

Aportes para una nueva Constitución de Chile

Dossiers Constituyente



PRIMERA PIEDRA

La política sin ideas estimula la corrupción



DOSSIER No. 2

LA CULTURA Y LAS ARTES PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Roberto Rivera Vicencio

**Presidente
Sociedad de Escritores de Chile**

Presentación

El tiempo pasa y aún no se cristalizan las propuestas que, desde el frente progresista, deberían cristalizarse en la nueva Carta Magna de Chile: igualdad de género; derechos de los pueblos originarios; derechos garantizados en términos de salud y educación; el agua como un bien común y público; un sistema de seguridad social basado en la solidaridad y no en cuentas personales con las AFP que nunca pierden; un ambiente sano y no contaminado; la defensa de los recursos naturales; acceso democrático y libre al mundo digital, etc. Son tantos los temas que todavía están pendientes de debate y articulación en las organizaciones de la sociedad civil, propuestas que obviamente deben incorporarse en una nueva Constitución de todas y todos, ojalá mediante cabildos en los que participen las chilenas, los chilenos y -por qué no- los inmigrantes extranjeros que trabajan y viven en el país.

Con el propósito de aportar a ese debate, Primera Piedra ha considerado pertinente preparar periódicamente un *dossier* específico sobre temas que podrían enriquecer la discusión: ya la gran mayoría de ciudadanas y ciudadanos (casi el 80%) se pronunció en favor de redactar una nueva Constitución y hacerlo a través de una Constituyente elegida universalmente por la ciudadanía.



La política sin ideas estimula la corrupción

Pág. 1 El Derecho Internacional

Los Derechos Culturales son Derechos Humanos

Derecho de Autor o Propiedad intelectual y Derechos a la Ciencia y a la Cultura. Convenciones y Recomendaciones

Pág. 2

Segunda Generación de Derechos Humanos

Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Pág. 9

De Consejo de la Cultura a Ministerio
Motivaciones

Pág. 4

La guerra fría, Derechos y Pactos

Pág. 6

Artículo 15, pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Respecto de Derechos Culturales.

Pág. 11

El concepto Cultura en las Constituciones

La precisión y sentido que toma el concepto de cultura en las Constituciones

Pág. 17

El temor de los artistas y la cultura como visión estratégica

Pág. 15

La Cultura al abordaje

Pág. 19

Derechos de autor y propiedad intelectual



Dossier No. 2

La Cultura y las Artes para una nueva Constitución

Roberto Rivera Vicencio
Presidente
Sociedad de Escritores de Chile¹



La política sin ideas estimula la corrupción

¹ Compilada y basada en la charla y conversatorio virtual efectuado por el abogado Rodrigo Valencia, académico de Universidad de Santiago, cátedra Legislación y Derechos Culturales, al alero de la Unión Nacional de Artistas (UNA).

El Derecho Internacional

Los Derechos Culturales son Derechos Humanos

La naturaleza, el concepto, de lo que llamamos Derechos Culturales, una contextualización histórica de estos Derechos, permite encontrarlos y entenderlos como una parte de los Derechos Humanos, dentro de la gran familia de los Derechos Humanos. Esta contextualización permite entender cuál fue su desarrollo histórico, y por qué llegaron tarde a esta cita con los Derechos Civiles y Políticos que están indudablemente mejor garantizados, más enraizados y legitimados en las constituciones políticas y en la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos, y entender por tanto, porqué tienen mayor arraigo en las legislaciones existentes.

Esta situación entronca con nuestra situación actual, con la forma cómo la constitución política actual vigente recoge la doctrina de los Derechos Culturales, y con la posibilidad de incluir estos Derechos Culturales en una nueva constitución. En ese sentido, la presencia de la Cultura en la constitución vigente es extremadamente pobre, incluso respecto de las constituciones latinoamericanas ocupando el vagón de cola por muy lejos.



Qué es lo imprescindible entonces que pudiéramos y debiéramos incluir en una nueva Constitución, ese es el desafío en la amplia gama de posibilidades, y la forma que nos puede servir de ejemplo, de como otros

países resolvieron esta situación respecto de las Garantías de los Derechos Culturales.

Derecho de Autor o Propiedad intelectual y Derechos a la Ciencia y a la Cultura. Convenciones y Recomendaciones

El informe respecto de **la vinculación entre el llamado Derecho de Autor o Propiedad intelectual**, y los **Derechos a la Ciencia y a la Cultura**, corresponde a un informe evacuado el año 2014, de la relatora especial Farida Shaheed, en su función y calidad de Relatora Especial para los Derechos Culturales de la Unesco.

La Organización Internacional de Derechos Humanos ha desarrollado una importante producción de doctrina, de orientaciones y de profundización de estos Derechos Culturales, primero por la vía de **las convenciones**, que son las que tienen la mayor jerarquía jurídica, con carácter de obligatorio, pero también hay un importante desarrollo

en un segundo nivel, qué tiene que ver con **las observaciones, las recomendaciones y los informes de los relatores especiales en Derechos Culturales.**

Una “recomendación”, en tanto recomendación, no tiene fuerza obligatoria para los Estados miembros de la UNESCO, o quienes hayan suscrito estas recomendaciones o hayan concurrido a su adopción. Sin embargo, la importancia que tienen estas “recomendaciones” es que van creando **las condiciones para que esas recomendaciones, estos instrumentos no vinculantes, a futuro, se conviertan en el sustento, en el sustrato de lo que va a ser, primero, instrumentos vinculantes en el orden internacional, y a su vez también formen parte de la legislación interna de los países.** O sea, estas recomendaciones pueden constituir a la larga la futura normativa obligatoria en materia de Derechos Culturales, **y concretamente la recomendación relativa a la Condición del Artista del año 1980,** que establece un conjunto de recomendaciones para los Estados en relación a su responsabilidad respecto de la Condición del Artista y de las obligaciones que tienen que asumir los Estados respecto de las condiciones concretas, materiales de desempeño de las personas que se dedican al Arte y la Cultura en cada uno de los países.

Segunda Generación de Derechos Humanos Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Cabe reiterar que **los Derechos Culturales, son parte de los Derechos Humanos.** En general, **los Derechos Culturales forman parte de la llamada segunda generación de Derechos Humanos, y están incorporados en la familia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Generalmente se habla así porque **está consagrado en un pacto específico,** además hay razones históricas para considerarlo, son entonces efectivamente **Derechos Humanos junto con los Derechos Civiles y Políticos.**

Aparecen por primera vez nombrados en un instrumento de alcance internacional en la **Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948,** que se adelanta en algunos pocos meses a la **Declaración Universal de Derechos Humanos.** En ellas, por primera y segunda vez se habla de **Derechos de la Cultura como Derechos Humanos.** Está contemplado en el **Artículo 27.** o que establece la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos son muy similares. **Apuntan en primer término a declarar el Derecho de las Personas a “tomar parte libremente de la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.** Esa es la primera parte del artículo; una segunda parte que **reconoce el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor.** En definitiva, **está vinculado con lo que conocemos como Derecho de Autor o de Propiedad Intelectual pero que en estricto rigor es el Derecho Humano consagrado de la Protección de la Autoría.** Este es el concepto que ocupa hoy día la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos.

En principio fue sólo una declaración, que no tuvo efecto vinculante respecto de los contenidos que en él establecía, con la mira de aterrizar esto a futuro en otros instrumentos que iban a definir, y que desarrollarían estos contenidos como **derechos reconocidos, directrices que establecía la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los llamados pactos que vieron la luz solamente 18 años después:**

En 1948 cuando se adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos, es cuando por primera vez se menciona el Derecho Cultural en un instrumento internacional, y luego, durante 18 años, **en plena guerra fría**, con el mundo dividido en dos grandes bloques, uno **con un fuerte acento en los llamados Derechos Civiles y Políticos, que tienen que ver con los derechos de la libertad, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, con el derecho a la vida, con los derechos de elección popular, con los derechos de la democracia**, por una parte, en el mundo occidental, y **por otra, los Derechos Llamados Económicos, Sociales y Culturales, que tienen que ver con el derecho de la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la previsión social, y los Derechos Culturales**, que están definidos en esta declaración atendiendo básicamente a **reconocer a los individuos el derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad a gozar de las artes y a tener acceso en definitiva a los bienes culturales, el llamado Derecho de Acceso a la Cultura**. Por otra parte, como habíamos dicho, como base **la protección de los intereses morales y materiales que da paso al reconocimiento de un Derecho de Autor**.

De aquí surge uno de los grandes problemas que tienen los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

La guerra fría, Derechos y Pactos

Los Derechos Culturales con los Derechos Económicos y Sociales, de hecho, forman parte del mismo pacto. Esa tensión, esa fuerte rivalidad y disputa, -originalmente estaba contemplado hacer un solo pacto- persistió hasta la definición y adopción de los **Pactos del año '66**, y ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo en la suscripción de un pacto único, **Naciones Unidas optó por separar estos conjuntos de derechos**, creando dos pactos:

Por un lado, los **Derechos Civiles y Políticos**, y por otro, los **Derechos Económicos Sociales y Culturales**.

Esto en virtud que, un grupo menor en número, pero muy poderoso en el mundo, **niega la condición de Derechos Humanos a este conjunto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**.

Cabe hacer una precisión previa: los **Derechos Humanos** son conquistas de carácter histórico. **Los Derechos Humanos no están otorgados per sé, son conquistas de carácter histórico que van surgiendo en la medida en que la sociedad logra de parte del Estado el reconocimiento de estos Derechos**. Es así como **los primeros en surgir son los Derechos Civiles y Políticos**, que tienen que ver básicamente con **derechos de abstención del Estado**. El sujeto pasivo en los **Derechos Humanos es el Estado**, es decir, **quién debe proteger estos derechos**, a quién se le puede exigir el cumplimiento de la garantía de estos derechos es al Estado.

Tradicionalmente se considera que **el Estado debe abstenerse**, de prohibir reuniones, abstenerse de censurar, abstenerse de atentar contra la vida de las personas, abstenerse de detener de forma arbitraria, son obligaciones con carácter de abstención; a diferencia de los **Derechos Culturales**, que surgen **de los Derechos Sociales a mediados del siglo 19** y tienen su primera consagración en instrumentos constitucionales de algunos países recién a principios del siglo XX (La constitución mexicana, la Constitución de Weimar, la Constitución de la República Española), cuando **se reconoce el derechos a la Salud, a la Vivienda, a la Educación, etc.** Estos derechos, a diferencia de la abstención en el caso de los **Derechos Civiles y Políticos, requieren de una prestación efectiva por la parte del Estado, requieren de una acción positiva**, por ejemplo el Derecho a la Salud, requiere que el Estado construya hospitales, tenga una política de salud pública, tenga una política efectiva de vacunación; el Derecho a la Educación también requiere una Ley de



Instrucción Primaria Obligatoria, requiere tener un sistema de formación del profesorado, se requiere de la construcción de escuelas, etc. Esa es la principal diferencia entre estos dos grupos de derechos. Surgieron históricamente en

momentos distintos, su garantía y reconocimiento requiere de acciones distintas por parte del Estado. **En algunos casos no hacer nada, o sea abstenerse, y en otros una gestión concreta y positiva** respecto de dotar a esos derechos de los recursos necesarios para cumplir su garantía. Por eso ocurre, y es otro **de los grandes problemas de los Derechos Culturales**, que **por estar en esta categoría de prestación concreta y efectiva del Estado se estime, o entienda, que no serían Derechos Humanos.**

Esta postura, desde el punto de vista de la doctrina jurídica está en franca decadencia, pero en los hechos **hay quienes sostienen, y políticos muy importantes y muy cercanos, que sostienen que no son derechos y que más bien constituirían directrices**, propósitos, programas, horizontes a cumplir, metas y que otorgarían contenido a la política en materia de estos derechos pero **en la medida de que los Estados no den recursos para dar cumplimiento a este derecho**, obviamente no hay ninguna sanción, no existe la posibilidad de la exigencia del cumplimiento por vía judicial, **a diferencia de los Derechos Civiles y Políticos.** Bueno, esta es la mochila, **este es el lastre que han acarreado durante muchos años los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es una cuestión que los Organismos Internacionales de Derechos Humanos han intentado aclarar y corregir por la vía de diversas recomendaciones y observaciones.** Una de ellas es **por ejemplo la declaración de Viena del año '93** que de alguna manera **viene a despejar este problema, esta subvaloración de los Derechos Económicos Sociales y Culturales**, cuando ese año '93 señala que, **los Derechos Humanos, el conjunto Derechos Humanos son Universales, y qué quiere decir con esto, que pueden ser exigibles por todos los individuos pertenecientes a la especie humana**, no hay ningún otro requisito para exigir la Garantía de los Derechos Humanos, por eso son Universales, toda la especie humana se beneficia de ellos, puede impetrarlos, son interdependientes. Es decir, el cumplimiento de un derecho afecta el cumplimiento del otro. **No es posible dar cumplimiento a una rama de los Derechos Humanos, a una fase de los Derechos Humanos y no dar cumplimiento a otra, o incumplir la otra.** Eso no es posible. Y eso se explica muy bien con ejemplos clásicos, **por ejemplo, el Derecho a la Vida, que es un Derecho Civil que obliga al Estado a no matar, o a asegurar las condiciones necesarias para que las personas puedan subsistir. Es un Derecho Civil;** sin embargo, de nada sirve que el Estado se abstenga de incurrir en este tipo de actos atentatorios contra la vida, si no garantiza por ejemplo el Derecho a la Salud y, sí garantiza el derecho a la vida, no habría entonces un cumplimiento cabal de la obligación que exigen los Derechos Humanos a los Estados. También hay otro ejemplo que tiene que ver con los Derechos Culturales donde podemos apreciar, la indivisibilidad de los derechos y la interdependencia que tienen entre uno y otro. **Es el Derecho de la Libertad de Expresión. Un Estado puede permitir perfectamente que un individuo se exprese de acuerdo a sus propias convicciones, sin ningún tipo de censura, sin ningún impedimento. Sin embargo, si ese Estado no ha garantizado el Derecho a la Educación de ese individuo**, a quién permite expresarse libremente sin ningún tipo de censura ni de restricciones, pero no le ha garantizado el Derecho a la Educación, o sea, no le ha garantizado el derecho a poder informarse, a poder adquirir las herramientas para ejercer adecuadamente ese Derecho de Libertad de Expresión, la verdad es que

diffícilmente podríamos hablar de una garantía real del Derecho a la Libertad de Expresión. **O sea, si no hay Derecho a la Educación efectivamente garantizado, tampoco podemos hablar de que ese Derecho a Libertad de Expresión.** Y aún más, para introducir un elemento de **Derecho Cultural**, sí ese individuo que se puede expresar libremente sin ningún tipo de restricciones, ni de censura por parte del Estado, salvo aquellas de orden penal, **sí se le impide hacerlo en su propia lengua, no se le estarían respetando sus derechos lingüísticos.** Y se le obliga a hacerlo en idioma oficial del Estado, quiere decir que tampoco se están respetando sus Derechos Humanos.

Artículo 15, pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Respecto de Derechos Culturales.

En el año ´66 se adoptan dos pactos independientes, pero no porque el conjunto de esos derechos tenga distinta jerarquía o distinta naturaleza, sino que por cuestiones de orden político e histórico:

El artículo 15 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales da forma a lo que había señalado el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que por primera vez incorpora una normativa de orden internacional con carácter obligatorio. Quiere decir que aquellos países que suscribieron este pacto, entre los cuales se encuentra la mayor parte de los países del mundo, -pacto que entró en vigencia el año ´76- impone obligaciones jurídicas para los Estados que lo suscribieron. Y no son declaraciones de buenas intenciones, son obligaciones jurídicas. **El artículo 15 señala “el derecho de las personas a participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.** Esta es la base, esto es lo que de alguna manera ya había señalado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero además da un paso hacia adelante en el sentido de incluir obligaciones específicas para los Estados. Además de garantizar dos grandes conjuntos de derechos que van hacer el embrión de todo el desarrollo posterior de los Derechos Culturales, establece dos grandes obligaciones para los Estados:

- **El deber de adoptar, a fin de asegurar el pleno ejercicio de tales derechos, las medidas gubernamentales necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura.**
- **La obligación para los Estados, y el compromiso de respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.**

Cuando hablamos de estos Derechos, se habla de categorías generales, y una Constitución es una estructura, o una súper estructura global, entonces la interrogante es cómo se aterrizan estos derechos en la práctica. Por ejemplo, la Constitución podría incluir un Derecho a la Educación gratuita y de calidad, y perfectamente podría estar consagrado en un artículo de la constitución. Pero después, en la práctica, cómo se pasa a una verdadera educación gratuita y de calidad y no a mantener lo que tenemos. Cuál es la relación entre

el concepto consagrado constitucionalmente, el anhelo general, y la concreción práctica de aquello, que la gente pueda percibir y constatar.

La Constitución es la norma fundamental. La estructura general por vía de la cual se organiza un país jurídicamente. Define el carácter de sus instituciones, de su forma de organización, si ese Estado va a ser federal, si reconoce la soberanía popular o no, y de qué manera lo hace, si reconoce la existencia de multiculturalidad dentro de su integración. Define también la organización del Estado, la separación de poderes, cómo se organiza el Poder Judicial, el Poder Legislativo, las facultades o la modalidad de ejercicio del ejecutivo, que puede ser de régimen presidencial. Pero lo más importante, es que establece un conjunto de garantías constitucionales que tienen que ver con los derechos fundamentales y como esos derechos se plasman en la práctica.

Ese ejemplo anterior nos sirve para ver cómo se lleva a la práctica y cómo puede servir para lo que nos ocupa, qué son los Derechos Culturales. El Derecho a la Educación no es considerada un Derecho Cultural, si bien es un derecho que de alguna manera traspasa y conecta con la generalidad de los Derechos Humanos, porque es un derecho de carácter vehicular, les sirve a todos, de alguna manera esta metido en todos los otros derechos. **Y en la Constitución precisamente puede adoptar formas distintas, por ejemplo, en una mirada específica, que es lo que ha hecho la constitución política que hoy día nos rige, y que es la preeminencia del reconocimiento de libertades en relación al reconocimiento de derechos.**



Entonces, qué es lo que no hace la Constitución actual, y qué es lo que nosotros quisiéramos que hiciera, es en definitiva, **que la Constitución tuviera un efectivo enfoque de Derechos, que estuviera más bien orientada desde una perspectiva de los Derechos.**

Por ejemplo, **¿Qué establece la Constitución política actual respecto de la Cultura?** Más allá del problema de legitimidad de origen y del contexto dictatorial en que surge, es **un buen ejemplo de una tesis extrema respecto de la ausencia de reconocimiento de Derechos y Garantías para la Cultura,** y de poner el énfasis en las libertades. Veamos en sus únicas menciones en toda la constitución lo que expresa:

El artículo 19 (referido a la cultura) señala:

Nº 10 : “Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación”.

Nº 25 señala: “la libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley, y que no será inferior a la vida del titular”.

Después complementa o precisa: “El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley”.

Optar entonces por una Política Cultural significa poner énfasis en las Garantías, con acento en los Derechos, que es muy distinto que tenga una mirada con acento en la Libertad. Porque, como decía Nicanor Parra, la libertad es libre, viva el dieciocho.

Y la actual constitución chilena no ofrece ningún tipo de garantía en materia de Derechos Culturales, salvo la referencia al Derecho de Autor. Respecto de la creación sólo otorga un reconocimiento de la libertad de crear y de difundir las artes. Luego arrégleselas como pueda.

No contempla ninguna Garantía que tenga que ver con los mínimos establecidos en el pacto de **Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Declaración Universal de Derechos Humanos**, lo que veíamos anteriormente, el derecho a participar en la vida cultural, a gozar de las artes, a tener en definitiva un efectivo derecho y acceso a la cultura, como posibilidad efectiva, por medio de la creación de condiciones socioeconómicas favorables, de informarse, formarse, conocer y disfrutar de los valores y de los bienes culturales, de esto no hay nada.

La Constitución es una norma de orden general, respecto de la cual la legislación interna **y todas las otras normas, las leyes, reglamentos, decretos supremos, todo ello debe ajustarse a lo que señala la Constitución.** Ergo, **todo aquello que no está garantizado constitucionalmente, no está efectivamente permitido,** y difícilmente puede ser canalizado o incorporado por la vía de la legislación interna.

De Consejo de la Cultura a Ministerio

Motivaciones

Cuando se discutió la creación del **Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes**, que fue muy discutido, uno de los parlamentarios que participó propuso la creación de un Consejo Nacional de la Cultura autónomo, como el Banco Central. Por qué, porque la cultura incide en todos los sectores, por ello requiere de una autonomía que hemos ido perdiendo. Del Consejo Nacional de la Cultura al Ministerio, hemos registrado una gran pérdida. Hemos perdido en participación y en la calidad de esa participación.

Una manera de darle permanencia en el tiempo, no sujeta a los cambios políticos, (cambio de 4 ministros recientemente) sería tener un Consejo Autónomo que ponga la importancia de la cultura a mismo nivel de la economía, tal como en el Banco Central. Que tenga, por cierto, presupuesto otorgado por Hacienda y por el gobierno, discutido en el parlamento, y que tenga la autonomía para gastar ese presupuesto acorde a sus necesidades. Además está dar el ejemplo de la pandemia, muchos sectores aún no reciben la respuesta de un fondo “de emergencia”, al cual postularon en medio de la pandemia.

Un Consejo Autónomo sería una forma de enfrentarlo.

El año 98 se envió un proyecto de ley que creaba la Dirección Nacional de Cultura, DINAC (sic) se le puso. Llegó al parlamento y luego se cambió por una indicación sustitutiva al principio del gobierno de Lagos por un Proyecto de Ley que proponía la creación del Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes, que duró del año 2003 hasta el 2018. Este, proponía efectivamente una institución de carácter autónomo por una serie de consideraciones, entre otras, por la especificidad de los temas de orden cultural.

Los temas de orden cultural no podían ser -a juicio de quiénes la inspiraron- asumido por un ministerio. Porque los ministerios son colaboradores del Presidente de la República que ejecutan las políticas del ramo, del área. Entonces se definió que en realidad el Consejo era más que un Ministerio desde el punto de vista del nivel de decisiones que podía tomar. Recordemos que elaboraba, definía, renovaba e implementaba políticas culturales. Y simplemente se informó al Presidente de la República de los resultados a los cuales habría llegado el Consejo en materia de definición de las políticas culturales del país. Ese consejo era el soberano en la definición de las políticas culturales, donde estaba integrada la sociedad civil, dónde estaba integrado parte del ejecutivo...con una convención participativa de gente de todo el país...

Además, aquel Consejo tenía un importante conjunto de



instrumentos de participación de la sociedad civil. Conjunto de instrumentos que estaban establecidos en forma permanente y que tenían un carácter vinculante respecto de las decisiones del Consejo. Aquellos sectores que se oponían a la creación incluso de un Consejo Nacional de la Cultura por considerar que era más burocracia y un mayor gasto innecesario para el Estado, para ellos bastaba con lo que existía, la División de Cultura del Ministerio de Educación que cumplía el rol que le correspondía.

En ese marco se propone la creación de un **Ministerio de la Cultura**, básicamente para resolver **uno de los grandes problemas que tuvo el Consejo de la Cultura, que no fue capaz de incorporar el sector del patrimonio, la Dirección de Bibliotecas Archivos y Museos (Dibam)**. Fue, exactamente Magdalena Krebs la que llevó la idea de un Ministerio a La Moneda, y desde La Moneda llegó al ministro Cruz Coke.

No había otra forma resolver el problema, los funcionarios de la Dibam nunca se iban a incorporar a un organismo que no fuera un Ministerio. No iban a salir de un Ministerio para incorporarse a un Consejo.

En todo caso, muy probablemente no sea la Constitución la que defina el modelo de Institucionalidad Cultural que vaya a darse el país. La Constitución puede definir el enfoque de Derechos, el nivel de Garantía que va a tener esa Constitución respecto de los Derechos Culturales, pero no va a definir probablemente la forma de la Institucionalidad Cultural.

El concepto Cultura en las Constituciones

La precisión y sentido que toma el concepto de cultura en las constituciones

La palabra cultura, aparece mencionada por primera vez en la constitución mexicana de 1917, donde señala, refiriéndose la educación: será democrática y la democracia no es solamente una estructura política, y un régimen político, sino, un sistema de vida fundado en el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

De aquí la importancia capital de la constitución mexicana y la revolución que tras ella, como sustrato de fondo, impulsa e incorpora la palabra y el concepto Cultura que, a esa fecha no existía en el léxico de las constituciones políticas. Aparece luego en la constitución de Weimar de 1919, en la Constitución Española Republicana de 1931, en 1936 en la Unión Soviética, en Francia en 1947, en Italia el '47, en Alemania... hasta concluir con una época de constituciones europeas de la década del '70 que incorporaron decididamente, más que una mención a la cultura, y establecen un régimen específico respecto de reconocimiento de los Derechos Culturales. Y eso ocurrió también con la Constitución de Portugal de 1976 y la Constitución española de 1978.

Es la tendencia mundial, sobre todo en Latinoamérica después de los años 80 y 90 **la incorporación de La Garantías de Derechos Culturales en las constituciones políticas**. Se incorporan el derecho de acceso a la cultura, el derecho de participación cultural, los derechos de las minorías, los derechos lingüísticos, la declaración de multiculturalidad de los estados, todo ello queda plasmado en estas constituciones, y son de hecho las constituciones latinoamericanas las que llevan la delantera y asumen el mayor nivel de desarrollo.

El profesor Jesús Prieto en relación de un comentario contenido en la obra de Ferdinand Lasalle expresa que estamos hablando de **las constituciones como un fenómeno jurídico, pero antes de considerarlo como un fenómeno jurídico, cabe considerarlo como una cuestión de poder**. O sea, frente a una Constitución Jurídica existe un Constitución Real, que refleja una Constitución Anterior. Esa Constitución Real se plasma, haciéndose cargo de esa nueva realidad, en una Constitución Jurídica. Esa Constitución Real es el resultado de los factores de poder presentes en la sociedad y condiciona la vigencia efectiva de la primera. Entonces en la medida en que haya una situación de autoritarismo, de falta democracia, de dificultad de expresión de los sectores organizados difícilmente vamos a poder tener una constitución que garantice derechos. **Por eso es tan importante que hoy día se plantee que la Constitución debe incorporar esas Garantías, pero desde un enfoque de Derechos.**

Hoy tenemos, pese a la precariedad en orden a las garantías constitucionales de nuestra actual Carta Política, igual tenemos institucionalidad cultural pública, pero establecida

desde un punto de vista de una oferta que se hace en la medida que se pueda y como una acción del Estado porque considera importante el desarrollo cultural, considera que es un beneficio para el país, **pero no lo considera un Derecho, y en la medida que no lo considera un derecho no existe un compromiso real con ese desarrollo cultural.**



En esta situación ocurre que en momentos de crisis, cuando la Cultura depende del gobernante de turno, y en la medida que es considerada un lujo o una frivolidad, lo primero que se recorta es su presupuesto, por qué, porque la Cultura no se considera un derecho, y primero hay que atender los problemas realmente importantes como son los problemas sociales, de vivienda, de salud, como prioritarios.

Así, es difícil, muy difícil poder sostener efectivamente un desarrollo cultural en la medida que no existan esas garantías constitucionales. **Se hace necesario evolucionar de esta oferta discrecional que hace el Estado, que no niega la importancia del Arte y Cultura en la vida de las personas, pero como no es un derecho, si está al alcance no hacerlo, no lo hace y es lo primero que recorta.**

Es preciso entonces transitar de esa actual concepción de política de oferta discrecional a una política de Garantía de Derechos, y asegurarlo por la vía de Derechos de Nivel Institucional.

Cabe reiterar que, Los Derechos Culturales efectivamente son Derechos Humanos de Segunda Generación, pero no son derechos de segunda jerarquía o de inferior jerarquía, son tan importantes como el Derecho a la Vida, a la Salud y a la Educación, lo cual fue establecido el año '93 por la Declaración de Viena, que despejó todas las dudas de orden doctrinal en el concepto de Naciones Unidas y Unesco.

Afortunadamente, cada vez son menos los que sostienen que estos derechos no tienen la misma jerarquía, pero los hay y son muy importantes e influyentes. Ahora bien, y por ello es muy importante que estas Garantías queden establecidas en la Constitución, y sean el sustento para concretarlas en normas de orden interno en el nivel legislativo.

El modelo de oferta discrecional de Cultura que tenemos hoy dispone que, en la medida que se puede, se hace, y si no, no. En materia del ya polémico término de “Industrias culturales”, qué hemos tenido durante estos treinta años, el modelo estableció un conjunto de definiciones que el Estado reconoce como: la importancia de los cultores de la música, de los cultores de la literatura, del libro y de los audiovisuales. Perfecto, hasta ahí todo bien. Después de esta serie de definiciones, un Consejo Sectorial que actúa como organismo técnico asesor del Ministro de Cultura, donde se supone que están

representados los actores incumbentes o competentes de cada área, y un fondo. Esa es nuestra normativa en materia de “Industria Cultural”, y eso es porque el modelo que tenemos en materia de desarrollo cultural es muy escuálido, el nivel de Garantías y Derechos que ofrece nuestra Constitución es coherente con esta escuálida legislación. Tenemos libertad de crear, libertad de difundir esas producciones, y además tenemos “ayudas” del Estado, que en algún momento puede ser mayores o en otras menores, o nada, según sea la voluntad, pero garantías y derechos efectivos, llegado el caso, ninguno.

Qué es mejor entonces, cabe preguntarse, tener una institucionalidad basada en un Consejo de la Cultura que era más amplio y efectivo como concepción cultural, o un Ministerio. Muchos países no tienen un Ministerio de las Culturas, tienen un Consejo como el que tuvimos.

Para tener un Ministerio, tiene que ser un Ministerio dotado de recursos y que se asimile lo más posible a la idea de servicio cultural, de servicio público cultural, como más o menos lo tiene Francia. El Ministerio de asuntos culturales de Francia del año '68, es el primer Ministerio de la Cultura, y es el paradigma de todos los Ministerios de la Cultura, tiene un presupuesto enorme, forma cultores, forma expertos, funcionarios expertos en determinadas áreas de la cultura, pero cada país de alguna forma define su forma organización y es soberano para hacerlo, y obviamente hay razones de orden cultural, de orden histórico, de orden político, que hacen que en algunos casos sea mejor la fórmula de un ministerio y en otros sea mejor la fórmula de un consejo. En general en Latinoamérica oscilamos: entre las fórmulas del Consejo, a veces están de moda los Consejos y después nos cambiamos a Ministerio.

Tuvimos un Consejo y ahora tenemos un Ministerio. No olvidemos que de alguna manera se intentó conservar el espíritu del Consejo en la medida que se mantuvo ese Consejo Nacional de la Cultura dentro de la orgánica del Ministerio y ese órgano colegiado aún goza de ciertas facultades de resolución que son vinculantes.

La mejor fórmula, pareciera, era conservar el Consejo de la Cultura, con el sector del Patrimonio dentro de ese Consejo, otorgando una solución a la dispersión que había en materia de institucionalidad en relación al sector de patrimonio. Eso no se pudo hacer, hubo múltiples intentos, se intentó crear el Instituto del Patrimonio por el año 2008, tampoco resultó. La Institucionalidad del Patrimonio ha provocado que estemos en situación normativa en materia de Patrimonio extremadamente atrasados, nuestra Ley de Monumentos Nacionales data de 1970, todavía se habla en zonas típicas, que es un concepto absolutamente arcaico, superado por todas las doctrinas. Ninguna convención internacional habla de zonas típicas. Ya en la década del 60 esa terminología había sido abandonada, y nosotros todavía tenemos eso. Como resultado, en beneficio de resolver el problema institucional se ha descuidado la normativa nuclear y medular respecto del patrimonio.

La única postura seria, concreta, sólida respecto de un modelo y un Diseño de Institucionalidad Cultural, fue la que otorgó el Consejo de la Cultura. El Ministerio

“resolvió” un problema de orden administrativo, de mil funcionarios del Ministerio de Educación que amenazaban con ir a huelga y paralizar el sistema de bibliotecas y de archivos del país, y de museos. En pos de resolver ese problema coyuntural se optó por el modelo del Ministerio. Uno de los sins de la Institucionalidad Cultural en Latinoamérica, de las oscilaciones entre el modelo del Consejo y el modelo Ministerio. Expresión manifiesta de la desorientación de los gobiernos y de la escasa importancia que se le otorga a los temas de orden artístico y cultural.

Un sistema de Garantía de Derechos Culturales y de Políticas Culturales sin duda debe tener un pie en el Sistema Educativo. Ahora, sin prejuicio de eso, efectivamente la educación es un vehículo para generar audiencias, para enseñar el valor del arte y la cultura y las manifestaciones culturales en general, es decir, es una expresión de la interdependencia de los Derechos Humanos. Ahora, distinto es que, desde el punto de vista de la Institucionalidad Cultural, Cultura y Educación esté bajo un mismo alero. Eso no es recomendable para la Cultura, para desarrollar políticas culturales, porque en general los problemas de cultura empiezan a ser subordinados de los problemas de Educación, como ocurre por ejemplo en Cámara de Diputados, adonde Cultura está bajo el Alero de la Comisión de Educación, cuyos temas quedan siempre fuera por años. Pero sí, sin dudas la educación debe ser un instrumento clave en el desarrollo de las Artes y la Cultura, desde la escuela.

La Cultura al abordaje

Cómo podemos abordar el problema de la Cultura y las Artes entonces desde un punto de vista muy claro y concreto, cómo generar el concepto, los insumos y las palabras para los constituyentes. Cómo ser claro y preciso en hacer de la Cultura y las Artes una necesidad de bien público, cuando se los alude e incorpora restándoles relevancia como Derechos Humanos de Segunda Generación. ¿Cómo abordarlo entonces?

1.- Normalmente las actuales constituciones incluyen a los Derechos Culturales en el apartado de Garantías Constitucionales. **Lo que hizo la Constitución española del 78 fue incluir en ese apartado de Garantías Constitucionales a la Cultura, el Derecho de Acceso a la Cultura, y por eso se consideró que La Cultura era un Derecho Fundamental.** Aunque tenía algunas restricciones. Se estimó que en la medida que no hubiera una legislación concreta y aplicable, esos derechos no iban a hacer justiciables. Justiciables quiere decir que la persona que siente que no le son reconocidos esos derechos, o que es vulnerada en esos derechos, puede recurrir a la justicia. Es decir, **las Artes y la Cultura debieran estar incluidos en el capítulo de las Garantías Constitucionales,** como derechos fundamentales. Eso sería dar un salto cualitativo enorme respecto de lo que tenemos.

2.- Ahora bien, en la otra parte, adónde debieran incorporarse es en las **normas expresas que reconocen Garantías Constitucionales en la Definición de los Principios Fundamentales del Estado.**

3.- En Latinoamérica la definición que hacen en general las constituciones es la alusión al carácter multicultural de su composición interna, o sea reconocen expresamente que, aunque sean un Estado Unitario, que tengan un territorio y que no pretenden renunciar a ninguna parte de ese territorio, reconocen que dentro de ese territorio hay una Nación, y un Conjunto de Naciones compuesto por realidades humanas diversas. Ese es el **Carácter Multicultural de un Estado.** Ergo, los **Derechos Culturales** debieran estar incorporados en ese apartado. Con sólo conseguir en la nueva Constitución que sean considerados como derechos fundamentales, se estaría dando un salto enorme.

4.- Cabría agregar en estos **Derechos Fundamentales, los Derechos de Identidad** que tienen que ver justamente con el **Carácter Multicultural de un Pueblo.** Que son la posibilidad de que un individuo o un grupo de individuos se vinculen en base a unas referencias especiales **que lo vinculan a una cultura determinada, a una forma de ser y que desde esa forma de ser pueda actuar en la vida cultural.** Esos son los **Derechos de Identidad,** o sea de pertenencia a un grupo con una forma de ser determinada.

5.- Lo otro tiene que ver con la **Condición del Artista.** Hay un camino que tiene que ver con la gran producción teórica doctrinaria que se ha hecho en relación de un conjunto

nuevo de **Derechos de Orden Cultural**, en lo cual **cabría hacer coincidir Nuestras Garantías Constitucionales en materia de Cultura con lo que establece el Derecho Internacional de los Derechos Culturales**. Si se lograra introducir principios que están en la recomendación respecto a la **Condición del Artista**, donde se señala que el Estado debe propender a reconocer la labor que cumplen los artistas, debe intentar generar sistemas adecuados de **reconocimiento tanto moral, como material de su labor**, referidos a **sistemas previsionales**, a **sistemas remuneratorios**, a **asignar un gasto público** a esas funciones, que tienen que ver con **las adecuadas condiciones de desempeño de los artistas**, se habría dado un salto cualitativo importante.

El temor de los artistas y

La cultura como visión estratégica

Entre los constituyentes, va a haber seguramente un forcejeo técnico, en relación a cómo se manejan los términos más o menos exactos en las constituciones. Porque esto tiene una parte técnica, de precisión de términos que es importante, sino fundamental, y que los artistas no dominan. Podría un artista ponerse a discutir con un constitucionalista que maneja la retórica, el código Romano, y una cantidad de cuestiones que pudieran ser un obstáculo en el deseo que se redacten acorde a los intereses culturales y artísticos. Es



complejo.

Cómo se explica que, durante la pandemia, que es un espacio tremendamente incómodo para la vida de los artistas, haya aumentado la producción musical, de libros, de antologías. Claro, y cabe reconocer, la vacuna nos puede salvar la vida, pero la cultura nos salva la existencia. **La cultura es la visión estratégica que deben tener los Estados. La visión estratégica inteligente que se debe mantener, y eso debe estar garantizado.**

Porque en esta lógica de la defensa de los Derechos Culturales, efectivamente cuando se da en un proceso constitucional habrá y hay posturas ideológicas. Entonces, adónde va a estar esa fricción respecto a otra visión ideológica menguante respecto de la cultura. Este punto hay que tenerlo muy claro.

La Convención Constituyente seguro no va a ser una reunión de debate de abogados constitucionalistas, deben integrarse también los artistas, por lo demás sería extremadamente aburrido. Uno de los temas, de las grandes deudas que tiene nuestro sistema político, es la forma como entenderse con la Cultura desde el punto de vista de la Constitución. Los artistas tienen que estar asesorados adecuadamente por una visión técnica y abarcadora de la situación actual y de la cultura en el mundo, no tienen por qué restarse. Es la única forma de incorporar y defender sus puntos de vista.

En materia de cultura existen en internet, y están a disposición en la página unesco.org, los informes de los Relatores de Derechos Culturales, sobre realidades de políticas culturales y la forma como éstas son afectadas por las nuevas tecnologías, y todo lo que significó en la adecuación de las “Industrias culturales” a la nueva realidad. Respecto de

dónde va a estar la discusión, en un principio va a ser bien básica, en la discusión doctrinaria va en retirada esa concepción que consideraba que los Derechos Económicos Sociales y Culturales, no eran derechos y que más bien eran propuestas, propósitos, buenas intenciones y que en la medida en que había recursos para financiarlos podían convertirse en realidades.

Ahí va a estar la discusión básica. Llegará gente que va a decir, no, Los Derechos Culturales no existen porque en realidad para eso se necesita que el Estado tenga plata y si el Estado no la tiene, no hay derechos culturales. Eso va a ser así.

Respecto de esa discusión, hay ejemplos que son categóricos: los Derechos Civiles y Políticos. Normalmente se considera que el Estado simplemente debe abstenerse para dar el cumplimiento de ese derecho, pero no es así, no es así porque en realidad para dar cumplimiento a un adecuado Sistema Electoral, a un adecuado sistema de acceso a la justicia, por ejemplo, que son Derechos Civiles y Políticos, el Estado necesita recursos, necesita mantener un sistema electoral adecuado, necesita mantener Tribunales de Justicia con jueces remunerados, y esos **son Derechos Civiles y Políticos, y mal podría pensarse de que no requieren de recursos, así como también se requiere de recursos públicos para financiar los Derechos Económicos Sociales y Culturales.**

Derechos de autor y propiedad intelectual

En materia de derechos de autor, que es el conjunto de derechos que da pie a la llamada Propiedad Intelectual, tenemos una tradición continental europea, o latina, y que se contraponen al copyright en la medida de que existe un énfasis en que la creación es una expresión del ser humano mismo. Entonces como tal, hay una individualidad, hay una especial relación entre la persona y esa creación, por eso está puesto el énfasis en los llamados Derechos Morales, en contraposición a los Derechos Patrimoniales que surgen de la Propiedad Intelectual o de Derecho de Autor. Los Derechos Morales, que tienen que ver con el derecho a la Paternidad, a reivindicar la paternidad sobre la creación de una obra, el derecho a oponerse a cualquier mutilación o deformación de la obra, el derecho a mantenerla en el anonimato, el derecho a mantenerla inédita. Esos son los derechos que caracterizan al modelo latino respecto al derecho de autor, pero eso no va a cambiar y no hay discusión al respecto.

No podemos abstraernos de nuestra tradición jurídica, las Leyes De Propiedad Intelectual en Latinoamérica y en Chile son del siglo 19, y de alguna manera los Derechos Morales están enraizados en esa tradición, a diferencia de lo que ocurre con el modelo anglosajón o del copyright. Pero hay que tener cuidado con un concepto, lo que se entiende por Derecho de Autor, lo que está profusamente desarrollado a partir del siglo 17 o 18 con el Estatuto de la Reina Ana que, confirió exclusividad a los autores de obras literarias para explotar sus obras y que luego fue generando esta rama de **la Propiedad Intelectual que es el Derecho de Autor. Es uno de los temas que preocupa a la UNESCO hoy, producto de las grandes tensiones provocadas en relación de la necesaria armonía, el necesario equilibrio que debe existir entre el Derecho de Acceso a la Cultura, con el Derecho de Autor.**

Este tema ha tomado un vuelo muy importante en la Ompi (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), en el propio Convenio de Berna, y como además existe el fenómeno de que los derechos autorales, normalmente y por efecto de que los derechos patrimoniales del derecho de autor, éstos pueden ser cedidos, están radicados en titulares, o sea, los Dueños del Derecho Autor, que no son los autores. Entonces ahí se produce una

tensión respecto de lo cual el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales presta mucha atención en este momento, con una serie de informes y de relatorías especiales de Derechos Culturales, que además nos provoca un desafío interesante. Difícil que sea materia de discusión constitucional, pero efectivamente, debiera ponerse énfasis en **los Derechos de los Creadores y de los**



Autores, más que la Protección del Derecho de Autor en general, o sea, del reconocimiento del creador y el autor, de garantizar efectivamente que no se vulneren esos derechos que le son propios y que sí es un Derecho Humano. O sea, los Derechos de Protección de la Autoría. UNESCO no considera que el Derecho de Autor, entendido como el sistema de propiedad intelectual en general, sea un Derecho Humano. Por qué mal podría ser un derecho humano algo que muchas veces, y la mayoría de ellas, está bajo el dominio de entes que no son personas naturales, o personas físicas como dicen en España, si no que son instituciones, que son compañías, que son conglomerados de las comunicaciones. Mal podría estimarse que eso es un Derecho Humano en la medida que sus titulares no lo son. Lo que es Derecho Humano es el reconocimiento que le corresponde al Autor y al Creador, circunscrito exclusivamente a eso.

Como fundamental debe contemplar la nueva Constitución el reconocimiento del Carácter Multicultural de la Nación Chilena. No solamente los pueblos originarios, sino también los grupos migrantes, que indudablemente van a constituir, y ya lo constituyen, grupos específicos con distintas realidades de pertenencia Cultural.

Anexo:

- Una nueva Constitución debe considerar en principio al Estado de Chile como Multicultural y Plurinacional.
- Debe considerar la recomposición del tejido social desde el trato de las personas hasta el lenguaje para referirse a ellas, desde el Estado y medios de comunicación como personas y no como consumidores, dando fin a conceptos de mercadeo en referencia a éstos, el país es el país y su gente, personas, y no un mercado de consumidores.
- La Culturas y las Artes no son mercancía que se produce para el mercado y por tanto no puede ser tratarse ni definir estructuras del Estado que lo consideren como tal.
- El Ministerio de Educación considerará la Cultura y las Artes entre sus planes curriculares y formativos desde el inicio de la formación de los educandos, así como toda la Nación y el mundo de la empresa considerará la educación artística, la Cultura y las Artes en el desarrollo personal de perfeccionamiento los trabajadores, talleres como danza, baile, música, literatura, etc. reconocidos como cursos de capacitación.
- Para su desempeño La Cultura y las Artes y el Patrimonio contarán con un presupuesto de % del PIB promedio de los países integrantes de la OCDE.
- El artista se considerará trabajador de la Cultura como tal en todos los ámbitos, asegurando con esto derechos previsionales, jubilatorios y pensión al igual que todo trabajador, asegurando a su vez su atención de salud en el amplio espectro de prestaciones.
- Los medios de comunicación en general considerarán programas de arte y cultura en horarios razonables y preferenciales hasta un 30 % de su programación y un mínimo de un 20 % necesariamente nacional, ocupando en su creación, difusión, etc. precisamente a artistas nacionales. Adicionalmente las Universidades recuperarán sus canales y señales de TV históricos siendo estos constitucionalmente intransferibles.
- Cada Región constará al menos con un canal de TV y una Radio, en los mismos términos señalados anteriormente.
- La institucionalidad de la Cultura las Artes y el Patrimonio será el encargado de construir un sistema de flujo, distribución y exhibición de las Artes y la Cultura interregional, de Arica a Punta Arenas, e internacional y vice versa, sean estos libros, pinturas, cine, teatro, esculturas, etc. etc. en espacios de fácil acceso y

amplio espectro, con promoción y publicidad de nuestros artistas y en coordinación con todos los centros de educación y cultura de la comunidad.

- Las Obras Públicas considerarán en toda carretera, puente, plazas, etc. el sello de nuestros artistas, sus diseños, esculturas, murales, pinturas, poemas, microcuentos, etc.
- Todo agregado cultural en el extranjero necesariamente debe ser probado artista y difusor.
- Desde la institucionalidad de las Culturas las Artes y el Patrimonio, en coordinación con los Ministerios de Hacienda, Economía, Agricultura, Ciencias, del Trabajo y CORFO, de Defensa y RR.EE., los gremios y cámaras de la producción y comercio, y los gremios representativos del Arte elaborarán un proyecto Nación a corto mediano y largo plazo, revisables año a año, el cual será aplicado en todo lugar adonde el país tenga presencia. Ejemplo, vinos, metales, ciencias, poesía, música, etc. que tendrá como expresión una revista bilingüe de circulación adonde el país llegue.



www.revistaprimerapiedra.cl