

El derecho al arte: definición, dimensiones y distinciones*

The right to art: definition, dimensions and distinctions

Rubén MARTÍNEZ DALMAU**

RESUMEN: El presente trabajo introduce elementos conceptuales sobre la noción jurídica del derecho al arte. Argumenta la existencia de una materia propia en el arte que deba ser considerada como bien jurídico protegido, que finalmente justificaría la existencia de un derecho al arte como derecho subjetivo y como derecho objetivo. Resalta la dimensión del arte como reclamación estética, y señala que la habitual previsión de la libertad de creación artística en los ordenamientos jurídicos solo cumple con la protección de una de las dimensiones del derecho al arte, la activa. A continuación, establece las distinciones con derechos interseccionales que han guardado una relación material y jurídica con el derecho al arte, principalmente tres: la libertad de expresión, los derechos culturales y el derecho a la paz.

* Artículo de investigación realizado en el marco del Proyecto de investigación de alto impacto código IMP DER 2928, financiado por la Universidad Militar Nueva Granada, en virtud de convenio de cooperación científica con las Universidades de Zaragoza y de Valencia-España.

** Doctor en Derecho por la Universitat de València; licenciado en Ciencias políticas por la UNED; graduado en Historia del Arte por la UNED. Profesor titular de Derecho constitucional en la Universitat de València. ORCID: 0000-0003-3853-0851. Contacto: <ruben.martinez@uv.es>. Fecha de recepción: 09/11/2021. Fecha de aprobación: 13/03/2022.

PALABRAS CLAVE: Right to art; artistic creation; freedom of expression; cultural rights; right to peace.

ABSTRACT: This paper introduces conceptual elements on the legal notion of the right to art. It argues the existence of a specific matter in art that should be considered as a protected legal right, which would finally justify the existence of a right to art as a subjective right and as an objective right. He highlights the dimension of art as an aesthetic claim, and points out that the usual provision for the freedom of artistic creation in legal systems only fulfills the protection of one of the dimensions of the right to art, the active one. Next, he establishes the distinctions with intersectional rights that have had a material and legal relationship with the right to art, mainly three: freedom of expression, cultural rights and the right to peace.

KEYWORDS: Derecho al arte; creación artística; libertad de expresión; derechos culturales; derecho a la paz.

Solo como fenómeno estético está justificada la existencia del mundo.

F. W. Nietzsche

El nacimiento de la tragedia desde el espíritu de la música,
1871.

I. INTRODUCCIÓN: EL ARTE EN EL DERECHO, EL DERECHO DEL ARTE Y EL DERECHO AL ARTE

No ha sido común entre los juristas referirse a un derecho al arte. Posiblemente para muchos se ha concebido como un refinamiento impropio de una ciencia que persigue desde sus raíces la objetividad y la positividad. El concepto *derecho al arte* ha sido más propio de filósofos y de teóricos del arte; incluso de sociólogos o de expertos en derechos culturales. Aun hoy escapa habitualmente de ser mencionado por el Derecho. Pero lo cierto es que el derecho al arte existe, está reconocido de una u otra manera en multitud de ordenamientos jurídicos, y de hecho apareció explícitamente como uno de los derechos universales en la Declaración universal de los derechos humanos a mitad del siglo XX. Desde entonces ha permeado normas jurídicas tanto estatales como internacionales, y ha dejado de ser solo una creación filosófica para requerir un desarrollo doctrinal adecuado desde el campo jurídico.

Es cierto que el derecho al arte guarda similitudes con derechos presentes en los ordenamientos jurídicos democráticos; hay una relación intrínseca con la libertad de expresión y con la cultura, derechos de generaciones distintas pero bien arraigados en la actualidad. También en las últimas décadas se ha puesto de manifiesto su íntima relación con el derecho a la paz. De hecho, el arte como fenómeno social puede haberse manifestado desde tiempos inmemoriales, pero es últimamente cuando el Derecho ha puesto énfasis en el arte como instrumento de reconciliación y reparación. Dando por sentada esta relación, también sabemos

que el derecho al arte genera su propia materia, de la que se derivan dimensiones diferentes y efectos que abarcan diversos campos. Cuenta, en este sentido, con un contenido autónomo que resulta de interés para el Derecho, puesto que desprende efectos reconocibles y susceptibles de protección.

La relación entre arte y Derecho es distinta según la interdependencia de los sustantivos en la expresión. El *arte en el Derecho* apunta al papel que ha supuesto la experiencia artística en los ordenamientos jurídicos, cuyo análisis solo cobra sentido desde la perspectiva histórica y la función sociológica que han desarrollado interconectadamente ambos conceptos. Afirmaba Carnelutti que “el arte como el Derecho sirve para ordenar el mundo. El derecho como el arte tiende un puente desde el pasado hacia el futuro”¹, una aproximación a los conceptos que se centra en su razón de ser como vertebradores históricos de dinámicas sociales. El estudio del *arte en el Derecho* requiere por lo tanto de aproximaciones metodológicas desde la historia del Derecho y la historia del arte. Al final, tanto el Derecho como el arte son creaciones humanas y por ello, en términos de Gallego, manifestaciones del espíritu humano, lo que sin duda los aproxima y los vertebrata. “Concibiendo -afirma Gallego- así el Derecho y el arte como dos manifestaciones del espíritu humano, podemos mejor armonizar las necesidades jurídicas de la realidad y las exigencias ideales de la Filosofía y habremos hallado un principio superior para definir la órbita respectiva de ambas”².

El *Derecho del arte* apela a las normas positivas vigentes, a las regulaciones jurídicas que vinculan la producción artística y sus manifestaciones y que, aunque han sido enormemente cambiantes a lo largo de la historia, son susceptibles de ser estudiadas en un

¹ CARNELUTTI, Francesco, *Introducción a Arte del Derecho. Seis meditaciones sobre el Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1948, p. 8.

² GALLEGO MORELL, Manuel, “El derecho y sus relaciones con el arte”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 3, 1993, p. 49.

momento dado y en un lugar dado como el conjunto de normas jurídicas que regulan el arte en esas condiciones. Habitualmente, de hecho, el *Derecho del arte* se ha tratado como una especialidad -frecuentemente minoritaria- entre el Derecho administrativo y del Derecho civil, con algunas incursiones del Derecho penal, puesto que finalmente hace referencia a cuestiones reguladoras o patrimonialísticas como los derechos de autor, la propiedad intelectual, el tráfico de bienes culturales o el patrimonio histórico³, así como las sanciones y penas que pudiera haber lugar en caso de comportamientos ilícitos.

Finalmente llegamos al último de los conceptos, el *derecho al arte*, que hace referencia a un papel particular del Derecho en la protección de un bien jurídico, el arte, y los efectos que se desprenden de esta protección y que pueden ser requeridos por la ciudadanía haciendo uso de las garantías normativas habilitadas por el ordenamiento jurídico. Si la aproximación al arte en el Derecho es principalmente histórica y sociológica, y el análisis del Derecho del arte es plenamente jurídico, el derecho al arte se nutre de la teoría de los derechos y, por ello, de la filosofía del Derecho. Pero es también Derecho público, en la medida en que es desde el Derecho público como finalmente pueden generarse los efectos objetivos de los derechos en el mundo jurídico. Si la constitución, en términos de Häberle⁴, debe ser entendida como cultura, si el Estado constitucional es el resultado –siempre abierto– de un desarrollo secular en el tiempo y en el espacio, y si la comunidad política encuentra su fundamento antropológico cultural en la dignidad del hombre, el derecho al arte ha estado siempre presente en

³ Cfr., BRUFAO CURIEL, Pedro, *La intervención pública en el tráfico de bienes culturales*, València, Tirant lo Blanch, 2021; GUZMÁN, Diego, *Derecho del arte. El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

⁴ HÄBERLE, Peter, “La constitución como cultura”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 177-198.

alguna de sus dimensiones desde que existe constitución, Estado constitucional y comunidad política.

En resumen, como afirma Gallego, el Derecho y el arte —Justicia y Belleza— ordenan el mundo. Pero no sólo lo ordenan, sino que lo enriquecen⁵. En este artículo se desarrollará el conceptualmente el *derecho al arte*, haciendo referencia en primer lugar a su definición en relación con el bien jurídico protegido, el derecho objetivo al arte y el derecho subjetivo al arte; a continuación se establecerán sus dimensiones en relación con tres derechos interseccionales con el derecho al arte: la libertad de expresión, el derecho a la cultura y el derecho a la paz.

II. SOBRE LA DEFINICIÓN DEL DERECHO AL ARTE

La existencia de todo derecho implica el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de un ámbito de acción indisponible relacionado directamente con un valor, cualidad o materia; esto es, un *bien jurídico protegido* que no solo fundamenta el derecho, sino que es habitualmente utilizado como criterio de clasificación de los derechos en el marco de una teoría general⁶. En este sentido podríamos referirnos jurídicamente al *derecho al arte* solo en un caso: cuando *el arte*, entendido como materia, cualidad o valor, es reconocido y regulado por el Derecho como un bien jurídico protegido. Esto es, cuando el Derecho no solo reconoce su existencia autónoma de otras materias, sino que considera conveniente su protección y despliega para ello las garantías jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico. Si se da esta autonomía material y, en consecuencia, un bien jurídico protegido diferente a otros, podre-

⁵ GALLEGO, *op. cit.* p. 56.

⁶ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 441 y ss.

mos considerar la existencia tanto de un derecho objetivo como de un derecho subjetivo al arte.

¿Pero es el arte una materia autónoma, un valor propio, una cualidad emancipada de otras cualidades propias de la actividad humana? Sin ninguna duda. Huyendo de querer obtener conclusiones definitivas de las miles de páginas que se han escrito desde la filosofía y la teoría del arte sobre la autonomía del arte⁷, el arte es autónomamente reconocible desde multitud de ciencias como la historia, la sociología, la antropología o la psicología y, desde luego, en la cultura y el habla popular. La duda suele surgir en relación con un concepto más amplio y genérico, la *cultura*. Aunque arte y cultura pueden superponerse en los usos habituales del lenguaje, cuentan con contornos propios reconocibles y delimitados. La Real Academia de la Lengua diferencia los dos: *arte*, dice la acepción más detallada, es la “manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”; la Enciclopedia Británica incorpora un elemento más a la definición: la conciencia de haber creado arte mediante una expresión de habilidad o de imaginación⁸. *Cultura*, por su parte, se define por la Real Academia como “el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”. La enunciación, como puede observarse, es enormemente amplia debido a las dificultades de definición de un concepto que quiere abarcar una globalidad de cualidades humanas materialmente inabarcable, y hace referencia al “grado artístico” como un segmento de la cultura; apunta con ello a la interrelación entre cultura y arte desde lo general hacia lo específico. La Unesco es más explícita en la definición de cultura: “la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una

⁷ Por todos, cfr. BURELLO, Marcelo G., *Autonomía del arte y autonomía estética. Una genealogía*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2012.

⁸ “(...) consciously created through an expression of skill or imagination”.

sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”⁹. De nuevo se aprecia la idea general de la cultura y la específica del arte.

Sin entrar en polémicas conceptuales, podemos concluir que *arte* y *cultura* son conceptos intrínsecamente relacionados, pero que guardan sus propios contornos y significados, y abarcan ámbitos materiales distintos. La cultura define una multitud de manifestaciones humanas entre las que se encuentra el arte. Se trata de diferentes significantes para diferentes significados. Por lo tanto, pueden ser objetos distintos de protección por el Derecho¹⁰. En ese sentido es como el arte, en el marco de su autonomía, es para el Derecho un bien jurídico protegido; esto es, cuenta con un contenido reconocido por el ordenamiento jurídico y sobre el que éste vierte su función protectora. Esta cualidad, de hecho, es particularmente importante en aquellas sociedades plurales en las que reconocen elementos vertebradores que explican, o justifican, sus nexos. Para Camisón, una de las relaciones del arte con el Derecho europeo se fundamenta en que el arte es uno de los pilares sobre los que se construye Europa, y también que construye Europa. “La literatura, la pintura, la escultura, la arquitectura, el

⁹ Quinto considerando de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, adoptada por la 31ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO, en París, el 2 de noviembre de 2001.

¹⁰ Así ocurre, por ejemplo, con los derechos relacionados con la libertad. El reconocimiento del derecho de libertad, propio de las primeras generaciones de derechos y presente en todos los catálogos liberales de derechos, no solo no ha impedido sino que ha fomentado la existencia de derechos específicos, como la libertad de expresión, la libertad religiosa o la libertad de información, con perfiles autónomos, garantías propias y una consideración distinta por parte del Derecho, aun cuando la familia de derechos de libertad cuenta con evidentes similitudes. Cfr. CLAVERO, Bartolomé, *Derecho global: Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

cine, la moda, todas las artes han sido son y serán elementos que vertebran Europa”¹¹.

El reconocimiento de un bien jurídico protegido desencadena la presencia de un derecho subjetivo al arte y de un derecho objetivo al arte. La existencia de un derecho subjetivo al arte ha sido ya desarrollada en trabajos anteriores¹², donde –en el sentido que también aquí se ha defendido– se argumentó la generación de un derecho al arte fundamentado en la autonomía del arte, que lo diferencia de otras formas expresivas; en la capacidad de apropiación subjetiva del arte exclusivamente por parte de los seres humanos; en las posibilidades del arte para la construcción de formas de expresión varias; y en el potencial uso del arte en políticas públicas propias de los sistemas democráticos, que ayudaría al derecho a la paz y a la reconciliación, así como formas alternativas de reparación y rehabilitación en sociedad. De hecho, la experiencia estética propia y los efectos que engendra esta experiencia en el ser humano podría ser suficiente por ella misma para apelar a un derecho subjetivo al arte, puesto que el arte como goce –reclamación de la experiencia estética– y el arte como libertad –creación de la experiencia estética– son parte de la *dignidad* como fundamento de los derechos¹³. Pero cabe resaltar que esta experiencia estética, en todo caso personalísima, se ve fortalecida por el rol que desempeña el arte en ámbitos colectivos, y del que se desprenden funciones sociales como la transformación cultural y de valores, el sustento a la paz y a la reparación en con-

¹¹ CAMISÓN YAGÜE, José Ángel, “El Derecho de la Unión Europea como Arte”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 4, 2010, p. 10.

¹² MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Arte, Derecho y derecho al arte”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 32, 2014, pp. 35-56.

¹³ En general, cfr. CABRERA CARO, Leticia, “Autonomía y dignidad: la titularidad de los derechos”, *Anuario de derechos humanos*, núm. 3, 2002, pp. 9-42.

flictos violentos¹⁴, la promoción de una ética que se rebele contra el pensamiento dicotómico¹⁵, o la colaboración en la construcción pacífica de un proceso de integración como el europeo que, en términos de Camisón, podemos concebir con “una nueva visión sobre la Unión Europea, como “arte”, en tanto que la construcción europea es un arte de la existencia de lo casi “imposible”, mantener a Europa unida y en paz”¹⁶.

Como derecho objetivo, con independencia de experiencias anteriores, el derecho al arte ingresó por la puerta grande a la lista de derechos humanos con la proclamación por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷. En este sentido la dimensión objetiva del derecho al arte es de creación mucho más reciente que otros derechos vinculados, como la libertad de expresión o los derechos culturales, y más cercano en el contexto generado por el derecho a la paz. Su objetivo, después de la experiencia de las dictaduras fascistas y la II Guerra Mundial, fue reivindicar los principios comunes de la humanidad y dotarlos de fuerza normativa, pues entiende como “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a

¹⁴ Cfr. SIERRA LEÓN, Yolanda, “Relaciones entre el arte y los derechos humanos”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 32, 2014, pp. 77-100.

¹⁵ “Desde esta nueva ética se presenta al sujeto alejado de los virtuosismos de una bondad, sumisión y aspiración a la realización de actos buenos, contruidos a través del Derecho y la religión, debido a que las zonas grises están determinadas por ese lugar donde transcurre la experiencia humana, en el que se desestima la dicotomía entre buenos y malos, a los que estamos acostumbrados y que demanda la sociedad”. MOLINARES HASSAN, Viridiana, *La zona gris. Imposibilidad de juicios y una nueva ética*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2012, p. 25.

¹⁶ CAMISÓN, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷ Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”¹⁸.

En este clima imperioso de crear nuevos lazos de concordia y entendimiento, de retorno a las ideas grandes y universales, de poner de manifiesto el “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”¹⁹, emergió un artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde el derecho al arte irrumpió en sus dimensiones esenciales: el arte como goce –reclamación de la experiencia estética– y el arte como libertad –creación de la experiencia estética–. Este relevante artículo establece que: “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. La dimensión personalísima de la reclamación de la experiencia estética está plenamente cubierta en el artículo, cuya referencia es explícita: “gozar de las artes”²⁰; esto es, disfrutar del sentimiento generado tanto por la manufactura de las artes como por la experiencia que se desprenda de la reclamación artística.

A pesar del mandato de la Declaración Universal, el desarrollo posterior del derecho objetivo al arte ha recorrido vías más específicas relacionadas principalmente con dos derechos interseccionales con el derecho al arte: la libertad de expresión y los derechos culturales. Así se desprende de preceptos como el artícu-

¹⁸ Tercer considerando del Preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos.

¹⁹ Proclamación del Preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos.

²⁰ “Jouir des arts” en francés; “enjoy the arts”, en inglés. Ambos textos hacen alusión sin sombra de duda al goce o disfrute obtenido por el arte; esto es, a la reclamación de la experiencia estética.

lo 15²¹ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²², o los artículos 19.2²³ y 27²⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵. Estos dos derechos han sido sin duda los ámbitos de protección que mayor impacto han alcanzado en las legislaciones tanto internacional como estatales.

En el ámbito constitucional también se ha abierto paso con mayor fuerza la libertad de expresión y el derecho a la cultura y, en algunos casos, el derecho a la paz. El derecho al arte, las pocas

²¹ “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

²² Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

²³ “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

²⁴ “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

²⁵ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

veces que consta expresa y autónomamente, suele poner énfasis en la diversidad y pluralidad de las sociedades ordenadas por la Constitución²⁶. En este sentido, el desarrollo ha sido más amplio respecto a la manifestación activa del derecho al arte, aquella que incide en la dimensión creadora del arte como libertad artística, que ha sido defendida en varios ordenamientos como un derecho constitucional²⁷ y ha contado con alguna jurisprudencia de relevancia en tribunales de integración como el Tribunal Europeo

²⁶ Es el caso de la Constitución ecuatoriana de 2008, conocida como Constitución de Montecristi, que dedica el capítulo cuarto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Establece que los pueblos y nacionalidades tienen el derecho de “mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales”, “mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador”, y determina que “el Estado proveera los «recursos para el efecto» (artículos 57.12 y 57.13), precisando, en el artículo 379.4, que son parte del patrimonio cultural, entre otros, las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas. El arte aparece en la Constitución a través del patrimonio, aunque -afirma Vercoutère- no se refiere a una concepción patrimonialista de la cultura que se limita al capital cultural acumulado. Una concepción del patrimonio como algo vivo y en constante cambio puede aclarar el sentido de estos artículos en lo referente al arte. Cfr. VERCOUTÈRE QUINCHE, Tamia, “Pensar el derecho al arte desde los pueblos y nacionalidades del Ecuador”, en RESTREPO, Ricardo, *El derecho al arte en Ecuador*, Quito, IAN, 2013

²⁷ Cfr. VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier, “La libertad de expresión artística. Una primera aproximación”. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 62, núm. 2, 2014, pp. 73-92. Respecto a la particularidad de la creación artística en el ámbito español y comparado, cfr. URÍAS, Joaquín, “La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 343-370. Sobre el caso chileno, cfr. BRAVO VELÁSQUEZ, Manuel A., “La evolución constitucional del derecho a la libertad de creación artística”, *Sur y Tiempo. Revista de Historia de América*, núm. 5, enero-junio 2022, pp. 65-89.

de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸. Con todo, queda claro que el derecho al arte como creación artística solo abarca una parte del concepto del derecho al arte, aquella que se manifiesta como una actuación factual de la que se desprende un producto. Solo indirectamente se refiere a la aprehensión de la obra por quien la contempla, al arte como reclamación de la experiencia estética. Pero, al final, es por medio de la incorporación de ambas dimensiones a los ordenamientos jurídicos cuando se alcanza una protección plena del derecho al arte.

III. LA RELACIÓN DEL DERECHO AL ARTE CON DERECHOS INTERSECCIONALES: LIBERTAD DE EXPRESIÓN, CULTURA Y PAZ

Podemos hablar de un consenso en el que constatamos la presencia del arte como manifestación propia. Existe el arte por sí mismo; lo reconocemos, lo estudiamos y lo categorizamos, aunque no contemos con una única descripción y posiblemente nunca la alcancemos. El concepto del arte y su contenido es uno de los debates más tradicionales y recurrentes en la teoría del arte²⁹, pero el hecho que no podamos acordar una definición con palabras ni crear un consenso absoluto sobre su descripción -como ocurre por cierto con tantas otras categorías sociales- no niega en absoluto su existencia; no podría hacerlo, por cuanto es una manifestación humana presente desde los orígenes y a lo largo de la historia³⁰ y, como hemos visto, nada ajena al Derecho.

²⁸ Cfr. CALVO GONZÁLEZ, José, “Libertad de expresión artística ¿Equilibrio de derechos o Derechos en equilibrio?”, *Dikaiosyne: revista semestral de filosofía práctica*, núm. 21, 2008, pp. 7-44.

²⁹ Por todos, cfr. DANTO, Arthur C., *Qué es el arte*, Barcelona, Paidós, 2013.

³⁰ Por todos, cfr. la obra clásica de GOMBRICH, E. H., *Historia del Arte*, México, Diana, 1950.

Desde el enfoque del Derecho el concepto del arte, sin duda, ha venido determinado por dos categorías más amplias y clásicas en la regulación jurídica: la libertad de expresión y la cultura. Las dos se diferencian conceptual y sustantivamente del arte, pero la relación entre ellas comporta una amplia intersección en sus contenidos. Porque el arte no es solo libertad de expresión y cultura, pero también es libertad de expresión y cultura, y participa de estos dos derechos.

En efecto, el arte no es exclusivamente una dimensión más de la libertad de expresión, ni siquiera necesariamente producto de una manifestación cultural. El arte es a la vez algo más y algo menos: debe contener voluntad manifiesta de expresión, pero de la misma forma que cualquier otra actuación humana es, a su vez, una exposición de intenciones o de comportamientos. Puede ser un instrumento de información, pero con voluntad de conseguir un objetivo diferente. Puede ser una forma de disfrute, goce o placer, y también lo puede ser, contraria o complementariamente, de sensibilidad, pena y dolor. Puede incorporarse en una cultura, pero puede romper con una cultura; por lo tanto, puede ser coyunturalmente cultural pero con intenciones contraculturales (difícilmente anticulturales). El arte depende tanto del objeto como del sujeto que, a través de la libertad creativa o de la reclamación estética, participa en los efectos de la obra artística³¹.

La *libertad de expresión* es uno de los derechos civiles clásicos que lograron su espacio de protección con el avance del liberalismo desde la modernidad. Como afirma Ansuátegui, la libertad de expresión, entendida como el derecho de comunicar libremente, bien de manera directa, bien a través de un medio cualquiera de difusión, las ideas, opiniones y noticias, es un derecho básico e irrenunciable, íntimamente unido a la idea de dignidad humana, que es el núcleo radical del que brota toda la construcción filosófi-

³¹ MARTÍNEZ DALMAU, *op. cit.*, p. 36.

ca de los derechos fundamentales³². La libertad de expresión hace por lo tanto referencia general a la capacidad de difundir pensamientos y opiniones -y hechos, con lo que nos adentraríamos en los contornos fronterizos de la libertad de información- entre los cuales debemos incluir la creación artística, pero solo despliega esta protección como acto de difusión³³, sin contener ninguna referencia a la reclamación estética, al derecho al arte como goce. La libertad de expresión, en definitiva, solo protege determinadas manifestaciones del derecho al arte, pero no lo abarca en su plenitud.

Por otro lado, existe cierto consenso entre la doctrina que el derecho al arte se engloba en el *derecho a la cultura*³⁴, pero con su especificidad. La categoría general sería la *cultura*, y la específica el *arte*. Así, de hecho, consta en la mayor parte de ordenamientos jurídicos y lo proyecta la UNESCO en la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural³⁵, cuando determina en sus considerandos que “la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”, e insiste en esta idea en la definición del artículo 7 de patrimonio cultural en relación orgánica con la creatividad: “La creatividad tiene sus orígenes en las tradiciones culturales, pero se desarrolla plenamente en contacto con otras culturas. Ésta es la razón por la cual el patrimonio, en todas sus formas, debe ser preservado, re-

³² ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990, p. 9.

³³ Cfr. URÍAS, *op. cit.* pp. 345 y ss.

³⁴ Así, BAYÓN, Damián, *Pensar con los ojos: ensayos de arte latinoamericano*, México, FCE, 1993, p. 166; Vercoutère, *op. cit.*, p. 53.

³⁵ Adoptada por la 31ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO en París el 2 de noviembre de 2001.

alzado y transmitido a las generaciones futuras como testimonio de la experiencia y de las aspiraciones humanas, a fin de nutrir la creatividad en toda su diversidad e inspirar un verdadero diálogo entre las culturas”. En este sentido, como ya se ha argumentado³⁶, el arte es considerado una materia autónoma con rasgos específicos y diferenciado sustantivamente de la cultura, si bien intersecciona ampliamente con ella. Queda justificado, por lo tanto, que se configure como derecho autónomo, y que al mismo tiempo forme parte de la categoría general *derechos culturales*.

En tercer lugar, un derecho interseccional con el derecho al arte que, como se ha comentado, ha cobrado auge en las últimas décadas es el *derecho a la paz*. El derecho a la paz se concibe como una resolución no violenta de los conflictos que entiende que el uso abusivo de la fuerza y la práctica de la guerra son un producto cultural³⁷, y debe ser evitado desde ese prisma. La dimensión del derecho a la paz en la Carta de las Naciones Unidas como obligación de solución pacífica de controversias y uso de la fuerza en las relaciones internacionales³⁸ constituye, en términos de Saura, el primer asidero en la formulación de un derecho humano a la paz en Derecho internacional³⁹, y es coetáneo a la incorporación del

³⁶ Vid. GALLEGO MORELL, Manuel, *op. cit.*, p. 49.

³⁷ CALLE MEZA, Melba Luz, *Constitución y guerra. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo, XX*. Ibáñez, Bogotá, 2014, pp. 46 y ss.

³⁸ Carta de las Naciones Unidas aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945. Art. 2.3: “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”; art. 2.4.: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”.

³⁹ SAURA ESTAPÀ, Jaume, “El derecho humano a la paz en perspectiva internacional”, en GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel (ed.), *El derecho a la paz como*

derecho a la paz en la Constitución de Japón en 1947⁴⁰ que también responde, como en la norma internacional, a la reivindicación axiológica y positivizada de la paz como derecho después de la traumática experiencia de los fascismos y la II Guerra Mundial. Hablamos por lo tanto de guerra y paz en el marco de la creación de culturas predominantes en las sociedades, lo que entronca con el derecho al arte en su intersección, ya analizada, con los derechos culturales.

Una manifestación en este sentido de la función social del derecho al arte en relación con el derecho a la paz es la correspondencia entre prácticas artísticas y reparación simbólica en los procesos de paz. Como se ha demostrado en varias experiencias⁴¹, el arte ha funcionado eficazmente como mecanismo de diálogo entre las partes en conflicto dentro de un proceso de paz en varias dimensiones puesto que, como afirma Sierra⁴², “el arte, las prácticas artísticas y culturales, son mecanismos que permiten el

derecho emergente, Barcelona, Atelier, 2011, p. 48.

⁴⁰ Constitución de Japón de 23 de junio de 1947. Art. 9: “Aspirando sinceramente a una paz internacional basada en la justicia y el orden, el pueblo japonés renuncia para siempre a la guerra como derecho soberano de la nación y a la amenaza o al uso de la fuerza como medio de solución en disputas internacionales”.

⁴¹ Cfr. RIVERA REVELO, Laura, “Memoria, reparación simbólica y arte: la memoria como parte de la verdad”. *Foro. Revista de Derecho*, núm. 33, 2020, pp. 29-64; FALCONI, José; MENDOZA ORTIZ, Liliana; SIERRA LEÓN, Yolanda, *Reparación simbólica: Cultura y arte para nueve casos de violaciones de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

⁴² SIERRA LEÓN, Yolanda, “Reparación simbólica, litigio estético y litigio artístico: reflexiones en torno al arte, la cultura y la justicia restaurativa en Colombia”, en SIERRA LEÓN, Yolanda (ed.), *Reparación simbólica: Jurisprudencia, cantos y tejidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 41. Respecto a la reacción feminista frente a las violencias patriarcales, cfr. BALLESTER BUIGUES, Irene, *El cuerpo abierto. Representaciones extremas de la mujer en el arte contemporáneo*, Gijón, Trea, 2012.

acercamiento entre víctimas y ofensores, en un plano de diálogo, consideración e introspección, dejando de lado los deseos de retaliación, los acuerdos insustanciales de verdad y perdón, ya que, con la planeación e integración de las partes de forma adecuada, logran entretejer nuevamente las relaciones cordiales dentro de la sociedad”. Varios tribunales tanto estatales como de integración⁴³ han avalado al arte como un mecanismo de reparación de las víctimas en el conflicto violento y han ordenado la presencia o la restauración de obras de arte en este sentido. Se demuestra por lo tanto cómo el derecho a la paz y el derecho al arte entroncan en una dimensión de su función social y coinciden en cuanto a determinados valores adoptados.

Estos cuatro derechos interseccionales, el derecho al arte, la libertad de expresión, el derecho a la cultura y el derecho a la paz, guardan una intensa coincidencia material hasta el punto que en ocasiones no es fácil definir los límites en los que acaba uno y comienza el siguiente, lo que no impide reconocerlos en su autonomía. El propio concepto de *derechos* es una categoría creada desde la razón, por lo que la interrelación entre estos derechos es materialmente necesaria. Y es desde esta razón como logramos detectar los núcleos definidores de cada derecho y establecer sus características.

IV. CONCLUSIONES

La relación entre el arte y el Derecho no ha sido lineal, y ha abarcado diferentes formas a lo largo del tiempo. El arte en el Derecho hace referencia a la interconexión que ha habido entre la manifestación artística, en sus diferentes dimensiones, y la regulación jurídica; su análisis requiere la perspectiva sociológica e histórica en colaboración de dos disciplinas: la historia del Derecho y la historia del arte. El Derecho del arte responde a la regulación jurídica

⁴³ Cfr. FALCONI, MENDOZA y SIERRA, *op. cit.*

particular de la manifestación artística en determinado tiempo y lugar. Por último, el derecho al arte apela al papel particular del Derecho en la protección de un bien jurídico, el arte, y los efectos que se desprenden de esta protección, que pueden ser reclamados por la ciudadanía haciendo uso de las garantías normativas desplegadas por el ordenamiento jurídico.

Existe un concepto de arte entendido como bien jurídico positivo; esto es, como asunto del Derecho que el sistema normativo debe reconocer y proteger; en este sentido, el arte cuenta con una materia propia diferente a otras, principalmente la cultura; es un concepto autónomo, aunque intrínsecamente relacionado. Del arte como bien jurídico protegido se desprende tanto un derecho subjetivo al arte -el reconocimiento de la capacidad del ser humano de reivindicar el arte como derecho autónomo- como un derecho objetivo al arte, presente ya en normas internacionales y estatales.

La protección, para que podamos referirnos plenamente a un derecho al arte, debe ser integral, lo que significa atender a las dos dimensiones del derecho al arte: la creación artística -el arte como libertad-, que es más habitual en los ordenamientos jurídicos comparados, y la reclamación estética de la experiencia artística -el arte como goce-; esto es, la posibilidad de experimentar el arte con plenitud desde la propia subjetividad. Los ordenamientos jurídicos, no obstante, protegen con mayor intensidad al derecho al arte como libertad, mientras que la consideración del derecho al arte como reclamación estética es más débil aunque, en todo caso, se desprende necesariamente de la primera. La protección del derecho al arte como reclamación estética por parte de las personas conllevaría a una activa política artística de los poderes públicos que garantizara, entre otras cuestiones, el acceso gratuito a las obras de arte, la incorporación del conocimiento artístico en los itinerarios de aprendizaje, la apertura y facilidades de acceso al patrimonio artístico, o la rehabilitación del patrimonio artístico público o privado.

Tres derechos, que se detectan con mayor habitualidad en los sistemas normativos comparados puesto que cuentan con una mayor consolidación, se interrelacionan ampliamente entre ellos y con el derecho al arte, por lo que deben considerarse interseccionales. Se trata del derecho a la libertad de expresión, de los derechos culturales y del derecho a la paz. Aunque nacen en momentos históricos diferentes y pueden responder a fundamentos axiológicos distintos entre ellos, lo cierto es que sus contenidos materiales están conectados hasta el punto de que en muchos momentos es confusa la línea de distinción entre uno y otro. Puesto que los derechos son constructos intelectuales, esta interrelación colabora en su consolidación y su garantía más plena; por ello, lo que formalmente podría considerarse un problema es, a la hora de aplicar el Derecho, una ventaja para la protección global de los derechos. La amplitud de su intersección material en ningún momento supone un cuestionamiento a la autonomía de cada uno de los derechos, incluido el derecho al arte.

