mercados y utopías: la victoria ideológico-cultural del neoliberalismo.” *Cadernos de Estudos Sociais*, vol. 17, 2001, núm. 2, pp. 179-188.

podría fácilmente deducirse que el derecho de creación cultural, en lo que se refiere a los intereses materiales de los autores sobre sus obras, quedarían plenamente satisfechos a partir del reconocimiento de derechos de propiedad intelectual sobre la misma. De esta manera, el mercado, o mejor el público consumidor, determinaría el alcance y el *quantum* de lo que supone ese derecho humano a los intereses materiales derivados de su creación cultural o artística.

La relación entre los derechos humanos y los derechos de propiedad intelectual ha sido profusamente analizada por la doctrina en las últimas dos décadas, sobre todo desde la aprobación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) que integra el Anexo 1C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial del Comercio firmado en 1994<sup>63</sup>. Incluso hay opiniones doctrinales que consideran que los derechos de propiedad intelectual son derechos humanos<sup>64</sup>. En efecto, si el artículo 27.2 de la Declaración de los Derechos Humanos o el artículo 15.1.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hicieran mención a los derechos de exclusiva propios de los derechos pertenecientes a la propiedad intelectual, tendríamos que concluir que los derechos de propiedad intelectual tales como los derechos de autor o las patentes, son derechos humanos.

No obstante, el Comentario General 17 aprobado en 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es claro al respecto al descartar que los mismos puedan ser considerados como derechos humanos. El Comentario citado alude a la finalidad de los derechos humanos versus los derechos de propiedad intelectual como el criterio diferenciador que explica la diferente naturaleza de uno y otro tipo de derechos; en este sentido mientras que los derechos humanos contemplan aquellas situaciones que denotan una “vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado, los derechos de propiedad intelectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y

---

<sup>63</sup> HELFER, L.R. 2003. “Human rights and intellectual property: Conflict or coexistence”. *Minn. Intell. Prop. Rev.*, vol. 5, 2003, pp. 47-61. También cabe destacar CULLET, P., “Human rights and intellectual property protection in the TRIPS era.” *Human Rights Quarterly*, 2007, pp. 403-430. DRAHOS, P., “Intellectual property and human rights”. *Intellectual Property Quarterly*, 1999, pp. 349-371.

<sup>64</sup> DERCLAYE, E. 2008. “Intellectual property rights and human rights: coinciding and cooperating”, en TORREMANS, P.LC (ed.), *Intellectual property rights and human rights: enhanced edition of Copyright and human rights*. Wolters Kluwer Law & Business, 2008, pp. 133-160.

empresariales y son medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras [...] para beneficio de la sociedad en su conjunto.”

A partir de la lectura del comentario antes transcrito, podemos entender que habrá ocasiones en que los derechos de propiedad intelectual satisfagan el derecho humano de los creadores a disfrutar de “un nivel de vida adecuado”, pero que estos particulares derechos de exclusiva sobre los intangibles no contemplan todos los supuestos del derecho humano a la creación artística en lo que se refiere a los intereses materiales derivados de su obra. En ocasiones, las ganancias procuradas por la explotación de esas obras intelectuales excederían el nivel de vida adecuado al que se refiere el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en otras situaciones, el mercado o la demanda de ese trabajo cultural o artístico no proveería a su autor de los emolumentos necesarios para mantener una vida adecuada desde el punto de vista material, incluso aunque su trabajo, por otro tipo de consideraciones, pudiera tener un valor social innegable.

Precisamente a una conclusión similar llega la Relatora Especial *Farida Shaheed* en su Informe de 24 de diciembre de 2014 sobre los derechos culturales, en particular, acerca de las Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura (A/HRC/28/57). En su párrafo 49, el Informe expone refiriéndose a los intereses materiales de los autores, cómo “las medidas que van más allá de los derechos de autor también pueden promover el derecho a la protección de la autoría. El arte como medio de vida puede apoyarse, por ejemplo, mediante la protección del salario mínimo, el poder de negociación colectiva, las garantías de seguridad social, el apoyo presupuestario a las artes, la educación artística, la adquisición de obras por las bibliotecas, las políticas de inmigración y de emisión de visados, y las medidas para fomentar el turismo cultural. El derecho de autor debe entenderse como parte de un conjunto más amplio de políticas de promoción del sector cultural y el derecho a la ciencia y la cultura.”

A partir de este informe de la Relatora y del Comentario General 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales antes citado, podemos extraer tres importantes premisas a los efectos del presente trabajo: en primer lugar, que los poderes públicos en el marco del derecho humano a la creación artística, deben vigilar y ser garantes de que los creadores puedan disfrutar de los intereses materiales derivados de la autoría sobre las obras; en segundo lugar, que los derechos de autor deben interpretarse y modularse de manera que los artistas y los creadores obtengan aquellos beneficios

materiales que les permitan llevar un nivel de vida adecuado y; en tercer lugar, que más allá de los recursos obtenidos a partir del sistema de derechos de autor del régimen de propiedad intelectual, los deberes de los poderes públicos contemplan otra serie de acciones y prestaciones positivas con el fin de garantizar los intereses materiales derivados de la actividad artística o cultural.

Estas tres premisas expuestas nos permiten, por lo tanto, afirmar que el derecho a la creación artística es un derecho cultural dentro de la categoría de los derechos humanos, el cual presenta tanto una dimensión de libertad, relacionada con poder desarrollar la actividad artística sin injerencias indebidas, como de prestación positiva de los poderes públicos, los cuales deben promocionar tanto las condiciones adecuadas para facilitar esa dedicación y esa labor creativa, como las condiciones e intereses materiales que posibiliten a los artistas un nivel de vida adecuado. Si bien esta obligación la podemos deducir del “derecho a la creatividad humana en toda su diversidad, y las condiciones para que sea posible desplegarla, desarrollarla y tener acceso a ella” (utilizando para ello los términos de la Relatora en su Informe (A/67/287, párr. 7) de 10 de agosto de 2012)<sup>65</sup>, entendemos que la misma debe llevarse a cabo a partir del principio de progresividad que informa el desarrollo de todos los derechos económicos, sociales y culturales. No podemos olvidar a este respecto, que este principio de progresividad no puede interpretarse en ningún caso, como un criterio para distinguir entre derechos de primera y de segunda, ni para “desligar al Estado de sus deberes en materia de derechos económicos, sociales y culturales<sup>66</sup>”.

## 6. Conclusiones

A modo de corolario de la reflexión que nos ha precedido, conviene arrojar algunas conclusiones que contribuyan al desarrollo de unos derechos humanos, los derechos culturales y, en particular, el derecho humano a la creación artística que, sin duda, está llamado a cobrar un mayor protagonismo en el futuro inmediato de nuestro mundo global.

En primer lugar y dando respuesta a la primera tarea que nos proponíamos en este trabajo, podemos afirmar que si bien no de una manera explícita, el régimen de derechos humanos contempla el aspecto

---

<sup>65</sup> Este informe se presenta de conformidad con lo dispuesto en la resolución 19/6 del Consejo de Derechos Humanos y se centra en el disfrute de los derechos culturales por las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres.

<sup>66</sup> NIKKEN, P. 2010. “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.” *Revista Iidh*, 2010, vol. 52, no 1, p. 55-140

de la creación artística como una de las manifestaciones de los amplios y complejos derechos culturales. No obstante, la tradicional negligencia en el tratamiento y desarrollo de los mismos se hace todavía más pronunciado en lo que se refiere al derecho a la creación artística. Asimismo, desde una concepción de los derechos humanos que, consciente de su carácter contingente y disputable, reivindica su función emancipadora para todas las personas, podemos afirmar que la dimensión individual del derecho humano a la creación artística abarca igualmente la protección de la creatividad artística desplegada por un individuo, incluso aunque ésta se encuentre al margen o sea contraria a las manifestaciones culturales propias, distintivas o tradicionales del colectivo o comunidad cultural al que aquél pertenece.

A pesar de que se han realizado numerosos trabajos y reflexiones que señalan el arte como uno de los principales artífices de la transformación social, del desarrollo humano y de su bienestar, el derecho positivo y las prácticas políticas observadas, tanto a nivel global como nacional, no reflejan una apuesta real y efectiva por la materialización y desarrollo de los derechos culturales y de sus últimas consecuencias. Una de las manifestaciones más palpables de este olvido o marginación de estos importantes derechos ha sido precisamente la Agenda 2030 y su propuesta de establecimiento de un marco de prioridades políticas a escala global, la cual no contempla de una manera explícita ni clara ningún objetivo que tenga que ver de forma directa con la cultura y el desarrollo cultural de las personas y de la humanidad en su conjunto.

Este abandono de la que han sido objeto los derechos culturales y que se compadece mal con la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos -entre los cuales no existe conceptualmente una relación jerárquica-, se explica por diferentes motivos. Uno de ellos se debe a la dificultad de acotar con precisión los bienes jurídicos subyacentes a los derechos culturales, en particular, el arte y la creación artística, unos conceptos jurídicos indeterminados que requieren de juristas con una especial sensibilidad y conocimiento de lo que es el arte y lo artístico en unos tiempos de postmodernidad cultural y estética. Lograr conceptualizar el arte como un fenómeno social, histórica y políticamente contingente que requiere una contextualización del medio social y político en el que surge, puede contribuir enormemente a entender tanto la importancia del arte en las relaciones sociales de nuestro mundo, -un mundo despojado de certezas y de cánones artísticos preestablecidos-, como su valor como bien jurídico que debe ser protegido y promovido por los poderes públicos.

A partir de esta aproximación al concepto de arte y de lo artístico, resulta preciso identificar las diversas categorías de derechos culturales que, en plural, persiguen distintas finalidades o propósitos. Esta tarea y una adecuada propuesta taxonómica de los derechos culturales constituyen una tarea inaplazable para identificar con precisión qué derechos o qué aproximación jurídica contempla a la creación artística como fin en sí mismo y no como mero instrumento de otros fines o bienes jurídicos. En este sentido, los derechos culturales propios, - tal y como los hemos denominado en este trabajo-, serían los que más intensamente abordan el fenómeno artístico como una realidad autónoma y genuina; una actividad, la artística, en la que se plasma la condición del ser humano como un ser único y especialmente dotado para tomar conciencia de sí mismo y trascenderse.

El derecho humano a la creación artística se erige, así, como un derecho especialmente interesante que merece un desarrollo y una reflexión adecuados. En este sentido, el mandato del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2009 (resolución 10/23) para el establecimiento de la figura de una Relatora que hiciera un seguimiento acerca del cumplimiento y desarrollo de los derechos culturales, ha jugado un papel fundamental a la hora de definir y vertebrar en qué consisten los derechos culturales, unos derechos que, por algunas de las razones antes mencionadas, corren el riesgo de ser especialmente etéreos. En este sentido y dentro de las facetas y dimensiones de este derecho, que contempla tanto libertades negativas contra las intromisiones indebidas como las condiciones necesarias para el cultivo de la mente y el espíritu (educación, acceso a la cultura etc.), resultan especialmente llamativos e interesantes los derechos aparejados a los intereses materiales de la actividad artística, ya que, como fácilmente se puede intuir, es difícil que florezca el arte si las personas creadoras no cuentan con las condiciones materiales que les permitan vivir una vida dedicada al arte y a la cultura. Estos deberes para con las personas que se dedican a la actividad creativa y artística también serían predicables respecto de aquellos individuos cuya obra artística no responde a los cánones o no reúne las características propias del colectivo o comunidad cultural a la que aquéllos pertenecen.

En este sentido, frente a la posibilidad de asignar al mercado la función de selección “natural” acerca de qué artistas podrán vivir de su trabajo a partir de una mercantilización o de la posibilidad de apropiación y transacción de los intangibles de su trabajo (en virtud del régimen de propiedad intelectual), este trabajo apuesta por una visión y una lectura realizada desde la coherencia y sentido del régimen de derechos humanos. Esta lectura del derecho humano a la creación artística nos interpela a vislumbrar y a aceptar como contenido del derecho otras formas de garantizar el sustento de los

artistas, más allá de los emolumentos que pudieran obtener de sus derechos de exclusiva. En este sentido, que las reflexiones contenidas en este trabajo contribuyan a iluminar el camino y al desarrollo de estos derechos en la esperanza de que los derechos culturales y, en particular, el derecho a la creación artística, abandone el lugar incierto e indefinido en el que se encuentra y se encamine hacia un desarrollo legal preciso y efectivo que dote de sentido y contenido a su existencia y contribuya al pleno reconocimiento y consideración social de la actividad artística contemporánea.

## 7. Bibliografía

ABRAMS, H. B.; "Originality and creativity in copyright law." *Law and Contemporary Problems*, vol. 55, 1992, núm. 2, pp. 3-44.

ADDIS, A.; "Individualism, communitarianism, and the rights of ethnic minorities", *Notre Dame L. Rev.*, 1991, vol. 67, pp. 615-676.

ALSTON, P., y QUINN, G.; "The nature and scope of states parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights." *Hum. Rts. Q.*, 1987, vol. 9, pp. 156-183.

BORÓN, A.A.; "Sobre mercados y utopías: la victoria ideológico-cultural del neoliberalismo." *Cadernos de Estudos Sociais*, vol. 17, 2001, núm. 2, pp. 179-188.

BRONCANO, F.; *Cultura es nombre de derrota: Cultura y poder en los espacios intermedios*, Salamanca, Editorial Delirio, 2018, 436 pp.

BROWN, D.; "Ethnic revival: perspectives on state and society". *Third World Quarterly*, 1989, vol. 11, no 4, pp. 1-17.

CASSIN, R., "La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme (Volume 79)" en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, La Haya, Académie de Droit International de la Haye, 1951, pp. 237-367.

CRUFT, R, S. MATTHEW LIAO, S.M, RENZO, M eds.; *Philosophical foundations of human rights*. Oxford University Press, 2015. pp. 702.

CULLET, P., "Human rights and intellectual property protection in the TRIPS era." *Human Rights Quarterly*, 2007, pp. 403-430.

DANTO, A. C., y NEERMAN, E.; *Después del fin del arte: el arte contemporáneo y el linde de la historia*, Vol. 16., Barcelona, Paidós, 1999, 244 pp.

DANTO, A. C., *La transfiguración del lugar común: una filosofía del arte*, Barcelona, Paidós Estética 31, 2002, 302 pp.

DE SCHUTTER, O.; *Economic, social and cultural rights as human rights*. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, 1024 pp.

DERCLAYE, E. 2008. "Intellectual property rights and human rights: coinciding and cooperating", en *Intellectual property rights and human rights: enhanced edition of Copyright and human rights*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, pp. 133-160.

DONNELLY, J.; *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca, Cornell University Press, 2013, 336 pp.

- DRAHOS, P., "Intellectual property and human rights". *Intellectual Property Quarterly*, 1999, pp. 349-371.
- ELLIOTT, M.A.; "Human rights and the triumph of the individual in world culture", *Cultural sociology*, vol. 1, 2007, no 3, p. 343-363.
- FELICE, W.F.; "The case for collective human rights: The reality of group suffering", *Ethics & International Affairs*, 1996, vol. 10, pp. 47-6.
- FELICE, W.F.; *Taking suffering seriously: the importance of collective human rights*. Nueva York, Suny Press, 1996, 278 pp.
- FERNÁNDEZ LIESA, C.; *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2013, 576 pp.
- FRASER, N.; HONNETH, A.; GOLB, J.; *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*, London, Verso, 2003, 224 pp.
- FREEMAN, M.; "Are there collective human rights?". *Political Studies*, vol. 43, 1995, no 1, pp. 25-40.
- FREUD, S.; *El malestar en la cultura*, Madrid, 6.ª ed., Alianza Editorial, 2017, 334 pp.
- GERVAIS, D. J.; "Feist goes global: A comparative analysis of the notion of originality in copyright law", *J. Copyright Soc'y USA*, vol. 49, 2001, pp. 949-981.
- GREEN, L.; "Rights of exit", *Legal Theory*, 1998, vol. 4, no 2, pp. 165-185.
- GREENBERG, C.; "Hacia un Nuevo Laocoonte", *Co-herencia*, 17(33), 2020, pp. 19-39.
- HABERMAS, J.; "Religious tolerance—the pacemaker for cultural rights." *Philosophy*, 2004, vol. 79, no 1, pp. 5-18.
- HELPER, L.R.; "Human rights and intellectual property: Conflict or coexistence". *Minn. Intell. Prop. Rev.*, vol. 5, 2003, pp. 47-61.
- HINKELAMMERT, F.J.; "La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke"., *Pasos*, 1999, no. 85, pp. 20-35.
- HUNT, L.; "The paradoxical origins of human rights", en WASSERSTROM, J.N. et al. (eds); *Human Rights and Revolutions*, Nueva York, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, pp. 3-17.
- HOLDER, C.L., y CORNTASSEL, J.J.; "Indigenous peoples and multicultural citizenship: Bridging collective and individual rights." *Human Rights Quarterly*, 2002, vol. 24, no 1, pp. 126-151.

INGRAM, J.D.; “The Revolutionary Origins of Human Rights: History, Politics, Practice”, *Journal for Human Rights/Zeitschrift für Menschenrechte*, 2015, vol. 9, no 1. p. 9.

JONES, P.; “Human rights, group rights, and peoples' rights”. *Human Rights Quarterly*, 1999, vol. 21, no 1, pp. 80-107.

KOTTAK, CP., *Espejo para la humanidad: Introducción a la antropología cultural*, Aravaca (Madrid), McGraw Hill, 2003, 345 pp.

KUKATHAS, C., “Are there any cultural rights?”, *Political theory*, 1992, vol. 20, no 1, p. 110.

KYMLICKA, W.; *Liberalism, community, and culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 288 pp.

MACINTYRE, A.; *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 2007, 286 pp.

MARIE, JEAN-BERNARD.; “Les droits culturels: Interface entre les droits de l’individu et les droits des communautés”, en *Les droits culturels: une catégorie sous-développée de droits de l’homme*, Actes du VIII Colloque interdisciplinaire sur les droits de l’homme, Fribourg, Éditions Universitaires. 1993, pp. 197-215.

MARRAMAQ, G.; *Pasaje a Occidente-Filosofía y Globalización*. Buenos Aires, Katz Editores, 2007, 260 pp.

MARTÍNEZ DALMAU, R., “Arte, derecho y derecho al arte.” *Revista Derecho del Estado*, 2014, núm. 32, pp. 35-56.

MEYER-BISCH, P (coord.); *Les droits culturels: une catégorie sous-développée de droits de l'homme: actes du VIII Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1993, 360 pp.

NIKKEN, P.; “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.” *Revista Iidh*, 2010, vol. 52, no 1, p. 55-140

OLIVA MARTINEZ, J.; “Titularidad, contenido material y límites de los derechos de los pueblos indígenas: hacia un ordenamiento jurídico internacional preservador de la diversidad.” en *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*. Madrid, Dykinson, 2008. pp. 181-283.

REITMAN, O.; “On exit.” en *Minorities within minorities: Equality, rights and diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 189-209.

RUIZ MIGUEL, C.; *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad Santiago de Compostela, 2004, 247 pp.

SCOTT, C.; “Interdependence and permeability of human rights norms: towards a partial fusion of the International Covenants on Human Rights.” *Osgoode Hall LJ*, 27, 1989, pp. 771-875.

SEN, A.; "How Does Culture Matter?", en Culture and Public Action, Stanford, Stanford University Press, 2004, pp. 37-59.

SHAVER, L.; "The right to science and culture". Wis. L. Rev., 121, 2010, pp. 122-184.

TASIOULAS, J.; "La realidad moral de los Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos, 2008, nº 4, pp. 58.

TASIOULAS, J.; "Human rights, legitimacy, and international law", The American Journal of Jurisprudence, vol. 58, 2013, no 1, pp. 1-25.

VAN DYKE, V. Human Rights, Ethnicity, and Discrimination. Westport, Conn, Praeger, Greenwood Press, 1985, 259 pp.

YILDRIM, E, y otros. Culture in the Implementation of the 2030 Agenda. Disponible en: [https://openarchive.icomos.org/id/eprint/2167/1/culture2030goal\\_low.pdf](https://openarchive.icomos.org/id/eprint/2167/1/culture2030goal_low.pdf) [visitado el 28 de mayo].

ŽIŽEK, S.; "Against human rights". New left review, 2005, vol. 34, pp. 115-131.