

Derecho a la Cultura

Su configuración en las Constituciones de 1961 y 1999
reflexiones sobre la ponderación para su ejercicio

Ninoska Rodríguez Laverde
Profesora UCAB

I. El Derecho a la Cultura: 1. Tratado y Pactos Internacionales: a. Textos constitucionales iberoamericanos. b. Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: artículo 15. c. Constitución de 1961: artículos 83 y 100 constitucionales, y Constitución de 1999: artículos 98, 99 y 100, constitucionales. **2. Contenido del derecho a la cultura:** presupuestos, función y objeto. **3. Derecho a la Cultura y su vinculación con el Derecho de Propiedad:** a. Regulación constitucional: artículo 115 constitucional. b. los bienes patrimonio cultural de la República. c. la declaratoria de patrimonio cultural de la República. **4. El ámbito competencial con base a la titularidad del patrimonio cultural de los sujetos de Derecho público y el acceso a los bienes culturales, como función del derecho a la cultura:** artículo 178, 156 constitucionales. **III. La Ponderación en el Bloque de la Legalidad del Derecho a la Cultura en su Manifestación a la Protección y Promoción de la Propiedad Intelectual :** funciones, obligaciones y deberes de los titulares de ponderar dicho derecho. **Consideraciones finales.**

Preeliminar:

Presentamos a continuación algunas reflexiones sobre el derecho a la cultura y su contenido y alcance en la Constitución de 1961 y de 1999, y una aproximación al desarrollo del mismo tanto por el legislador como por órganos jurisdiccionales.

Su regulación en la Constitución de 1999, ordena constitucionalmente el producto del desarrollo legislativo que con base a la Constitución de 1961 y tratados internacionales en la materia, ratificados por Venezuela, dio lugar a la Ley sobre protección y defensa del patrimonio cultural, la Ley sobre el derecho de autor, la Ley del libro, la Ley de cinematografía y la Ley de protección y fomento del desarrollo artesanal. El análisis o encuadramiento de los requisitos formales y materiales que el legislador debe observar para la restricción de derechos fundamentales, encuentran respuesta y observancia en este conjunto de instrumentos legales -desde un punto de vista formal y material- los cuales desarrollaron conforme a lo previsto en la Constitución de 1961 el derecho a la cultura, y configuraron el ámbito actual de éste en la Constitución vigente.

El punto de desencuentro y la posible confrontación entre el derecho a la cultura, conforme lo establecido en los artículo 98, 99 y 100 constitucionales, y otros derechos fundamentales, como lo es el derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica, o con el ejercicio de las competencias que la Constitución y las leyes le atribuyen a los entes políticos territoriales y a los órganos de la Administración Pública desconcentrada a nivel nacional, es producto actualmente, de la interpretación del juez constitucional o del funcionario público que tiene a su cargo el ejercicio de las competencia en materia de servicios culturales.

Precisar el interés, los principios y el alcance del derecho a la cultura al momento de su ponderación por el juez constitucional e incluso por los órganos de la Administración Pública al momento de su interpretación o aplicación, constituye el objeto de este papel de trabajo.

I. El Derecho a la Cultura

1. Derecho comparado

a. Textos constitucionales iberoamericanos

En relación con la previsión del derecho a la cultura en los textos constitucionales cuya redacción es posterior a la segunda guerra mundial, y en consecuencia, sucesiva a la proclamación de la Convención de Derechos Humanos, tenemos que en los mismos se han incorporado disposiciones destinadas al reconocimiento del derecho a la cultura, originando con ello el llamado *constitucionalismo cultural*.

Tal incorporación quizás se origina en la creencia sobre la existencia de un cuarto elemento a ser tomado en consideración en la Teoría de los elementos del Estado, el cual vendría a ser *la cultura*, entendida ésta como el elemento que envuelve a los otros tres, es decir al territorio, el pueblo y el poder (Häberle 1998, p.25). Las regulaciones sobre los bienes culturales o la protección de la identidad cultural o acceso a la cultura, en fin del derecho a la cultura como expresión genérica, suele, -señala Häberle, (1998, p.18)- “aparecer bien sea en el preámbulo, o como un fin educativo, un derecho un deber fundamental, una cláusula de patrimonio cultural, un mandato constitucional, un fin del Estado, o una simple competencia”.

En el caso específico de las constituciones iberoamericanas, destacan las regulaciones contenidas en la Constitución Española (1978) la cual prevé en su artículo 46 que los Poderes Públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integren cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra éste Patrimonio. Por su parte la Constitución de Portugal (1976) establece en su artículo 78 que todos tienen derecho al disfrute y a la creación cultural, reafirmando lo dispuesto en artículos anteriores, así como el deber de preservar, defender y valorizar el patrimonio cultural, y promover la salvaguarda y valorización del patrimonio cultural, tornándolo en elemento vivificador de la identidad cultural común.

Las Constituciones de Ecuador, y Guatemala, Estados con un valioso patrimonio cultural (histórico y arqueológico) prevén respectivamente como función del Estado, el fomento y promoción de la cultura, la creación artística, la investigación científica y la obligación de velar por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación, los sitios arqueológicos, y conjuntos monumentales.

Las Constituciones de Chile y de Bolivia manteniendo la misma tendencia, establecen que le corresponde al Estado estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la nación; son de propiedad del Estado los monumentos y objetos arqueológicos. La riqueza artística colonial, la arqueológica, la histórica y documental, así como la procedente del culto religioso son tesoros culturales de la nación y están bajo el amparo del Estado y no pueden ser exportadas. El Estado en la materia que se señala organizará un registro de la riqueza artística, histórica y religiosa y documental, proveerá a su custodia y atenderá a su conservación, además de proteger los edificios y objetos que sean declarados de valor histórico.

Un caso excepcional a las Constituciones citadas lo constituye la Constitución de México, la cual *data* de 1917 y recepta como de la reserva legal el establecimiento, organización y sostenimiento en toda la República de museos, bibliotecas, conservatorios y demás Institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación y todo sobre monumentos arquitectónicos artísticos e históricos cuya conservación sea de interés nacional.

Expuestas las referencias anteriores podemos deducir el significado alcanzado por el derecho a la cultura durante los últimos tiempos, considerando así su justificación como un posible derecho de rango constitucional, el cual a su vez en la mayoría de los casos deja a la reserva del poder legislativo su regulación como un mecanismo, para garantizar su eficacia. Característica esta que por lo demás es propicia dado el constante desarrollo y evolución de los bienes que integran el contenido del derecho a la cultura.

Es acertada la afirmación según la cual *“el Estado constitucional se define (también) por su cultura nacional (funda su identidad) y la libertad sólo se convierte en libertad <<plena>> a través de la cultura. La persona consigue <<andar de pie>> gracias a la cultura. Los productos de los derechos culturales como la libertad religiosa, artística o científica, maduran con el correr en lo que los textos nacionales e internacionales califican como <<bien cultural>>”* (Häberle, 1998, p. 28).

b. Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: artículo 15.

Sobre una posible clasificación del derecho a la cultura, tenemos, siguiendo la concepción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que éste encuadra en la categoría de los derechos sociales, mejor denominados por un sector de la doctrina, derechos fundamentales de prestación, en los cuales, se encuentra íncito un sentido de libertad y de igualdad, conjuntamente con una acción de prestación, o acción positiva por parte del Estado, que se fundamenta en el caso específico del derecho a la cultura en la pretensión por parte de los ciudadanos de tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad (artesanías, cultura popular, preservación de la identidad cultural y en consecuencia de la salvaguarda del patrimonio cultural), gozar de las artes (disfrute de la prestación de los servicios culturales), y participar en el progreso científico y en los beneficios que de ellos resulten.

Específicamente el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 15 prevé:

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 obligaciones;
- 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.

1. 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.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fenómeno y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

En relación con el alcance de los términos acceso a la cultura, participación en la vida cultural y comunicación, la UNESCO en su *Recomendación sobre la Participación y la Contribución de las Masas Populares* expresó, que *por acceso a la cultura* debemos entender: “la posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y disfrutar de los valores y bienes culturales”; por

participación en la vida cultural, “la posibilidad efectiva y garantizada para todo grupo o individuo de expresarse, comunicar, actuar y crear libremente, con el objeto de asegurar su propio desarrollo, una vida armoniosa y el progreso cultural de la sociedad”; *por comunicación* “las relaciones entre grupos o individuos deseosos de intercambiar libremente o de poner en común informaciones, ideas y conocimientos en un afán de diálogo y de acción aunada de comprensión y de solidaridad, en el respeto de su originalidad y de sus diferencias, a fin de fortalecer la comprensión mutua y la paz”.

El ejercicio del derecho a la cultura supone en consecuencia un ser humano libre e igual. Libertad e igualdad que se infiere de la dignidad inherente al ciudadano. Condiciones que acreditan el derecho a la cultura como un derecho fundamental para el logro del bien común, el cual se ha sostenido, es el fin de la sociedad. De allí que, “*la sociedad debe, en razón de su igualdad de naturaleza, reconocer la igualdad de todos los hombres en lo que concierne a “los derechos fundamentales de la persona humana” que “son anteriores de suyo a la sociedad civil”, y ello implica también “que las condiciones sociales más elevadas no estén de por sí cerradas a nadie y que todos los hombres tengan las mismas oportunidades de acceder, cada uno según su esfuerzo y según su condición, a su plenitud humana”* (Maritain, J, por Daujat J, 1981, p.p. 154 y 149).

Tal exigencia obliga a que el Estado, a los fines de garantizar el acceso a la cultura y participación en la vida cultural no deba solamente procurar u otorgar una acción o prestación positiva, sino que deberá garantizar su difusión en condiciones de igualdad y de libertad.

c. Constitución de 1961: artículos 83 y 100 constitucionales y Constitución de 1999: artículos 98, 99 y 100 constitucionales

El derecho a la cultura, encuentra su fundamento en su razón, la cual se traduce en una acción de prestación por parte del Estado, a través de la cual desarrolla las actuaciones positivas previstas en la Constitución, básicamente en los artículos 98, 99 y 100 del texto constitucional. Dichos artículos establecen la libertad de creación cultural y de pensamiento, el reconocimiento de la propiedad intelectual, el reconocimiento de incentivos fiscales, la protección social de los trabajadores culturales, la obligación del Estado de fomentar y garantizar los valores de la cultura como un derecho fundamental, así como la protección y salvaguarda del patrimonio cultural de la República.

Esta norma constitucional, sustituyó los artículos 83 y 100 de la Constitución de 1961, sin embargo podemos afirmar que la misma no representó un cambio sustancial o innovación alguna en el ordenamiento jurídico, en virtud que lo que está contenido en dichas normas son los principios que se incorporaron desde el año 1993 en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley sobre el Derecho de Autor, la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la República), la Ley del Libro, la Ley de Cinematografía (incentivos fiscales), y la Ley de Fomento y Desarrollo Artesanal (protección social de los artesanos mediante la creación de los fondos de retiro y de seguridad social).

El juez constitucional equívocamente ha afirmado, en materia relativa a la protección de los bienes que integran el patrimonio cultural de la República, que:

“En ese sentido, no escapa al análisis de esta Sala que muchas de las afectaciones al patrimonio cultural fueron ejecutadas conforme al ordenamiento jurídico vigente para entonces que no contaba con la amplitud e intensidad que consagra en la actualidad la concepción de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así al margen de esa perspectiva sistémica, se

realizaron en Venezuela innumerables intervenciones urbanas que afectaron la identidad cultural de ciudades o de monumentos en particular -vgr. Teatro Municipal de Caracas” (Sala Constitucional N° 1817 del 28 de noviembre de 2008)

Parece desconocer el sentenciador la evolución de la normativa tanto constitucional como legislativa en materia del patrimonio cultural, debido a que los conceptos hoy de rango constitucional en materia de patrimonio cultural tuvieron una regulación legislativa preconstitucional desde 1993. Sólo para cotejar las dos disposiciones una de rango constitucional -año 1999-, y la segunda de rango legal -año 1993-, presentamos de seguida los siguientes artículos:

Constitución vigente (en las dos versiones: G. O. N° 36.860 del 30/12/ 1999, y G. O. Ext. N° 5.453 del 24/3/ 2000)

Artículo 99. “Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios. Se reconoce la autonomía de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley. El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes”.

Constitución de 1961

Art. 83. El Estado fomentará la cultura en sus diversas manifestaciones y velará por la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico que se encuentren en el país, y procurará que ellos sirvan al fomento de la educación.

Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (G.O. Ext. 4.623 del 3/10/ 1993)

Artículo 1° Esta Ley tiene por objeto establecer los principios que han de regir la defensa del Patrimonio Cultural de la República, comprendiendo ésta: su investigación, rescate, preservación, conservación, restauración, revitalización, revalorización, mantenimiento, incremento, exhibición, custodia, vigilancia, identificación y todo cuanto requiera su protección cultural, material y espiritual.

Artículo 4° El Patrimonio Cultural de la República es inalienable e imprescriptible en los términos de esta Ley.

Artículo 44.- Quedan obligados a una participación activa en pro de la defensa, rescate y conservación del Patrimonio Cultural de la República todos los ciudadanos que habiten en su territorio.

Será penado con dos (2) a cuatro (4) años de prisión quien destruya, deteriore o dañe cualesquiera de los bienes establecidos en los artículos 2° y 6° de esta Ley.

Artículo 45.- El que por haber obrado con imprudencia o negligencia; o bien con impericia en su profesión, arte o industria; o por inobservancia de esta Ley, de sus reglamentos, normas, órdenes escritas o disposiciones oficiales ocasionen

algún daño a esos bienes, será sancionado con la mitad de la pena anterior.

Artículo 46.- Quienes en búsqueda de bienes arqueológicos o paleontológicos realicen exploraciones o excavaciones no autorizadas, serán sancionados con la pena prevista en el artículo que antecede.

Artículo 47.- Las demás infracciones a esta Ley y a sus Reglamentos que no constituyan delito, serán sancionadas con multa de cinco mil (5000) a diez mil (10000) días de salario mínimo urbano. La sanción será impuesta por el Ministerio de Hacienda, a solicitud del Instituto del Patrimonio Cultural.

Artículo 48.- Las sanciones, anteriormente previstas, tendrán prelación sobre las que pudiera establecer la Ley Penal del Ambiente, para los delitos y faltas aquí contemplados.

Artículo 49.- Sin menoscabo de lo que disponga la legislación protectora de derechos intelectuales, se considera delito contra el Patrimonio Cultural de la República, la utilización lucrativa del nombre de sus artistas, sin las autorizaciones suyas o de sus herederos o causahabientes, conforme a lo previsto en esta Ley.

Queda así evidenciada la doble concordancia entre los instrumentos legislativos en materia de salvaguarda de los bienes declarados patrimonio cultural, tanto bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y la Constitución de 1999. Con lo cual la afirmación dada por el juez constitucional en el párrafo citado *supra*, debería ser revisada y precisada en su alcance y contenido.

3. Contenido del derecho a la cultura: presupuestos, función y objeto.

Si definimos el derecho a la cultura tomando en consideración el significado de los dos términos que lo componen, observamos, que el Derecho en su sentido objetivo, es comprendido como “*el conjunto de normas, y de preceptos imperativos atributivos, es decir de reglas que además de imponer deberes, conceden facultades*” (Maynez, E, 1944, p. 36); y en su sentido subjetivo, es percibido como “*la prerrogativa conferida a un individuo o a una colectiva que se encuentra de ese modo como sujeto de derecho: de derecho subjetivo*” (Dabin, 1955, p. 15). En cuanto a la cultura, esta es definida como el “*conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grados de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social, etc. Así como el conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo*”. (Diccionario de la Lengua Española, 1984)

Al interpretar conjuntamente el significado de dichos vocablos, del cual el segundo es la acción o el efecto del reconocimiento del primero como manifestación del sistema jurídico, tenemos, que el *derecho a la cultura* es un *derecho subjetivo*, fundamentado a su vez en un *derecho objetivo* que está determinado por el conjunto de *facultades y pretensiones* estipuladas en razón de *la realidad social*, y que *ordena* la actuación de *los poderes públicos* y las *relaciones de los ciudadanos* con éstos en razón del *hecho cultural*.

De allí que, como lo ha expresado la doctrina española “la consagración de un derecho fundamental a la cultura supone un paso decisivo en pro de una visión plena y articulada de los diversos fenómenos que dicho concepto encierra, hasta ahora fragmentados y dispersos. Por ello, si en otros preceptos de la Constitución el concepto de cultura posee acepciones más limitadas, en el artículo 44.1 CE es donde la mención a la cultura despliega su plenitud semántica: En tanto condensa la dimensión público-

subjetiva de los ciudadanos ante los poderes públicos en las posibles exigencias de acceso a las manifestaciones de la cultura cumple una función globalizadora de la totalidad de los contenidos abarcados por este tema en la constitución por la noción antropológica, en el sentido de derecho a la diferencia, y por la noción general, en el sentido de facultad de acceder a los bienes del espíritu que esta noción incluye” (Voz: Cultura, Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II, 1995).

El derecho a la cultura se ha definido también como una categoría de derechos que parte de su diferenciación con los derechos civiles y políticos, considerando, *que “los derechos civiles y políticos calificados a veces como derechos de la primera generación, son derechos que implican un deber de abstención por parte del Estado. La obligación del Estado respecto de los derechos civiles y políticos es, en lo esencial y en estricto, la de no violarlos, no lesionarlos mediante la acción o la omisión, en su caso de un órgano o agente gubernamental o de cualquier persona cuyo ser sea imputable al hacer del aparato gubernamental o administrativo. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del deber genérico de establecer y garantizar la posibilidad de existencia y ejercicio de este derecho”* (Gros Espiell, 1988).

El derecho a la cultura es entendido -en virtud de la pauta marcada por la Declaración del 48 y el Pacto del 66 ambos citados *supra*- como un derecho que exige *“un hacer estatal que brinde los servicios, las prestaciones y los medios necesarios para que puedan existir”*, es decir, la configuración en su plenitud, de un derecho fundamental de prestación, sin que ello conlleve a un totalitarismo o suprema dirección del hacer cultural. *El derecho a la cultura exige simultáneamente libertad y una acción de prestación positiva y de defensa en función de los fines que el Estado persigue con su consagración.*

La función del derecho a la cultura pone de manifiesto su contenido normativo. En dicho contenido, como en toda unidad normativa se refleja una *relación jurídica*, en la cual a unos sujetos les es atribuida una pretensión o facultad, mientras que a otros se le asigna la obligación de satisfacer o corresponder a dicha pretensión. El derecho a la cultura actúa en su función como una red que conecta al hombre con el progreso de la vida cultural.

Es en consecuencia, como desarrollo y observancia del deber de garantizar el contenido de esa relación jurídica, en donde se visualiza la función del derecho a la cultura, siendo en este caso dicha función, al igual que en el común de los derechos fundamentales, la de *“crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad, y en consecuencia actuar legitimando, creando y manteniendo consenso; garantizando la libertad individual y limitando el poder estatal, influyendo en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfaciendo una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución”*, su función e influencia alcanza no sólo a dotar de legitimidad la actuación de los poderes públicos, sino que *“influyen en todo el derecho no sólo cuando tienen por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regulan las relaciones jurídicas entre los particulares”* (Hesses, K, 1995, pp 90, 93).

En razón de esa función genérica de los derechos fundamentales, asimilada por el derecho a la cultura, éste contiene disposiciones que comprometen la actuación, legislativa y administrativa del Estado, sirviendo como elemento integrador y de carácter axiológico del ordenamiento jurídico que *a posteriori* lo desarrollará, y en el cual se le reconocerá al ciudadano la facultad de querer, colaborar y pretender; y al Estado, la potestad, la facultad de tutela, y en consecuencia la obligación de contenido prestacional, a la que ya hemos hecho referencia.

Sin embargo lo anterior no constituye un argumento para que la Sala Constitucional llegue a atribuirle competencias a un ente descentralizado del municipio, a efecto de que una consideración o estimación efectuada por éste sobre un bien que puede ser considerado como patrimonio cultural del municipio, pueda sustituir al acto administrativo de declaratoria del mismo bien como patrimonio cultural de la República, y con ello obtener el grado de protección previsto en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

Bajo el supuesto del deber de protección a que el Estado está obligado respecto de los bienes que integran patrimonio cultural de la República, la Sala Constitucional, argumento que el deber de garantizar *el derecho de la colectividad a la protección del patrimonio cultural ante las actividades realizadas por la Empresa Metro de Caracas* en la construcción de la línea 4, le permitía considerar ante la ausencia de declaratoria de algunos bienes como patrimonio cultural de la República, las valoraciones realizadas por FUNDAPATRIMONIO, y en tal sentido expuso:

Ahora bien, en cuanto al inmueble que todavía no ha sido objeto de demolición por la C.A. Metro de Caracas, constituido por el Edificio Residencias Miracielos, ubicado en la calle oeste 10, avenida Lecuna, entre Miracielos a Reducto, parroquia Santa Teresa, y que no fue, según se desprende de autos, objeto de ningún acuerdo para su protección en las mesas de trabajo realizadas por dicha empresa con el Instituto del Patrimonio Cultural y la Fundación para la Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de Caracas, la Sala vista la inclusión del mencionado inmueble en el inventario de dicha Fundación de bienes que integran el patrimonio cultural de la ciudad de Caracas (folios 1050 y 1051), a fin de evitar nuevos daños irreparables a dicho patrimonio, con base en una interpretación progresiva, más favorable para las personas, de la disposición contenida en el tantas veces referido artículo 99 constitucional, y en virtud de lo expuesto en este fallo sobre la competencia de los órganos municipales para declarar determinados inmuebles como patrimonio cultural de la localidad o del Municipio, conforme a sus normas municipales o mediante la aplicación supletoria de la ley nacional, juzga improcedente el alegato esgrimido en la apelación interpuesta por el apoderado judicial de CAMETRO, en cuanto a la necesidad de que el Instituto del Patrimonio Cultural hubiera efectuado previamente la declaratoria de dichos bienes como patrimonio cultural de la República, pues tal declaratoria podía provenir, al referirse al patrimonio cultural de la ciudad de Caracas y no de la República, del ente encargado en el Municipio Libertador de la protección de dicho patrimonio cultural, es decir, de la Fundación para la Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de Caracas (FUNDAPATRIMONIO), la cual, no obstante la falta de diligencia mostrada en cuanto a la obligación de dar publicidad al contenido de sus inventarios, y de comunicar en forma oportuna dicha información a la C.A. Metro de Caracas, demostró en el proceso haber calificado antes de su demolición (desde el mes de diciembre de 2000) a tal inmueble como patrimonio cultural de la ciudad de Caracas". Sentencia N° 2670 del 6 de octubre de 2003. Sala Constitucional.

No escapa el derecho a la cultura a la función que Peces-Barba le atribuye a los derechos fundamentales en el entendido de que éstos actúan como “*un subsistema dentro del ordenamiento, son una prolongación de la norma básica material de identificación de normas y recogen, en normas positivas, pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades*” (Peces-Barba, G, 1995, p, 414). La Sala Constitucional, parece no comprender en su amplitud y totalidad la función del derecho a la cultura, ya que en las oportunidades en las cuales ha debido valorar el alcance del mismo, no ha realizado como lo señal Casal (2008, p.41) la justa ponderación de la significación de cada uno de los bienes constitucionales de igual rango. Señala textualmente –al referirse al tema de las colisiones constitucionales y el deber de procurar la concordancia práctica y la optimización de los bienes en colisión- el autor citado (2008, p.41):

La solución justa o adecuada al conflicto no es la que asegure a ambos la completa realización efectiva en el caso concreto, pues normalmente uno cederá total o parcialmente ante el otro, a la luz de los hechos particulares, sino la que se a fruto de la consideración más amplia posible de cada bien.

La escasa amplitud con la cual la Sala Constitucional en la sentencia 2670 citada *supra*, se aproximó a la función que el derecho a la cultura está llamado a cumplir en el ordenamiento jurídico vigente, le condujo a afirmar sobre la posibilidad de homologar los criterios para la declaratoria y en consecuencia los niveles de protección de un bien declarado patrimonio cultural de la República y un bien declarado patrimonio cultural del municipio.

El objeto del derecho a la cultura dentro del orden constitucional, y en consecuencia dentro del sistema jurídico venezolano, es el de actuar como base en la organización institucional de los ordenes normativos que le permitan al individuo o a un colectivo perpetuar su identidad cultural y lograr el desarrollo de su personalidad; lo cual solamente es posible alcanzarlo salvaguardando valores como la libertad y la igualdad, requeridos, como ya lo hemos acotado *supra*, para que el individuo pueda manifestarse, participar, disfrutar e intervenir en los procesos de creación cultural, como un bien que comparte caracteres de tangibilidad e intangibilidad, y tutelado por el Estado.

Ahora bien, desde un punto de vista material el objeto del derecho a la cultura sería el de salvaguardar y fomentar la protección de los bienes y servicios culturales mediante los cuales se realiza el ejercicio del mismo, y sobre los cuales los sujetos activos y pasivos detentan un deber, una facultad, o una pretensión. En este sentido, la determinación del objeto del derecho a la cultural se encauza o determina en el sustrato de las obligaciones propias de los derechos fundamentales de prestación, los cuales en opinión de García de Enterría, tienen en relación con el *ciudadano* “*un triple objetivo: 1) respetar su esfera privada de vida formal; 2) convertirle en dominus de la cosa pública, reconociendo su determinante participación en la formación de la voluntad política del Estado; y 3) organizar un sistema de prestaciones positivas del Estado en su favor que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo, y el mantenimiento de su papel central en el sistema*” (Díaz, F. 1997, p. 394 al citar a García E. 1993. p. 62. T. II).

La determinación del objeto del derecho a la cultura permite además garantizar su *irrenunciabilidad*, su *imprescriptibilidad* y su “*vis expansiva y atrayente*” o universalidad del derecho (Alonso, E. 19. P. 362). Esta última característica, interpretada a la luz de los valores superiores que inspiran axiológicamente a los derechos fundamentales, “*implica entre otras consecuencias, que todo el ordenamiento ha de interpretarse de acuerdo con los mismos, y que entre varias interpretaciones ha*

de escogerse la más razonable al derecho fundamental” (Díaz F, al comentar la doctrina del TC. 1997, p. 387).

La anterior referencia al objeto y función del derecho a la cultura nos permite aproximarnos genéricamente al derecho a la cultura como un derecho fundamental de prestación, así como también a los derechos culturales resultantes de la positivación del mismo, cuya materialización normativa deberá analizarse en razón del objeto tutelado. En consecuencia la previsión constitucional del derecho a la cultura y su consecuente positivación conduce a la protección y salvaguarda de la identidad cultural (es decir todo lo relativo a la protección de los bienes que conforman el patrimonio cultural), el fomento de las industrias culturales (en lo cual está incluido lo concerniente al fomento de las actividades de producción intelectual y artística, es decir la artesanía, la industria editorial y la cinematográfica, en consecuencia todo lo relativo a la libertad de creación y proceso creativo), el respeto a la propiedad intelectual (derechos de autor y derechos afines), así como también a la prestación de los servicios culturales (todo aquello relacionado con el acceso y disfrute de espectáculos públicos, museos, y uso del tiempo libre).

La función de ordenación y unidad del derecho a la cultura en su condición de derecho fundamental de prestación, permite el desarrollo de normas de rango legal y sub-legal, que como ya lo hemos señalado, complementan el ejercicio del derecho otorgado. En consecuencia, el derecho a la cultura actúa como un principio que informa, ordena y permite la organización, así como el desarrollo legislativo del Estado conjuntamente con la acción de los órganos encargados del diseño de las políticas culturales del mismo. Sobre este tópico la Sala Constitucional, en el caso Asociación Civil Para el Rescate del Patrimonio Histórico de Caracas y Metro de Caracas, Sentencia N° 2670, ya citada ha referido:

En criterio de esta Sala, el derecho de toda persona o grupo de ellas a la protección por el Estado del patrimonio cultural, tangible o intangible, y la memoria histórica de la Nación que consagra en forma expresa la citada disposición de la Norma Constitucional, pertenece a la categoría de los llamados derechos-prestación en que se incluyen a los derechos económicos, sociales y culturales, protegidos por la Constitución en los Capítulos V al XI de su Título III (con exclusión del derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 115, que se concibe tradicionalmente como un derecho-límite para la actuación del Estado) y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por la República de Venezuela el 10.05.78, entre otros Tratados Internacionales de protección igualmente ratificados, por ello, el efectivo goce y disfrute del derecho cuya vulneración se denuncia supone, como ocurre en el caso del derecho constitucional a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales (artículo 82) o del derecho a la salud, como parte del derecho a la vida (artículo 83) o del derecho a la educación (artículo 102), el cumplimiento por parte del Estado, en cualquiera de sus niveles político-territoriales, de un conjunto de obligaciones positivas y negativas, donde las primeras revisten en más casos una importancia simbólica mayor para identificarlos. En efecto, la garantía que el artículo 99 constitucional establece para la efectiva protección, preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tanto tangible como intangible, y la memoria histórica

de la Nación, (...) para realizar tal cometido, de obligaciones de respetar, definidas como el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; de proteger, entendidas como el deber de impedir que terceros injerieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; de garantizar, que suponen el deber de asegurar que el titular del derecho (en este caso, la colectividad) acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; y de promover; caracterizadas por el deber de desarrollar dentro de sus competencias, las condiciones para que los titulares del derecho accedan libremente al bien tutelado (cfr. Víctor Abramovich y Christian Courtis, “La estructura de los derechos sociales”, en Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 28 y 29), (...).

3. Derecho a la Cultura y su vinculación con el Derecho de Propiedad:

a. Regulación constitucional

El derecho a la cultura y el derecho de propiedad se vinculan en la retícula normativa que establece la Constitución en dos ámbitos. El primero referido al patrimonio cultural de la República, y el segundo a la propiedad intelectual, en este caso tenemos el régimen del derecho de autor y el de la propiedad industrial, con lo cual nos vincularíamos a un tercer tipo de derechos protegidos como lo es el derecho a la libertad económica, dado que para el desarrollo del derecho de autor se requiere de la existencia de industrias culturales, protección de marcas, y regímenes especiales de patentes.

En estas líneas nos dedicaremos sólo a la vinculación entre el derecho a la cultura y el patrimonio cultural de la República, en cuanto su relación con el derecho de propiedad desde la denominada por la doctrina alemana *dobles garantías del derecho de propiedad: como una institución jurídica y un derecho subjetivo*.

La Constitución establece en su artículo 115 constitucional, que se garantiza el derecho de propiedad, y que ésta estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general, y que sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

En el caso del patrimonio cultural de la República, la Constitución establece en su artículo 99 que el Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y que los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La Ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes.

Sobre lo establecido en el artículo 99 constitucional debemos hacer dos precisiones. La primera, ¿qué debe ser entendido por bienes declarados patrimonio cultural de la Nación?; y la segunda, ¿cual es el régimen al que el estatuto especial de dichos bienes en cuanto objeto de una propiedad especialmente regulada queda sometido?. Tales respuestas nos deben conducir a la vinculación entre esta categoría de bienes, el derecho de propiedad sobre los mismos y el acceso al derecho a la cultura, en cuanto que éstos forman parte de su contenido.

b. bienes declarados patrimonio cultural de la República

La primera precisión que debemos observar al analizar el artículo 99 de la Constitución, es terminológica, en cuanto a la referencia al término nación. El titular de dicho patrimonio es el Estado, el cual al estar integrado por tres entes políticos territoriales, o tres personas de Derecho público: la República, los estados y los municipios, dará origen a la existencia de tres ámbitos de patrimonio en materia de bienes culturales, el patrimonio cultural de la República, el patrimonio cultural de los estados y el patrimonio cultural del Municipio. Esto conlleva a que los bienes una vez declarados como patrimonio cultural de la República sean afectados a un régimen demanial, y serán considerados como patrimonio cultural de la República.

La Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (Gaceta Oficial N°. 4.623 Extraordinario. Fecha 3-9-93), nos presenta a los efectos de nuestro estudio dos aspectos de interés: el primero referido a la determinación y tutela o protección de los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la República; y el segundo, atinente a las limitaciones al derecho de propiedad y la posibilidad de expropiación.

En la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural no se establece una definición sobre el significado de bienes culturales. Para lograr una aproximación sobre el concepto de bien cultural, consideramos procedente utilizar los principios establecidos en el Derecho privado y en la doctrina sobre el término *bien*, conjuntamente con el análisis del concepto dado *supra* sobre el *derecho a la cultura*, para así determinar la posibilidad de hablar de un dominio público o privado sobre los mismos, y en consecuencia a un derecho de acceso y disfrute.

El Código Civil establece en sus artículos 525, 526, 531 y 538 que son bienes, las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada, las cuales pueden ser muebles por su naturaleza, por el objeto que se refieren o por determinarlo así la ley; e inmuebles por su naturaleza, por su destinación o por el objeto a que se refieren. Asimismo los bienes con relación a las personas a quienes pertenezcan podrán ser de la nación, de los estados, de las municipalidades, de los establecimientos públicos y de los particulares.

De manera pues, que estos artículos, dado que se refieren a la titularidad y naturaleza de los bienes, nos permiten aceptar en primer lugar, la orientación de *Bonnecase* citada por *Kummerow* sobre el concepto del sustantivo bien, según el cual “los bienes son entidades que proporcionan al hombre alguna utilidad y son susceptibles de apropiación actual o virtual”, y en segundo lugar, la definición de *Ruggeri* sobre los bienes del dominio público artificial, que los define como: “*los bienes que han requerido para su existencia que el hombre los construya: acondicionando o transformando la naturaleza. Se trata pues de obras humanas y como tales pueden pertenecer a los individuos como sujetos jurídico-privados o al Estado como sujeto jurídico-público, y gestor de los bienes de la colectividad*”.

De lo antes expuesto inferimos que los términos: objeto, utilidad, apropiación y obras, constituyen en dichas definiciones elementos determinantes, los cuales permiten relacionar el término bien con el sustantivo cultura a los efectos de una definición de bienes culturales.

En consideración con los conceptos antes citados entendemos por bienes culturales: todas aquellas cosas de propiedad pública o privada, materiales e inmateriales, muebles o inmuebles creados por el hombre, y capaces de proporcionarle a éste el disfrute y acceso a la cultura en sus diversas manifestaciones. Un bien cultural es un libro (medio de acceso por excelencia al saber universal), un monumento histórico (símbolo a través, del cual los ciudadanos conocen su pasado y ascendencia histórica), una pintura ingenua o una talla en madera (objeto a través, del cual los habitantes de una

región exponen sus creencias, modos de vida, identidad) o una obra cinematográfica, audiovisual, radiofónica o software.

Todos los anteriores objetos constituyen bienes capaces de ser considerados bienes culturales dado el sujeto del cual emanan (el hombre), la finalidad para la cual fueron creados (la transmisión de conocimientos, acceso al saber), y la utilidad y aprovechamiento que de los mismos puedan hacer las personas que los posean y los disfruten.

Así nos encontramos con una amplia diversidad de bienes culturales, bienes del patrimonio cultural (bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio arqueológico, etnológico, bibliográfico, archivístico, monumental, artístico e histórico, patrimonio lingüístico y símbolos patrios); bienes originados por la creación artística (obras de teatro, música, libro, artesanía); bienes derivados de las industrias culturales (industria editorial, fonográfica, cinematografía, radiodifusión, televisión, video, prensa).

Ahora bien, para determinar si los bienes que integran el patrimonio cultural de la República constituyen o no bienes del dominio público analizaremos si concurren en, éstos los elementos que a decir de la doctrina integran la noción conceptual de *dominialidad* es decir, el elemento subjetivo (sujeto o titular del derecho de los bienes demaniales), el elemento objetivo (bienes o cosas susceptibles de integrar el dominio público, el elemento teleológico (fin que debe responder a la incorporación de una cosa al dominio público), y el elemento normativo. (*Marienhoff*).

Iniciaremos dicho análisis aceptado la siguiente definición como patrimonio cultural de la República: el conjunto de bienes culturales, representados por los monumentos, conjuntos y lugares de valor único desde el punto de vista artístico, etnológico y antropológico, afectados a un fin de uso y utilidad pública, y que por disposición de la ley están bajo la tutela y pertenencia del Estado.

-elemento subjetivo

En relación con el elemento subjetivo, la doctrina ha expuesto dos posiciones para determinar quién es el titular de los bienes demaniales. Un sector sostiene que el sujeto titular del dominio público es el Estado y otro sector expone que el titular del dominio público es el pueblo.

En la referida Ley el legislador mantiene cierta impresión terminológica, al señalar la persona jurídica-territorial propietaria de otros bienes que también constituyen el patrimonio cultural de la República, ya que en algunos artículos se refieren a bienes propiedad del Estado, en otros se habla de muebles e inmuebles propiedad de la Nación, y en otros simplemente usa el término patrimonio de la República.

En vista pues, de que este es un error usual en nuestra legislación deberíamos interpretar que el legislador al utilizar el término *nación*, pretendió adjudicarle dichos bienes a la República, previa declaratoria de éstos como patrimonio cultural de la República y una vez efectuada la expropiación respectiva.

- elemento objetivo

El elemento objetivo, es definido por *Marienhoff*, como el elemento relacionado con los objetos, que en este caso serán los bienes culturales susceptibles de integrar el dominio público.

Pues bien si tomamos en consideración el concepto de universalidad pública expuesto por dicho tratadista, éstas son: un “*complejo de cosas que pertenecen a un mismo sujeto y se hayan destinadas a un fin único pudiendo, estar constituidas por bienes muebles e inmuebles y en las que no solamente reviste carácter dominical la universalidad, el todo, sino, cada uno de sus elementos constitutivos, esenciales y*

accesorios”. Podemos así afirmar que los bienes culturales declarados patrimonio cultural de la República, propiedad de la República constituyen una universalidad pública.

A título de ejemplo podemos citar el caso de la Biblioteca Nacional, la cual según su Ley de creación (Ley que crea el Instituto Autónomo Biblioteca Nacional y Servicio Autónomo de Bibliotecas Gaceta Oficial N° 31.298. Fecha 16-8-77) es un bien del Estado destinado a la prestación de un servicio público, mediante el uso de las colecciones, manuscritos y demás cosas y objetos esenciales ubicados a su vez en distintos edificios, los cuales permiten que ésta cumpla su finalidad de servicio público.

Otro caso es el de los monumentos nacionales, por ejemplo el Palacio Federal Legislativo es una universalidad pública, en el se encuentran diversidad de bienes, tales como el Salón Elíptico; integrado por un conjunto de bienes (muebles) culturales sin cuya existencia éste se desvalorizará en su concepto de monumento nacional; algunos de esos bienes muebles son los lienzos de la Batalla de Carabobo, de la Batalla de Boyacá, de la Batalla de Junín, y los Libros de Actas del Congreso de 1811.

Estos bienes culturales presentan un carácter esencial, ellos contribuyen en “forma permanente, directa e inmediata, a que el bien dominical cumpla su destino y satisfaga los fines que motivan su institución” (opinión de *Santi Romano* con relación a la dominialidad y esencialidad de los bienes). En el caso de los bienes culturales susceptibles de dominialidad declarados patrimonio cultural de la República y efectuada la expropiación, serían: los monumentos nacionales, los sitios históricos, y los lugares de interés cultural, museos y bibliotecas, así declarados y previo procedimiento expropiatorio transferida su propiedad de la República. Los mismos constituyen universalidades públicas que son objeto de un régimen jurídico especial contemplado en las leyes especiales que rigen su uso, custodia, salvaguarda y destino de los mismos, así como las sanciones que el incumplimiento de dicha normativa origine.

Sin embargo, no es a través del concepto de universalidades públicas como únicamente se pueden determinar los bienes culturales objeto del dominio público, ya que un bien cultural, unitariamente considerado, puede tener carácter demanial, por ejemplo: la Bandera Nacional (cuyo uso se establece en la Ley de Bandera, Escudo e Himno Nacional del 10-02-54) o la Colección de las Constituciones de Venezuela desde 1811 (documentos originales).

- elemento teleológico o finalista

Determinar la existencia del elemento teleológico en los bienes culturales que constituyen el patrimonio cultural de la República, obliga revisar en ellos su finalidad, es decir, si éstos atienden a un uso público directo o indirecto, o si están afectados a la prestación de un servicio público.

Tenemos así, que los bienes culturales, a través de los cuales el Estado satisface a los ciudadanos, el disfrute de los servicios culturales ya sea por el uso directo (acceso a un monumento nacional Campo de Carabobo), por el uso indirecto o por la prestación del servicio cultural (consulta en la Biblioteca Nacional), son bienes culturales del dominio público.

Ciertamente los servicios culturales no constituyen una forma de manifestarse los servicios públicos tradicionales prestados por el Estado. Sin embargo, es a través de la prestación de estos servicios como el Estado revaloriza el sentimiento de pertenencia, el cual se manifiesta a través de su patrimonio cultural, y que es a la vez un elemento primordial en la formación de la identidad cultural de un país. No se trata de que el Estado pretenda despertar un sentimiento nacionalista de identidad, sino que en atención a la salvaguarda de la soberanía e identidad cultural (fíjese que no se dice identidad nacional) el Estado (sin cometidos, ni fines estatistas) fomente el acceso a la cultura,

consERVE los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la República; y en fin, garantice con la debida prestación de los servicios culturales el derecho a la cultura.

De todo lo antes expuesto concluimos citando la opinión de *Waline* señalada por *Kummerow* con relación a los bienes afectados por el Dominio Público, que: “*forma parte del dominio público todo bien perteneciente a una persona administrativa que, sea en razón de su configuración natural, sea en razón de una ordenación especial, o sea en razón de su importancia histórica o científica es necesario para un servicio público o para la satisfacción de una necesidad pública y el cual no podría ser reemplazado por otro bien en esa función*”. Un ejemplo sería, la Casa Natal del Libertador.

- *elemento normativo o legal*

Con relación al elemento normativo o legal tenemos que el ordenamiento jurídico venezolano indica nominalmente algunos bienes que son del dominio público y deja a la discrecionalidad del intérprete la incorporación de otros bienes que por su semejanza con los que ya calificó en el Código Civil como del dominio público podrían considerarse como tales.

Así tenemos que el Código Civil nos ofrece tres premisas para poder determinar por interpretación analógica, si un bien cultural forma parte del patrimonio cultural de la República como bien del dominio público. La primera de ellas es la semejanza de estos con las murallas y puentes de las plazas de guerra; la segunda es la destinación de éstos al uso público y a la defensa nacional; y la tercera es la referida al carácter inalienable de los bienes dominio público.

Actualmente existen monumentos culturales que contribuyeron a la defensa y están hoy destinados al uso o servicio al público (Castillos de San Antonio de la Eminencia, Castillo de Pampatar, Ruinas de la Casa Fuerte de Barcelona, Campo de Carabobo). En cuanto al carácter inalienable de los bienes del dominio público, el artículo 4 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, establece el carácter inalienable e imprescriptible de los bienes culturales, haciendo la salvedad, que esta limitación está referida a los bienes culturales declarados patrimonio cultural propiedad del Estado, los cuales dado su carácter de universalidad pública se encuentran fuera del comercio y están sometidos a las normas establecidas en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, la cual además contiene los requisitos que deben cumplir los particulares propietarios de los bienes declarados monumentos nacionales, cuando, -en los casos permitidos- decidan enajenar dichos bienes.

De manera, y ya que el legislador no consagró expresamente en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, el carácter demanial de determinados bienes culturales, el intérprete podrá aproximarse al mismo, mediante el uso de la analogía que permite el artículo 539 del Código Civil. Podrían considerarse bienes culturales propiedad de la República, afectados al uso público y a la prestación de los servicios culturales, y en consecuencia, de allí su carácter demanial, los siguientes:

-Los bienes muebles e inmuebles de valor artístico propiedad de la República, previa declaratoria como patrimonio cultural de la República y la debida expropiación a efecto del traslado de la propiedad .

- El patrimonio documental y bibliográfico, archivos, bibliotecas, fonotecas, mapotecas, cinematecas y además las instituciones de igual naturaleza, adscritos a organismos públicos del poder nacional.

- Los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la República a través de los cuales éste presta el servicio cultural.
- Los bienes muebles propiedad de la República que están bajo la custodia de autoridades civiles y militares o eclesiásticas y que tengan un valor histórico para éste y están destinadas al uso público.

A título de ejemplo, constituyen patrimonio cultural de la República y son bienes del dominio público: el Panteón Nacional, el Palacio Federal Legislativo, el Centro Histórico de Coro, la Biblioteca Nacional, y el Teatro Municipal.

En cuanto a las normas sustantivas referidas al patrimonio cultural, previstas en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, tenemos las siguientes, las cuales podemos clasificarlas de la siguiente manera:

- Normas sobre los deberes del Estado en la salvaguarda del patrimonio cultural de la República (objeto de la Ley: declara de utilidad pública la defensa del patrimonio cultural y la salvaguarda de la identidad nacional).
- Normas sobre el tráfico jurídico de los bienes que constituyen el patrimonio cultural (prohibición de enajenar y adquirir por prescripción los bienes que integran el patrimonio cultural de la República, limitaciones para enajenar bienes propiedad del dominio privado de la nación, estados, municipios, entidades públicas y particulares, previo cumplimiento de requisitos y autorizaciones administrativas).
- Normas sobre las limitaciones del derecho de propiedad de los bienes propiedad de los particulares que han sido declarados monumentos nacionales o patrimonio cultural de la República (expropiación a efecto de la traslación del derecho de propiedad, constitución de servidumbre y gravámenes, autorizaciones administrativas).
- Normas sobre las formalidades necesarias para la declaración de un bien como monumento nacional o patrimonio cultural de la República, o bienes de interés cultural.
- Normas que deben observar los deberes de los propietarios de los bienes declarados monumento nacional o de interés cultural, cuando aún no se ha trasladado el derecho de propiedad previo procedimiento expropiatorio.

c. La declaratoria de un bien como bien patrimonio cultural de la República

Especial importancia para la vinculación entre el derecho a la cultura y el derecho de propiedad, conforme lo previsto en la Constitución, es lo referido a la declaratoria de un bien como bien patrimonio cultural de la República. Su importancia jurídica está representada en que es dicho acto el que coloca en una especial situación jurídica al bien objeto de la declaratoria y con ello los efectos de la misma.

Sobre el acto de declaratoria debemos precisar lo siguiente: *i)* su naturaleza jurídica y los niveles o tipos de declaratoria; y, *ii)* sus efectos jurídicos en cuanto al derecho de propiedad del particular y la propiedad del Estado.

- naturaleza jurídica y los niveles o tipos de declaratoria

La declaratoria de un bien como patrimonio cultural de la República, es un tema que merece una precisión jurídica desde lo pautado en la Constitución de 1999 y en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural. Ya que a través de dicho acto el bien puede iniciar un proceso de afectación que en caso de operarse el procedimiento expropiatorio modificará la titularidad del derecho de propiedad.

El acto de declaratoria conforme lo previsto en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, se manifiesta formalmente a través de una resolución que dicta el Instituto del Patrimonio Cultural, la cual puede contener la declaratoria de un bien como: monumento nacional, patrimonio cultural de la República, o bien de interés cultural. Los dos primeros supuestos categorizan al bien objeto de la declaratoria como patrimonio cultural de la República, en el tercer supuesto lo considera de interés cultural sin que ello signifique que es considerado como bien integrante del patrimonio cultural de la República.

Para las declaratorias de los bienes como monumento nacional se requiere que esta sea dictada por el Presidente de la República en Consejo de ministros, previa autorización del Instituto del Patrimonio Cultural. En los casos de las declaratorias de un bien como patrimonio cultural de la República o bien de interés cultural, ésta será dictada por el Instituto del Patrimonio Cultural. En los tres supuestos se requiere de la notificación del acto de declaratoria a los propietarios de los bienes, en el supuesto de declaratoria como monumento nacional y patrimonio cultural de la República se requiere de la publicación en la Gaceta Oficial (ver artículo 6, artículo 10, numerales 1 y 20, artículos 13, 14 y 15, *eiusdem*).

La resolución contentiva de la declaratoria de un bien como monumento nacional, patrimonio cultural de la República, o bien de interés cultural, en su condición de acto administrativo, debe satisfacer los requisitos de forma y fondo que exige la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto a órgano competente para dictarla, motivación de hecho y de derecho que la fundamentan, los requisitos de la notificación, el supuesto o base legal del acto de declaratoria, así como la licitud del objeto perseguido con ésta. Tales requerimientos se justifican no sólo por la formalidad impuesta por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino por la naturaleza de los derechos que pueden verse afectados con dicha declaratoria, entre ellos el derecho de propiedad, en caso que se inicie el procedimiento de expropiación.

Afirmamos que el acto de declaratoria no transfiere, por su sola voluntad, el derecho de propiedad, del titular originario a la República, ya que conforme lo indica en su artículo 3 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de la República, cuando la preservación de bienes que integren el Patrimonio Cultural de la República, implique una limitación que desnaturalice los atributos del derecho de propiedad, su titular podrá reclamar al Estado la indemnización correspondiente. En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización, se seguirán los criterios establecidos en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública.

Asimismo tenemos que la citada Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de la República, reconoce al propietario la posibilidad de transferir la propiedad de un bien sobre el cual ha recaído un acto de declaratoria al establecer en su artículo 17, que cuando el bien declarado monumento nacional sea de propiedad particular, el propietario está en la obligación de notificar al Instituto del Patrimonio Cultural, cualquier acto de enajenación a título oneroso o gratuito, que pretenda realizar sobre el mismo; y cualquier gravamen, limitación o servidumbre que pretenda imponerle.

En cuanto a los bienes declarados monumentos nacionales la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de la República le indica a los propietarios el deber

de participar al Instituto del Patrimonio Cultural de la República en caso de constitución de gravámenes a efecto de obtener su autorización, e instruye a los servicios de registros y notarías para que se abstengan de realizar tales registros en caso de no contar con la autorización del Instituto del Patrimonio Cultural.

De lo anterior se constata la exigencia de la existencia de declaratoria expresa para considerar la posibilidad de imponer restricciones al derecho de propiedad vinculado a bienes afectados al derecho a la cultura en su condición de haber sido declarados como monumento nacional, patrimonio cultural de la República, o bien de interés cultural.

Debemos observar que la Sala Constitucional ha manifestado que tanto la actividad que realiza el Instituto del Patrimonio Cultural al elaborar el catálogo o el censo del patrimonio cultural venezolano, constituye un acto que le asigna a los bienes sobre los que recae “el carácter de bien cultural y condiciona a las autoridades o custodios a contar con la permisología de este organismo para realizar cualquier tipo de intervención. Si bien es cierto que el Instituto del Patrimonio Cultural tiene dentro de sus competencias la elaboración de un censo de la poblaciones y sitios que por sus valores típicos, tradicionales, naturales, históricos, artísticos o ambientales así lo requieran, dicho censo no puede equipararse en cuanto a sus efectos al acto de declaratoria de un bien como patrimonio cultural de la República.

d. las limitaciones al derecho de propiedad

En relación con este punto, la Corte Suprema de Justicia, se pronunció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, específicamente sobre la desnaturalización del derecho de propiedad como consecuencia de la incorporación de un bien al patrimonio cultural de la República, llamado anteriormente bajo el régimen de la Ley de Protección y Conservación de Antigüedades y obras artísticas de la Nación, “patrimonio histórico y artístico de la nación”.

En esa oportunidad la Corte señaló que:

“la garantía constitucional del derecho de propiedad exige que el Estado pague una justa indemnización al propietario, no sólo en caso de expropiación propiamente dicha, o sea, cuando coactivamente se le obligue a ceder su propiedad, sino también, cada vez que se le prive de una utilidad, queden gravados sus bienes con una servidumbre o sufra un daño permanente que derive de la pérdida o disminución de sus derechos”; y “cuando las restricciones establecidas en el artículo 3 (Ley derogada) menoscaben de tal manera los atributos de uso y goce del derecho de propiedad sobre aquél, que lo hacen ilusorio o nulo con relación a aquellos fines, el acto de la administración que declara el bien como monumento histórico debe ser seguido por la promulgación del correspondiente Decreto de Expropiación del Ejecutivo Nacional. (Sentencias de los magistrados José Luis Aguilar del 16-12-21 CSJ/SPA y Ramírez Borges del 27-6-79: citadas por Mucci Borjas, José, Revista de Derecho Público N° 48).

Dichas observaciones emitidas por el Máximo Tribunal fueron tomadas en consideración por el legislador, quien las incorporó en el artículo 3 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural al establecer: cuando la preservación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la República implique una limitación que desnaturalice los atributos del derecho de propiedad, su titular podrá reclamar al Estado la indemnización correspondiente. En estos casos a los efectos de determinar la

indemnización se seguirán los criterios establecidos en la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública

Las limitaciones al derecho de propiedad, están contempladas en el artículo 17 *eiusdem* (posibilidad de establecer gravámenes, limitaciones o servidumbres sobre los monumentos nacionales propiedad de los particulares), y pueden originar en los propietarios la posibilidad de exigirle al Estado una justa indemnización e iniciar el procedimiento expropiatorio, siempre y cuando al propietario se le prive de su utilidad.

El legislador no definió si las servidumbres señaladas en los artículos 17, 18 y 20 *eiusdem*, se refieren a servidumbres públicas o a servidumbres privadas, dejándole al intérprete la posibilidad de determinar si los bienes culturales con carácter demanial pueden ser objeto de cualesquiera de las dos categorías de servidumbres antes señaladas. Para Marienhoff “*los bienes dominicales, pueden ser gravados con los derechos reales administrativos, que es el caso de las servidumbres públicas (...) Si bien es cierto que los bienes públicos ya están afectados al uso público, no es menos exacto que las servidumbres que se constituyan pueden tener en consideración un uso público distinto aquel a que se encuentra afectada la cosa, por lo que en el tal supuesto la constitución de la servidumbre no es inoperante o inútil*” (Ejemplo: en el caso del Campo de Carabobo y la constitución de una servidumbre por parte de una empresa o establecimiento público del Estado a los fines de la prestación de un servicio público).

Las limitaciones al derecho de propiedad sobre un bien declarado patrimonio cultural de la República, atendiendo a la función social que éste con base al derecho a la cultura está vinculado, operará de manera gradual y proporcional -de manera distinta en cuanto a los atributos del derecho de propiedad- desde el momento en que se dicte el acto de declaratoria hasta el momento que se operacionalice el procedimiento de expropiación, con su culminación en la sentencia definitiva y el pago de oportuno y justo precio. En este sentido Ángel López y López, (1988, p.64) indica lo siguiente:

“las técnicas operativas que modelan el contenido del derecho de propiedad han sido resumidas así:

1. Falta de atribución al propietario de determinadas facultades: reducción del contenido de propiedad, hecha con carácter general y definitivo en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes.
2. Establecimiento de un conjunto de condiciones, variables según los supuestos, para el ejercicio de las facultades atribuidas.
3. Fijación de obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleares en el derecho subjetivo”.

Tales limitaciones, obligaciones o cargas, en el caso de los bienes declarados patrimonio cultural de la República, deben atender a la especialidad del bien y a la función a la cual éste está afectado. Dado que la función social de un bien declarado patrimonio cultural es la de su afectación a los servicios culturales, el Instituto del Patrimonio Cultural debería evitar declaratorias sin la debida previsión presupuestaria para el pago del justo precio, ya que tal función social no sólo es como lo señala la doctrina citada *supra*, una limitación externa del derecho de propiedad, sino que recae en el interior del derecho subjetivo (López-López, p.69), con lo cual el perjuicio en el ejercicio del derecho de propiedad vaciaría su contenido, siendo en consecuencia la actuación del Instituto del Patrimonio Cultural o del juez que a si lo reconozca como procedente, inconstitucional.

En cuanto al derecho de propiedad, la Sala Constitucional, en Sentencia N° 403, Expediente N° 05-2389 de fecha 24/02/2006, estableció que:

La incorporación de exigencias sociales, con fundamento en la utilidad individual y función social al contenido del derecho a la propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido, ya que, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario, hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito, en este sentido, cabe destacar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución. No obstante lo expuesto, cabe advertir que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, por lo que ello puede y debe ser controlado por esta Sala Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Una interpretación como la anterior debemos advertir, no debería permitir que su aplicación en el ámbito del derecho a la cultura y del derecho de propiedad, sirva de fundamento para entender como intervenciones no ablatorias, aquellas limitaciones en las que mediante las exigencias desbordadas de la legalidad son realizadas por el Instituto del Patrimonio Cultural o por los órganos titulares de actividades registrales o jurisdiccionales, desplazando el sentido del artículo 99 y de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, a un posible vaciamiento del derecho de propiedad, con lo cual la necesidad de proteger los bienes declarados patrimonio cultural se transforma en una vía de apoderamiento ilícito por parte del Estado, sobre la propiedad privada y sus atributos. Así también la idoneidad sobre la procedencia de la medida de protección o defensa del patrimonio cultural ejercida a través del acto de declaratoria, como medio adecuado para salvaguarda los bienes así declarados, se desvía de su justificación, al permitirse con ésta, abusos sobre la propiedad no contemplados en Constitución ni en la ley.

4. El ámbito competencial con base a la titularidad del patrimonio cultural de los sujetos de Derecho público y el acceso a los bienes culturales, como función del derecho a la cultura: artículo 178, 156 constitucionales.

La doctrina señala que las reglas de tutela o protección: “forman parte de la policía de la cosa pública, que es una nota característica del régimen jurídico de la dominialidad. La policía del dominio público que no es sino una manifestación del poder general de la policía del Estado, a igual que éste se hace efectiva a través del poder reglamentario, de decisiones ejecutorias y de medidas de ejecución” (*Hauriou*).

Todo lo relacionado con la custodia de los bienes culturales que hayan sido declarados Patrimonio Cultural de la República y que una vez verificados en ellos los elementos de la dominialidad deban ser considerados del dominio público, será de la

obligación y deber del Estado su salvaguarda y defensa, garantizando con ello el derecho a la identidad cultural de todo ciudadano, según lo previsto en el artículo 99, constitucional. Dicha gestión administrativa será de la competencia del Instituto del Patrimonio Cultural (artículo 10 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural)

Sobre este punto debemos observar que las competencias asignadas al Instituto de Patrimonio Cultural para la tutela o protección del patrimonio cultural de la República, han sido asignadas desde la perspectiva del ejercicio, a través de un órgano de carácter técnico, de potestades administrativas de ordenación, vigilancia, fomento, sanción administrativa en caso de infracciones, y de potestades normativas, y no para limitar desproporcionadamente el derecho de propiedad de los particulares o desconocer las relaciones de coordinación entre los entes político-territoriales.

La titularidad de los bienes declarados patrimonio cultural de la República, es atiendo al elemento subjetivo de estos bienes, de la República. Ahora bien dado que la competencia en materia cultural es una de las llamadas competencias concurrentes, la gestión de los servicios prestados para la cobertura de esta competencia puede transferirse a los estados y municipios, independientemente que cada entidad descentralizada gestione sus servicios culturales propios, y salvaguarde su patrimonio cultural.

El Instituto del Patrimonio Cultural, como órgano desconcentrado de carácter eminentemente técnico, es el responsable a nivel nacional de dictar las normas técnicas y procedimientos para realizar la protección y defensa de los bienes declarados patrimonio cultural de la República o bienes de interés cultural y procurará su mantenimiento y conservación. Actuará coordinadamente con los entes locales y estatales en la gestión sobre la salvaguarda y gestión del patrimonio cultural. Sin embargo la coordinación presupone la independencia y autonomía de los entes territoriales en la protección de los bienes culturales que les son propios.

Sobre este punto, la Sala Constitucional en sentencia citada *supra*, caso APAHIVE y Metro de Caracas, desconoció el carácter de especificidad territorial de la declaratoria de patrimonio cultural que dicta el Instituto del Patrimonio Cultural y aceptó como tal la actividad de inventario realizado por FUNDAPATRIMONIO - el ente municipal responsable de la gestión del patrimonio municipal del Municipio Libertador- para ordenar la suspensión de demolición de los inmuebles objeto de la solicitud de amparo. El argumento de la Sala Constitucional es el siguiente:

(...), y en virtud de lo expuesto en este fallo sobre la competencia de los órganos municipales para declarar determinados inmuebles como patrimonio cultural de la localidad o del Municipio, conforme a sus normas municipales o mediante la aplicación supletoria de la ley nacional, juzga improcedente el alegato esgrimido en la apelación interpuesta por el apoderado judicial de CAMETRO, en cuanto a la necesidad de que el Instituto del Patrimonio Cultural hubiera efectuado previamente la declaratoria de dichos bienes como patrimonio cultural de la República, pues tal declaratoria podía provenir, al referirse al patrimonio cultural de la ciudad de Caracas y no de la República, del ente encargado en el Municipio Libertador de la protección de dicho patrimonio cultural, es decir, de la Fundación para la Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de Caracas (FUNDAPATRIMONIO), la cual, no obstante la falta de diligencia mostrada en cuanto a la obligación de dar publicidad al contenido de sus inventarios, y de comunicar en forma oportuna dicha información a la C.A.

Metro de Caracas, demostró en el proceso haber calificado antes de su demolición (desde el mes de diciembre de 2000) a tal inmueble como patrimonio cultural de la ciudad de Caracas.

III. La Ponderación en el Bloque de la Legalidad del Derecho a la Cultura en su Manifestación a la Protección y Promoción de la Propiedad Intelectual : funciones, obligaciones y deberes de los titulares de ponderar dicho derecho

Derecho al disfrute de los bienes producto del ingenio y al fomento de las industrias culturales.

Los principios contemplados en los artículos 98 y 99 constitucionales sobre la protección de la propiedad intelectual, y el acceso a los bienes culturales mediante los instrumentos legales pertinentes encuentra su expresión en la Ley sobre el Derecho de Autor, la Ley del Libro, la Ley de Cinematografía Nacional y la Ley de Fomento y Desarrollo del Sector Artesanal. Todos los anteriores instrumentos normativos referidos están fundados en el propósito de garantizar, promover e incentivar las llamadas industrias culturales las cuales son denominadas como el conjunto de “las empresas comerciales o industriales que se dedican a la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios culturales de todo tipo, destinados a satisfacer las necesidades sociales y culturales de la población de un país o mediante su exportación a otros pueblos” (Harvey).

- fomento de la industria editorial

El fomento de la industria editorial constituye uno de las propuestas implícitas para el óptimo desarrollo del artículo 98 constitucional. De allí que al examinar el artículo 2 de la Ley del Libro, encontramos un supuesto legislativo de concordancia como argumento para su mejor desarrollo. Establece el artículo 2 de la Ley del Libro:

“Artículo 2.- Esta ley tiene por objeto la protección y fomento de la industria editorial, el estímulo del hábito a la lectura y la democratización al acceso al libro como uno de los factores principales en la transmisión de conocimiento, la formación educativa y la difusión de la cultura”.

El citado artículo contiene, cada una de las recomendaciones de la reunión internacional de expertos sobre Ley tipo y Políticas del libro -Guayaquil 1995-, en la cual se le sugirió a los países asistentes, que “toda acción de desarrollo del libro debe ser concebida como un sistema integral y debe tomar en cuenta las diversas facetas de la identidad del libro y la multiplicidad de las actividades que comprenden. Por las propias características del libro es indispensable que la formulación y la aplicación de las políticas de desarrollo del libro y la lectura se lleven a cabo en el marco de una concertación entre el sector público, el sector privado, y la sociedad”. Concertación que se persigue como uno de los objetivos de la Ley del Libro.

En el mismo orden de ideas, en el documento citado se concluyó, que era necesario que en lo relativo a la producción del libro, el Estado debería estimular a la actividad editorial del sector privado, y que las asignaciones presupuestarias para el libro y la lectura, más que un gasto debían asumirse como una inversión destinada a la formación del capital humano y al mejoramiento de la calidad de vida; igualmente debía preverse la formulación de una política integral de desarrollo del libro y la lectura, y la producción de mecanismos de financiamiento que aseguren su

ejecución; estudiar y crear los mecanismos más adecuados para la creación de empresas editoriales mixtas con participación del Estado y el sector privado; establecer los medios para lograr el abaratamiento de los precios del libro; examinar las posibilidades de realizar grandes tiradas destinadas a un mercado supranacional; lograr la publicación de coediciones, facilitar la atribución de créditos a la actividad editorial, reconociéndole a ésta el carácter industrial.

Dentro de los incentivos fiscales (artículo 100 constitucional) previstos específicamente como un medio para la promoción y desarrollo de la industria editorial, y que la Ley del Libro establece en su Título III Del Fomento Editorial y Hábitos de Lectura, Capítulo I, denominado Del Fomento de la Oferta Editorial, cuyos destinatarios son las personas jurídicas constituidas y reconocidas en su dedicación a la industria editorial o la venta exclusiva de libros, tenemos:

- exenciones al impuesto sobre la renta durante los primeros diez años siguientes a la entrada en vigencia de la ley, a las empresas editoriales dedicadas exclusivamente a la impresión, edición o publicación de libros en el país, al igual que las librerías, las distribuidoras y agencias literarias nacionales (artículo 27).
- beneficios especiales de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Aduanas y sus reglamentos a las importaciones de originales, fotografías, películas, grabados u otros elementos reproducibles, materias primas, insumos, maquinarias y equipo para la impresión o edición de libros (artículo 28).
- beneficios contemplados en la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos a favor de las donaciones de libros, revistas, fascículos, catálogos o folletos, que se otorguen a los establecimientos educacionales y culturales, bibliotecas de asociaciones gerenciales o sindicatos de trabajadores con fines culturales (artículo 29).
- exenciones al impuesto al consumo suntuario y ventas al mayor, u otro impuesto similar a los libros, revistas o folletos, cualquiera que sea su procedencia y a los recursos utilizados por y para la industria editorial. (artículo 30).
- tarifa postal preferencial o reducida a los libros impresos y editados en Venezuela (artículo 31).
- líneas de crédito ofrecidas por las entidades bancarias y financieras a los fines de incrementar y mejorar la producción y difusión de libros y publicaciones, en condiciones preferenciales de cuantías, garantías, intereses y plazos (artículo 32).

Las anteriores medidas legislativas constituyen un típico ejemplo de actividad administrativa de fomento de carácter financiero bajo la modalidad de auxilio indirecto a través de la cual el Estado sin emitir desembolso alguno procura e impulsa el desarrollo de una actividad privada. Esta subsidiariedad es lo que exige lo artículos 98 y 99 constitucionales para con ella impulsar servicios, industrias y producción cultural, sin el dirigismo estatal y la máxima intervención pretendida en algunos casos, con el sesgado concepto sobre el Estado social.

- *Resguardo de la Propiedad intelectual (Ley sobre el Derecho de Autor)*

El derecho de autor, como una expresión de la protección a la propiedad intelectual, ha sido definido, como *“una situación unitaria de poder en la que se agrupan facultades de diversa índole, unas morales o personales, otras patrimoniales de explotación, con una preponderancia cierta de las primeras sobre las segundas. Es así como la facultad de divulgación abre la puerta al nacimiento, a la posibilidad de ejercicio de los llamados derechos patrimoniales, mientras que las facultades de modificación o arrepentimiento la pueden entornar, o cerrar incluso, con posterioridad”* (Rogel Vidal).

La protección a la propiedad intelectual constituye en el campo de la Legislación Cultural una de las materias más desarrolladas tanto en los textos constitucionales como en los textos legislativos. En su salvaguarda y ejercicio se apliquen tanto normas de Derecho público como normas de Derecho privado. Así lo ha sostenido acertadamente la doctrina al exponer, la *“colisión cada vez más notoria entre el interés público y de los públicos, por un lado, y por el otro, los intereses privados, ligados no solamente a los autores y artistas, sino a las empresas productoras y difusoras, comerciales en su mayor parte, que procesan y difunden a través del mundo, mensajes e imágenes multiplicados cultural y económicamente, y b) la expansión del campo tradicional del derecho de autor, notablemente primero en el orden internacional y luego en la legislación nacional, a ciertas actividades conexas y a un plano de derecho semipúblico, donde la protección del autor y los intereses de la creación adquieren una relevancia insospechada, enlazándose con los postulados de la política cultural y de la política de las comunicaciones sociales”* (Harvey).

La procura del derecho de autor, por parte del Estado, ha alcanzado no solamente a los titulares del derecho de autor, sino también a los titulares de los derechos afines, siendo éstos quizás el núcleo de las relaciones en las que se fundamenta el punto de encuentro entre la Ley del Libro y la Ley sobre el Derecho de Autor, ello en virtud de que al establecer la Ley del Libro los mecanismos para el desarrollo de la industria editorial, a través de líneas de crédito, celebración de contratos de edición entre editores nacionales y extranjeros, y la segunda, la Ley de Derechos de Autor, los Derechos afines de quienes se dediquen a la edición y difusión de las obras producto del ingenio de los creadores, incentiva, la actividad creativa, y la actividad industrial, en razón de la seguridad jurídica creada, lo cual contribuye a la difusión del libro, su acceso y democratización.

ámbito de aplicación

En cuanto al ámbito de aplicación, la Ley sobre Derecho de Autor -en concordancia con el artículo con el artículo 98, constitucional- , establece en su artículo 1, que:

Artículo 1.- Las disposiciones de esta Ley protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del ingenio de carácter creador, ya sean de índole literaria científica o artística, cualesquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino.

Los derechos reconocidos en esta Ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra y no están sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad.

Asimismo, prevé dicha ley, que dentro de las obras del ingenio *“se consideran comprendidas especialmente: ”* (...) los libros, folletos y otros escritos literarios, artísticos y científicos, incluidos los programas de computación, así como

su documentación técnica y manuales de uso”, disposición que constituye a los libros en objetos de protección de la misma. El ámbito de aplicación se extiende a las obras creadas en relación de coautoría, de acuerdo a lo previsto en el artículo 125 *eiusdem*, según el cual:

Artículo 125. - Salvo lo dispuesto en el artículo 127, están sometidas a esta Ley las obras del ingenio y las ediciones de obras ajenas o de textos, cuando el autor de la obra o edición o, por lo menos, uno de los coautores sea venezolano o esté domiciliado en la República, o cuando independientemente de la nacionalidad o domicilio del autor, hayan sido publicados en la República por primera vez o dentro de los treinta (30) días siguientes a su primera publicación.

Es decir, el artículo 125 de la Ley sobre el Derecho de Autor, protege los derechos de cada una de las partes previstas como coeditores en el artículo 4 de la Ley del Libro, el cual al delimitar los contratos previstos en dicha ley y definir las modalidades de cada uno, prevé que en los mismos pueda existir la participación de editores de un mismo o de diferentes países, publicándose la obra en el país de origen o en otro distinto.

La Ley sobre el Derecho de Autor define el contrato de edición como “aquel por el cual el autor de una obra del ingenio o sus derechohabientes ceden, en condiciones determinadas, el derecho de producir o hacer producir un número de ejemplares de la obra, a una persona llamada editor, quien se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra por su propia cuenta” (artículo 71).

Establece o desarrolla igualmente dicha ley el contenido de los referidos contratos, en los cuales deberá contemplarse el número mínimo de ejemplares que constituyen la primera edición de la obra (artículo 72), no se contarán a tal efecto los ejemplares que por disposición de la ley o del contrato hayan de distribuirse gratuitamente; sería por ejemplo el caso del porcentaje mínimo razonable previsto en artículo 37 de la Ley del Libro y el cual debe ser adquirido por el Centro Nacional del Libro en coordinación con la Biblioteca Nacional a los fines de incentivar la oferta editorial y los hábitos de la lectura.

Por su parte la Ley del Libro prevé en su artículo 6, la regulación sobre qué debe entenderse a los fines de la protección intelectual por contrato de coedición de obra terminada, de coedición de obra y coedición plena. Lo cual constituye una garantía jurídica para los autores y editores y una medida en pro del desarrollo de la propiedad intelectual.

La inclusión de los contratos de edición dentro del ámbito de la Ley sobre el Derecho de Autor y su desarrollo en la Ley del Libro nos obliga a referirnos a los derechos afines al Derecho de Autor. Aspecto que desarrollaremos seguidamente.

derechos afines al Derecho de autor

La previsión legislativa de los contratos de edición en la Ley sobre el Derecho de Autor y en la Ley del Libro, origina la existencia de los derechos del editor, como derechos afines al derecho de autor. Con lo cual la voluntad del artículo 98, constitucional es reforzada.

Dentro de los derechos afines que le son reconocidos al editor tenemos, que salvo pacto en contrario se presume que el editor ostenta con carácter exclusivo los derechos de publicación y difusión de la obra (artículo 71); y en cuanto a las obligaciones a las cuales se compromete, destacan, la de no hacer ninguna modificación a la obra, sin autorización escrita del autor (artículo 78), y en caso de que se haga necesaria una nueva edición y el cedente se negara, el editor podrá en

virtud del carácter de la obra ponerla al día, mediante la intervención de expertos (artículo 79).

Es importante observar, que el acto de publicación constituye una fase determinante en ambas leyes. Acogiéndose en cada una, la definición aportada por la *Decisión 351 Sobre el Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos* (aprobada por Venezuela y publicada en la G.O Ext. N° 4.720 del 5/5/94) según la cual la publicación es entendida como, la *“producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”* (artículo 5). Dicha actividad se vincula con el derecho de reproducción, el cual constituye una de las modalidades a través de las cuales se manifiestan los derechos de explotación (artículo 39), consistiendo el derecho de reproducción *“en la fijación material de la obra por cualquier forma o procedimiento que permita hacerla conocer al público u obtener copias de toda o parte de ella, y especialmente por imprenta, dibujo, grabado, fotografía, modelado o cualquier procedimiento de las artes gráficas, plásticas, registro mecánico, electrónico, fonográfico o audiovisual, inclusive el cinematográfico”*.

La Ley sobre el Derecho de Autor, diferencia entre el momento en el cual se considera creada la obra, y el momento en el cual la obra se considera divulgada o publicada, considerándose divulgada a los fines del ejercicio de los derechos de los editores o coeditores cuando ésta se ha hecho accesible al público por cualquier medio o procedimiento. Se entiende por obra publicada la que ha sido reproducida en forma material y puesta a disposición del público en un número de ejemplares suficientes para que se tome conocimiento de ella. (artículo 6). En este sentido la ley le reserva exclusivamente al autor la facultad *“de resolver sobre la divulgación total o parcial de la obra y, en su caso, acerca del modo de hacer dicha divulgación, de manera que nadie puede dar a conocer sin el consentimiento de su autor el contenido esencial o la descripción de la obra, antes de que aquél lo haya hecho, o la misma se haya divulgado”*(artículo 18).

El derecho de reproducción cedido por el autor al editor contiene el derecho de distribución del libro el cual está previsto en el artículo 41 de la ley, y consiste en *“la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler u otra modalidad de uso a título oneroso”*.

Esta previsión del derecho de reproducción nos permite plantearnos el aspecto de la reprografía de libros y los cuestionamientos sobre su licitud e improcedencia. Expresamente la Exposición de Motivos planteo la reprografía vinculada a los adelantos tecnológicos al señalar *“la situación es más compleja en cuanto a las reproducciones lícitas, pues el avance tecnológico y la aparición de nuevos géneros creativos, ha facilitado la duplicación no autorizada de las obras protegidas o hecho surgir nuevas modalidades de reproducción, en franca concurrencia con el derecho de explotación del autor”*.

En tal sentido tenemos, que la Ley sobre el Derecho de Autor plantea como principio general, que la reproducción o distribución total o parcial de la obra, en este caso del libro, se considera ilícita, cuando ésta se ha realizado sin el consentimiento del autor o de sus derechohabientes, o causahabientes (artículo 42); y como excepción, la ley considera que la reproducción es lícita (artículo 44, 45, y 46) en los siguientes supuestos: *i)* siempre que sea realizada para la utilización personal y exclusiva del usuario, efectuada por el interesado por sus propios medios; *ii)* las reproducciones

fotomecánicas para exclusivo uso personal, como la fotocopia y el microfilme, siempre que se limiten a pequeñas partes de una obra protegida o de una obra agotada; *iii*) la reproducción por medios reprográficos para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido; *iv*) la reproducción individual de una obra por bibliotecas o archivos que no tengan fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente para preservar dicho ejemplar y sustituirlo en caso de necesidad o para sustituir en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables; *v*) la reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga; *vi*) la inclusión de una obra ya publicada dentro de una obra científica original con el objeto de aclarar su contenido en la extensión en que lo justifique esta finalidad; y, *vii*) la cita de determinadas partes de una obra ya divulgada dentro de una obra original en la cual el autor haya empleado el idioma como medio de expresión.

En síntesis, los derechos afines reconocidos por la ley a los editores de las obras creadas, según lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley sobre Derecho de Autor, se caracterizan por lo siguiente: *i*) los derechos afines nacen de la cesión de los derechos de explotación de la obra del autor a los editores; *ii*) los derechos de los editores confrontan la posibilidad de que éstos puedan publicar una edición de la obra y difundirla por cuenta propia y de forma exclusiva salvo pacto en contrario; *iii*) el autor al cederle la explotación de la obra al editor se compromete a entregarle la obra de manera que le permita la producción normal, reservándose la posibilidad de introducirle las modificaciones que considere convenientes; y, *iv*) los derechos del editor se extinguen de pleno derecho al vencimiento del término, salvo pacto en contrario.

En cuanto al tiempo de duración previsto para la protección de los derechos afines, los mismos durarán 15 años a partir del primero de enero del año siguiente de la primera publicación, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la ley.

Expuesto lo anterior, podemos afirmar que la subsunción de las normas citadas de la Ley sobre el Derecho del Autor y de la Ley del Libro respecto de lo dispuesto en los artículos 98 y 99 constitucional sobre la libertad en la creación cultural y la protección del derecho a la propiedad intelectual, son elementos que garantizan el pluralismo cultural requerido para el desarrollo del derecho a la cultura en sistemas democráticos en los cuales la cultura en su universalidad es un bien irrenunciable del ciudadano.

El engranaje entre lo dispuesto en la Constitución y las leyes vinculadas al derecho a la cultura ha de estar inspirado en una ponderación de los bienes tutelados según la cual, el órgano del Poder Público que esté llamado a ponderar debe observar su mayor abstención, limitándose a dictar las normas que eficazmente permitan el desarrollo de la cultura, ejecutando las mismas con lo mínimos niveles de intervención y dirección, actuando de manera vigilante pero no restrictiva para que su actuación sea una real garantía jurídica y no un Estado de mecenazgo, censuras y privilegios ante lo que por cultura el Estado tenga a bien definir.

Consideraciones finales

1. Los artículos 98, 99 y 100 de la Constitución vigente, así como las leyes indicadas *supra* que los desarrollan -recordemos, fueron dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1961- procuran la protección del derecho a la cultura armonizando los postulados del Estado de Derecho, del Estado Social y del Estado Democrático, mediante el encuadramiento a la supremacía de la norma constitucional, de las

manifestaciones o acciones positivas por parte del Estado destinadas a lograr el acceso a los bienes y servicios vinculados al derecho a la cultura, en un ejercicio respetuoso de la libertad de cada individuo.

2. El alejamiento por parte de los órganos del Poder Público, responsables de ponderar la configuración del derecho a la cultura con otros derechos constitucionales, como lo son el derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica, conlleva a un vaciamiento de dicho derecho. Su armonización y en consecuencia su plenitud y disfrute, sólo es posible, si la observancia de las normas que lo regulan, el ejercicio de las potestades administrativas destinadas a su satisfacción, y la emisión y ejecución de decisiones judiciales para garantizar su control jurídico, están justificadas por su necesidad e idoneidad en cuanto a los medios empleados o dispuestos para garantizar el acceso a los bienes y servicios culturales, en concordancia con los valores jurídicos que determinan los fines del Estado previstos en la Constitución. No es posible pretender sacrificar un derecho constitucionalmente establecido, al extremo de su posible negación, por la supervivencia de otro derecho o bienes constitucionales.

3. La ponderación del derecho a la cultura previsto en los artículos 98, 99 y 100, constitucionales, conlleva al desarrollo de una legislación e interpretación constitucional en la cual se debe cabida de manera óptima, a los siguientes aspectos: *i)* considerar los convenios, pactos, tratados, y demás normas contenidas en el Derecho comparado sobre el desarrollo del derecho a la cultura; *ii)* considerar de manera rigurosa la regulación y efectos jurídicos del acto de declaratoria de un bien como patrimonio cultural y las formalidades, procedimiento, ámbito, efectos y su ejecución; *iii)* observar con la necesidad e idoneidad de cada caso los repartos competenciales en la materia, y la descentralización y gestión del patrimonio cultural, observando al revisar este aspecto la dimensión económica del patrimonio, la actividad administrativa y la gestión de patrimonio en cuanto a su planificación, organización, comunicación, control y evaluación, la gestión pública y participación privada, los vínculos ente el patrimonio cultural y la educación, así como entre el patrimonio cultural y la comunicación; *iv)* considerar que el régimen sancionatorio aplicable a la gestión del derecho a la cultura corre igual suerte y regulación que la actividad sancionadora de la Administración Pública, de allí la exigencia de respetar los principios de aplicación de las infracciones administrativas y los principios de aplicación de las sanciones administrativas –a efecto de no vulnerar otros derechos fundamentales-; *v)* procurar como actividad de fomento un modelo fiscal en materia de bienes culturales y en especial de los bienes declarados patrimonio cultural de la República y de aquellos que integran las llamadas industrias culturales, en lugar de un régimen de máxima intervención y dirigismo estatal, contrario al pluralismo cultural y a la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abendroth, W. (1986). El Estado Social . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Casal, J. (2008). Las colisiones constitucional y su resolución . Caracas: Separata de Revista de Derecho N° 27 T.S.J.
- Casal, J. (2006) Los derechos humanos y su protección. Caracas. UCAB.
- Constitución de 1961, Gaceta N°: 3.357, Fecha de Gaceta: 2-mar-84
- Constitución de 1999, publicada en la G.O. N° 36.860 de fecha 30/12/1999 y reimpressa en la G.O. N° 5.453 Extraordinario del 24/03/2000.
- Daujat J, (1981). Jacques Maritain, un maestro para nuestra época. Caracas. Dimensiones
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Gros. H. (1988). Estudios sobre derechos humanos. Madrid. Civitas
- Häberle. P. (1998) La protección constitucional y universal de los bienes culturales un análisis comparativo. Revista Española de Derecho Constitucional. N° 54, 1998
- Harvey, E. (1980). Legislación Cultural de los Países Americanos. Buenos Aires: Delpama.
- Harvey, Edwin R. (1991). Relaciones Culturales Internacionales en Ibero América y el Mundo. Madrid: Tecnos
- Hesse, K. . (1992). Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Colección estudios constitucional.
- Kummerlow, Gert. (1969). Bienes y Derecho Reales. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Ley sobre el Derecho de Autor (G.O. N° Ext. 4.638 del 1/10/1993)
- Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (G.O.N°Ext. 4.623, del 03/09/1993)
- Ley del Libro (G. O. N° 36.189 del 21/04/1997)
- Ley de Cinematografía (G.O. N° Ext 4.626 de 8/09/ 1993)
- Ley de Fomento y Desarrollo Artesanal (G.O. N° Ext. 4.623 del 3/10/ 1993)
- López. A. (1988). La disciplina constitucional de la propiedad privada. Madrid. Tecnos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (G.O. No. 2.146 del 28/01/78)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (G. O. No. 31.256 del 14/06/77)

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (G. O. No. 38.192 del 23/05/2005).

Marienhoff .M.(1960) . Tratado de Dominio Público. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina

Peces Barba, G. (1995). Curso de derechos fundamentales, BOE- Universidad Carlos III, Madrid.

Revista de Derecho Público N° 48. Editorial Jurídica Venezolana

Rogel, C. (1995). Estudios Sobre Propiedad Intelectual. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, S.A..

Rodríguez. J. (2000). La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones

Sentencia N° 1817 de la Sala Constitucional del 28 de noviembre de 2008

Sentencia N° 2670 de la Sala Constitucional del 6 de octubre de 2003