

AMÉRICA LATINA FRENTE AL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE CULTURA

MARÍA JULIA OCHOA JIMÉNEZ*

Resumen

La noción jurídica de cultura se ha transformado a lo largo del tiempo en el orden internacional, pasando de una concepción marcadamente material a finales del siglo XIX hasta el reconocimiento más reciente de la inmaterialidad de la cultura tradicional, lo cual se refleja en la existencia de normas obligatorias y normas no obligatorias (soft law). En este artículo se discute sobre el papel que ha jugado América Latina a lo largo de dichas transformaciones.

Palabras claves: América Latina, cultura, orden jurídico internacional.

Abstract

Transformations of the legal concept of culture in the international order have ranged from the material conception of the late nineteenth century to the recognition, which occurred more recently, of intangible elements of traditional culture within the concept of cultural heritage. This process is reflected on binding and non-binding (soft law) norms. This article discusses the role Latin America has played into that process.

Key words: Latin America, culture, international legal order.

* Facultad de Derecho, Universidad Antonio Nariño,
Bogotá, Colombia.
mariajulia85@yahoo.com.

1. Introducción

En este artículo nos proponemos repasar brevemente y de forma general cómo se ha transformado, desde el punto de vista jurídico, el concepto de cultura en el ámbito internacional. Nos interesa especialmente realizar una exposición que enfatice algunas contribuciones de América Latina al respecto. Sin embargo, dado que no existe una voz única que represente todos los intereses y aspiraciones latinoamericanas, se mencionarán solamente aportes individuales de algunos países de la región. Así mismo, la exposición se enfocará primordialmente en las normas sobre la protección del patrimonio cultural en tiempos de paz más que en aquellas dirigidas a su protección en situaciones de conflicto armado. Al plantear el desarrollo jurídico objeto de este artículo, se enfatizarán, entre las diferentes expresiones culturales, particularmente aquellas que son de naturaleza inmaterial.

Partiendo de una breve reseña de la situación en la región durante el siglo XIX, en la exposición se destacan procesos ocurridos en el orden jurídico internacional a lo largo el siglo XX que han determinado la configuración de la noción de cultura que hoy se maneja en los ámbitos jurídico y político, tanto en América Latina como en el plano internacional. Podrá constatarse, en este sentido, que países latinoamericanos han ocupado un papel relevante en transformaciones que, en ciertos casos, han implicado la transición de normas no vinculantes (*soft law*) a normas obligatorias (tratados).

2. La noción jurídica de cultura a finales del siglo XIX

La descripción que hace Harvey¹ de la situación de las políticas culturales en América Latina a finales del siglo XIX nos permite aproximarnos a la noción de cultura imperante en la región durante esa época. Tras las políticas culturales nacionales que Harvey repasa subyace la dimensión de la cultura que Najenson² denomina cultura como *civiliza-*

1.- Harvey, E. R., *Políticas culturales en Iberoamérica y el mundo: Aspectos institucionales*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 25.

2.- Najenson, J. L., "On culture and Politics", en Najenson, J. L., Nomez, N. y Spinosa, J. N. (eds.),

ción o como *nivel de desarrollo*. Efectivamente, los conservatorios y las academias de música y de bellas artes y, especialmente, las cuatro instituciones que debía tener todo país *culturalmente organizado*, es decir, biblioteca nacional, museo nacional, teatro nacional y archivo nacional,³ recibían entonces toda la atención que los entes tanto públicos como privados tenían para ofrecer a la cultura.

El hecho de que los gobiernos latinoamericanos concibieran e implementaran políticas culturales en el sentido indicado ocurre, como resulta evidente, por influencia de la cultura moderna europea. La influencia europea jugará en el contexto que aquí nos ocupa, como lo indica Najenson (1982), una posición hegemónica. Esto ocurre a pesar de que al mismo tiempo a la cultura, entendida ésta desde la misma noción iluminista, se asigna, paradójicamente, un papel emancipador. Ciertamente, un elemento del proceso emancipador en la región latinoamericana consistirá en que los ciudadanos gocen de cultura en el sentido mencionado.⁴

En el ámbito internacional, este desenvolvimiento del concepto de cultura, que sigue la misma línea de pensamiento moderno, determinará el desarrollo de las normas destinadas a brindar protección especial a la propiedad intelectual e industrial. Las normas sobre propiedad intelectual serán tratadas, sin embargo, siguiendo un camino distinto de aquel que ha seguido la normativa cultural. En efecto, el desarrollo normativo en el plano internacional ha supuesto en materia cultural un parcelamiento que —de la mano del proceso de fragmentación del derecho internacional— divide fenómenos que en su naturaleza se encuentran interrelacionados, reduciendo lo cultural principalmente a los procesos que tienen lugar en el seno de la UNESCO. No obstante, el modelo normativo que imponen las convenciones internacionales sobre propiedad intelectual desde finales del siglo XIX,⁵ será paulatinamente absorbido por los ordenamientos jurídicos nacionales latinoamericanos,

Culture and Politics in Latin America, LARU, Canadá, 1982, p. 12.

3.- Harvey, *op. cit.*, p. 25.

4.- Como diría Martí, “ser cultos para ser libres”. Cfr. Araújo, N., “Cultura”, en Szurmuk, M. y McKee Irwin, R., *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, 2009, p. 73.

5.- En 1883 se adopta el Convenio de París, dedicado a la protección de la propiedad industrial, y en 1886 se adopta el Convenio de Berna, dedicado a la protección del derecho de autor, cuyas oficinas administradoras se fusionarán y darán nacimiento, alrededor de ocho décadas más tarde, a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

lo cual contribuirá a la consolidación de las concepciones modernas en torno al fenómeno cultural.

3. Materialidad e inmaterialidad de la cultura en el orden internacional de los siglos XX y XXI

En los inicios del siglo XX, las estructuras establecidas en el siglo XIX continuarán existiendo y en buena medida determinarán el paisaje institucional y jurídico que en torno a la cultura hoy todavía subsiste en América Latina. No obstante, la circunstancia de que a estas tendencias de fines del siglo XIX se sumara en los años siguientes un gran interés por la construcción de monumentos públicos⁶ refuerza el hecho de que en el contexto de comienzo del siglo pasado destacará la contemplación de lo cultural asociado a lo material, en particular, los inmuebles considerados valiosos desde el punto de vista cultural o histórico.

Ruinas arqueológicas

Desde los primeros años del siglo XX se comenzará a desarrollar el interés por la conservación de los vestigios materiales de las culturas prehispánicas. En los años 1906 y 1909, Bolivia dictó normas para la protección de las ruinas de Tiahuanaco y demás ruinas incaicas o anteriores al periodo incaico, normas que al mismo tiempo prohibían la exportación de artefactos originarios de dichas ruinas. Es también en esta época cuando se produce el “(re)descubrimiento”⁷ de Machu Picchu por parte de Hiram Bingham, de la Universidad de Yale. Este hecho originó ya en ese entonces la celebración de diferentes convenios entre dicha Universidad y el Estado peruano y, recientemente, ha dado pie a la realización de negociaciones para la recuperación y devolución de los objetos originarios de la ciudadela que, de acuerdo con lo sostenido por Perú, han sido retenidos en Estados Unidos de forma injustificable.

En este sentido, durante el primer tercio del siglo XX comienza a configurarse uno de los puntos en torno a los cuales América Latina

6.- Harvey, *op. cit.*, p. 26.

7.- El término es ampliamente criticado; sería más correcto hablar, en lugar de un (re)descubrimiento, de la expedición que permitió el inicio del estudio científico del sitio y sus restos.

alzará la voz en la arena internacional en relación con esta materia. En tanto región de origen de objetos culturales susceptibles de ser extraídos ilícitamente, América Latina propondrá a la comunidad internacional la adopción de medidas que impidan el tráfico ilícito de bienes culturales (principalmente bienes arqueológicos) y permitan la devolución de los mismos a su lugar originario. Las reclamaciones latinoamericanas en este contexto han tenido dimensiones tanto técnicas como políticas. Por un lado, la posición de los países latinoamericanos se sustenta en lo sostenido por numerosos arqueólogos, en cuanto a que la conservación material de los objetos arqueológicos se facilita en su sitio de origen. Por otra parte, la posición favorable a la retención de estos bienes en sus sitios originarios, sostenida por los países de origen en general y, en particular, por países latinoamericanos, se opone a ideas que, desde un punto de vista liberal, justifican el movimiento libre de estos bienes,⁸ ideas defendidas principalmente por países que tradicionalmente han sido receptores o importadores de los bienes culturales.

Cultura inmaterial

En lo que respecta a las expresiones de la cultura inmaterial, la situación a comienzos del siglo XX continuará estando marcada prácticamente de forma exclusiva por las normas sobre derechos de propiedad intelectual. Bajo influencia de los tratados internacionales sobre propiedad industrial y derecho de autor de finales del siglo XIX, surgen las primeras leyes nacionales de protección de la propiedad intelectual en América Latina, siendo pioneras a este respecto la ley boliviana del año 1909 y la ley panameña del año 1916.⁹

La protección jurídica de las expresiones inmateriales de la cultura tradicional retará la dicotomía existente entre las normas sobre patrimonio cultural, nacidas para la protección de la cultura material, y las normas destinadas a la protección de la propiedad intelectual, aunque permanecerá, como se verá especialmente en el último tercio del siglo XX, signada por una necesidad creada por el marco jurídico existente de tener que elegir entre estas dos alternativas. La inmaterialidad de estas expresiones culturales hará, no obstante, que en general la

8.- Véase en este sentido el documento UNESCO/CUA/115, p. 8.

9.- Harvey, *op. cit.*, p. 26.

balanza tiende a inclinarse por la protección mediante el modelo del derecho de autor.

Las políticas y las leyes nacionales latinoamericanas continuarán a partir de los años treinta del siglo XX las sendas ya trazadas en años anteriores: se concentrarán, por un lado, en la creación de nuevas instituciones culturales nacionales (museos, bibliotecas, archivos) y, por otro lado, en la protección de la propiedad intelectual. Ejemplos de esta corriente los encontramos en las leyes de Argentina, de 1933, y de Uruguay, de 1937. Al mismo tiempo, la tendencia ya existente en relación con la protección del patrimonio arqueológico se extenderá en el paisaje jurídico de la región. Habiendo adoptado Bolivia su ley nacional en esta materia en 1927, República Dominicana hace lo propio en 1932, a quien sigue México en 1934. A continuación son Brasil y Costa Rica los que, en 1937 y en 1938, respectivamente, establecen controles a la explotación y al comercio de reliquias arqueológicas.

Lo descrito hace posible afirmar que los procesos que han ido consolidándose a nivel nacional en varios países de América Latina anteceden al desarrollo que se da a nivel internacional en las décadas siguientes. Esto se evidencia, efectivamente, en la segunda posguerra mundial, cuando algunos procesos en el contexto internacional son iniciados e impulsados por países latinoamericanos, en particular, en el marco generado por las Organización de las Naciones Unidas, específicamente dentro del que ha sido el foro internacional más importante en la materia, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). En el ámbito regional, la Organización de Estados Americanos, nacida también a inicios de la segunda mitad del siglo XX, ofrecerá igualmente espacios para replicar procesos que ya venían dándose en el plano nacional. Un interés fundamental de América Latina se manifestará en relación con la protección de objetos culturales muebles, en el sentido que ya hemos mencionado de buscar que países receptores de objetos arqueológicos –EE.UU, entre otros– se comprometieran a aunar fuerzas para luchar contra el tráfico ilícito de este tipo de objetos.

En este sentido, la Oficina Internacional de Museos había ade-

lantado anteriormente iniciativas para la adopción de normas internacionales. Antes de desatarse la segunda guerra mundial, esta oficina presentó a la Sociedad de Naciones tres proyectos de convenciones: uno sobre repatriación de objetos perdidos, robados o transferidos ilegalmente (1933), otro sobre protección del patrimonio cultural nacional (1936) y otro sobre repatriación de colecciones (1939), pero, aun cuando representan un precedente importante, el estallido de la guerra provocó que ninguno de estos documentos llegara a adoptarse.

Desarrollo de soft law

Desde que fue creada, a mediados de la década de los cuarenta del siglo XX, se desarrolla en la UNESCO un cuerpo de normas no obligatorias o de *soft law*, en la forma de “recomendaciones” y “declaraciones” (ver: Tabla 1). Este tipo de instrumentos, si bien carecen de fuerza vinculante, ejercen una función importante en el proceso de creación de normas obligatorias (*hard law*), nacidas tanto de la costumbre como de tratados, y han tenido una gran relevancia, como lo indica Boyle (1999), en el funcionamiento de las organizaciones internacionales. Las normas de *soft law* permiten, además, la aceptación de un mayor número de Estados que están dispuestos a adquirir compromisos a cambio de que el instrumento que los contenga no sea aplicable forzosamente.

Tabla 1: Declaraciones y recomendaciones de la UNESCO en materia cultural

Recomendaciones	Declaraciones
Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, 1989	Declaración de la UNESCO relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural, 2003
Recomendación sobre la Protección de los Bienes Culturales Muebles, 1978	Carta sobre la preservación del patrimonio digital, 2003
Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural, 1976	Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001
Recomendación sobre el Intercambio Internacional de Bienes Culturales, 1976	Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, 1966
Recomendación relativa a la Salvaguardia de los Conjuntos Históricos o Tradicionales y su Función en la Vida Contemporánea, 1976	
Recomendación sobre la Protección, en el Ámbito Nacional, del Patrimonio Cultural y Natural, 1972	
Recomendación sobre las Medidas Encaminadas a Prohibir e Impe-dir la Exportación, Importación y Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, 1964	

Fuente: *www.unesco.org*

Surgimiento de normas obligatorias

Uno de los efectos más importantes de la adopción de normas de *soft law* es el de contribuir al desarrollo de normas de carácter vinculante. Esto es lo que ocurre con el primer tratado multilateral dedicado específicamente a la lucha contra el movimiento ilícito de bienes culturales, la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, el cual se basa en una recomendación de la UNESCO sobre la materia, adoptada en 1964, proceso que conduce en la década de los noventa a diversas convenciones regionales,¹⁰ como es el caso de algunas convenciones centroamericanas, las cuales replican parcialmente la Convención de la UNESCO de 1970. Esta evolución se ve reforzada por la adopción del Convenio del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDRIOT) de 1995 sobre Bienes Robados o Exportados Ilícitamente. También es de mencionar el caso de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial del 2003, cuya adopción había sido allanado por dos importantes instrumentos normativos no vinculantes que le habían precedido, la Declaración sobre la Diversidad Cultural de 2001 y la Declaración de Estambul de 2002.

En tanto origen de una inmensa variedad y una cantidad inconmensurable de expresiones culturales, América Latina ha ocupado un lugar importante en este proceso. Iniciativas que se remontan hasta comienzos de 1960 fueron promovidas por México y Perú. Fueron las delegaciones de estos países las que llamaron la atención de la Asamblea General de la UNESCO sobre los problemas relacionados con la exportación, importación y venta ilícitas de patrimonio cultural, y dieron inicio tanto a la preparación de un proyecto de convención internacional como a la elaboración de un informe sobre la situación de la materia, propuestas que fueron atendidas por la Asamblea General.¹¹ Así mismo, los países de la región han sido, en general, receptivos a normas internacionales obligatorias y han suscrito en su mayoría instrumentos internacionales que las contienen (ver: Tabla 2).

10.- A nivel regional, en la Organización de Estados Americanos se gesta la Convención de San Salvador sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, adoptada en 1976.

11.- Información disponible en el documento UNESCO/CUA/115, p. 1.

Tabla 2: Estados latinoamericanos partes de convenciones internacionales sobre cultura

	Convención Universal sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos - 1952	Convención de Berna - 1886 (con revisiones y enmiendas)	Convención de París - 1883 (con revisiones y enmiendas)	Convención sobre Diversidad de Expresiones Culturales - 2005	Convención sobre Patrimonio Inmaterial - 2003	Convención sobre Patrimonio Subacuático - 2001	Convención sobre Patrimonio Cultural y Natural - 1972	Convención contra Tráfico Ilícito - 1970	Convención para Protección en Conflictos Armados - 1954
Argentina	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Bolivia	X	X	X	X	X		X	X	X
Brasil	X	X	X	X	X		X	X	X
Chile	X	X	X	X	X		X		X
Colombia	X	X	X		X		X	X	X
Costa Rica	X	X	X	X	X		X	X	X
Cuba	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Ecuador	X	X	X	X	X	X	X	X	X
El Salvador	X	X	X				X	X	X
Guatemala	X	X	X	X	X		X	X	X
Haití	X	X	X	X	X	X	X	X	
Honduras		X	X	X	X	X	X	X	X
México	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Nicaragua	X	X	X	X	X		X	X	X
Panamá	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Paraguay	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Perú	X	X	X	X	X		X	X	X
República Dominicana	X	X	X	X	X		X	X	X
Uruguay	X	X	X	X	X		X	X	X
Venezuela	X	X	X		X		X	X	X

Fuente: *www.unesco.org/www.wipo.int*

Los países andinos y México han jugado, en efecto, un papel destacado en la participación de América Latina en la configuración de las normas internacionales en materia cultural. El rol jugado por estos países destaca en relación con la cultura material, así como también en cuanto a las expresiones culturales inmateriales. En cada uno de estos casos, sin embargo, los procesos han discurrido de forma diferente. Los procesos en relación con los objetos culturales precolombinos tienen lugar en una época mucho más temprana y de forma más decidida que aquellos referidos a las expresiones inmateriales. La alerta más temprana en cuanto a la protección de objetos arqueológicos se explica por los riesgos que los países de la región supieron reconocer en la sed febril de muchos exploradores, particularmente europeos y norteamericanos, ansiosos por encontrar tesoros de civilizaciones “perdidas” y pueblos “salvajes” para enriquecer colecciones privadas, financiados muchas veces por importantes instituciones de sus países de origen.

En el caso de las expresiones culturales inmateriales, el hecho de que los países latinoamericanos se hayan enfocado en un modelo de política cultural que se centraba en las cuatro instituciones culturales mencionadas al comienzo de este artículo, y en un modelo legal enfocado hacia la propiedad intelectual, ha tenido rasgos esnobistas en relación con la cultura europea. Esto contribuye a la consolidación y expansión de una cultura hegemónica en torno a la cual han girado las políticas y las leyes culturales nacionales, a la vez que explica que, de esta forma, los procesos en torno a las culturas tradicionales hayan sufrido una ralentización que condujo a que éstas se quedaran relegadas, como lo indica Najenson (1982), a un lugar más bien subsidiario en los escenarios oficiales. Es así como no es sino hasta mediados de siglo que encontramos las primeras iniciativas en el sentido de establecer normas jurídicas nacionales sobre expresiones de la cultura tradicional inmaterial. Entre las primeras leyes nacionales de la región que hacen referencia a las expresiones culturales tradicionales de naturaleza inmaterial, se cuentan las leyes de derecho de autor que contemplan las obras en el dominio público, como la ley mexicana de 1956, y las que consagran la propiedad estatal de ciertas obras, como la ley boliviana de 1968.¹²

12.- Sherkin, S., “A historical study on the preparation of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore”, en Seitel, P. (ed.), *Safeguarding traditional cultures: A global assessment*, Smithsonian Institution, Washington, D.C., 2001, p. 43.

La dinámica en cuanto a la necesidad de proteger jurídicamente la cultura tradicional en el ámbito internacional se activa en realidad pocos años después de que en 1967 se revisara el Convenio de Berna sobre derecho de autor, de 1886,¹³ haciéndose una referencia general a las obras de autores desconocidos. Entonces, nacen iniciativas desde América Latina que hacen ver la insuficiencia del modelo adoptado. Y, efectivamente, a partir de la década de 1970 la falta de idoneidad del derecho de autor se hace más evidente y comienza a debatirse cuáles habrá de ser el camino a seguir.

Así, en 1973, Bolivia propone que se cree un protocolo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor, adoptada por la UNESCO dos años antes. Mediante esta propuesta lo que buscaba Bolivia era elevar a nivel internacional principios que ya se encontraban incorporados en su legislación interna y sus políticas nacionales. En particular, el establecimiento de la propiedad estatal sobre las expresiones culturales de creación colectiva, o cuyos autores se desconocen, y la creación de un registro del *folclor*.¹⁴

Entre las razones aducidas en la propuesta boliviana se encontraba, además del descuido del *folclor* por parte de los organismos internacionales y por la mayor parte de los Estados, la exclusión del mercado de los grupos originarios. En relación con esto último quisiéramos resaltar

- 13.- Artículo 15 párrafo 4: “(a) Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión.
(b) Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General mediante una declaración escrita en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director General comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión.”
- 14.- Esta información se encuentra recogida en el anexo A (p. 5) del documento UNESCO IGC/XII.22. Usamos la palabra “*folclor*” y su adjetivo “*folclórico*” a efectos de mantener fidelidad a los términos originales de las propuestas o textos a los que hacemos referencia, aun cuando actualmente esta palabra se encuentre prácticamente fuera de uso, debido a las connotaciones negativas que se identifican en ella (de allí que mantenemos las cursivas a lo largo del texto). Cuando no hemos estado haciendo referencia a otras fuentes hemos preferido usar en su lugar la expresión “expresiones inmateriales de la cultura tradicional”.

que, si bien la concepción holística de los pueblos autóctonos sobre el patrimonio no distingue entre patrimonio natural, material e inmaterial, se sostiene que es principalmente lo inmaterial, es decir, el patrimonio intangible, lo que representa la fuente vital de identidad para estos grupos.¹⁵ De allí que la propuesta de Bolivia definía al *folclor* como substrato cultural de los grupos humanos y aseveraba que descuidar las expresiones *folclóricas* implicaba el riesgo de aculturación. El documento preparado por Bolivia afirmaba que el riesgo de perder elementos culturales se acentuaba mediante la apropiación indebida de dichas expresiones. En este punto habría de presumirse que la propuesta de Bolivia estaba siendo acicateada por el éxito comercial de *El Condor Pasa*, puesto que, no estando protegida por derecho de autor, esta pieza musical tradicional estaba siendo explotada comercialmente sin haber obtenido autorización alguna para su reproducción.¹⁶

Lo más destacable de la iniciativa del gobierno de Bolivia reside en el hecho de que provocó que el tema fuera incluido en el programa de la UNESCO¹⁷ y, por tanto, debatido en un foro universal. Ciertamente es, sin embargo, que la influencia de esta propuesta se encontraba reforzada por lo que ya en 1970 se había manifestado dentro del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor y el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna. Estos comités habían sostenido, en efecto, la idea de que, debido a que el *folclor* tiene una naturaleza esencialmente cultural, establecer una protección a través del derecho de autor no era posible.¹⁸ No obstante, la idea de brindar protección jurídica al *folclor* por vía del derecho autoral se mantendrá en los debates incluso entrados ya los años ochenta y sólo paulatinamente irá siendo abandonada.

En el año 1982, se logra por primera vez, en la reunión del Comité Gubernamental para la Salvaguardia del Folklore, reunido en París, acordar una definición de expresiones del *folclor*,¹⁹ según la cual estas

15.- Kirshenblatt-Gimblett, B., "El patrimonio inmaterial como producción metacultural", *Museum International. Intangible Heritage*, No. 221-222, 2004, p. 55.

16.- Sherkin, *op. cit.*, p. 44.

17.- A este respecto se puede consultar el documento UNESCO PRS/CLT/TPC/11/3, p. 1.

18.- Sherkin, *op. cit.*, p. 45.

19.- *Idem*, p. 47.

expresiones son “[p]roducciones consistentes de elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y mantenido por una comunidad en el país o por individuos reflejando las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad.” Esta definición contribuye, por una parte, a distanciar las expresiones del *folclor* de las obras protegidas por el derecho de autor, pues deja clara su naturaleza colectiva, ya que, aun en los casos en que no sean producción colectiva sino el producto de un esfuerzo individual, reflejan las expectativas del colectivo. Por otra parte, esta definición es comparable con la contenida en la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultural Tradicional y Popular que la UNESCO adoptó en 1989,²⁰ la cual, a su vez, sirvió como punto de partida para debates posteriores que dieron lugar a ciertas matizaciones.

En este sentido, durante los ocho seminarios regionales que se llevaron a cabo desde 1995 hasta 1999 para discutir la Recomendación de la UNESCO de 1989, representantes de América Latina hicieron algunos comentarios relevantes. Particularmente, enfatizaron la importancia del multiculturalismo y el significado de las culturas híbridas, subrayando el papel integrador de los actores culturales y la relevancia de las expresiones culturales tradicionales en el desarrollo de la democracia. Al mismo tiempo, los países de la región plantearon que la Recomendación de la UNESCO de 1989 debía ser modificada a fin de poder abarcar el carácter evolutivo de la cultura popular.²¹

Aquí puede apreciarse una vez más cómo los países de la región buscan que en el plano internacional se repliquen las transformaciones que habían tenido lugar dentro de sus propios ordenamientos jurídicos. Esto se relaciona especialmente con el desarrollo y la expansión de un

20.- “La cultura tradicional y popular es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.”

21.- Seeger, A., “Summary report on the regional seminars”, en Seitel, P. (ed.), *Safeguarding traditional cultures: A global assessment*, Smithsonian Institution, Washington, D.C., 2001, pp. 38-39.

“nuevo constitucionalismo” que busca principalmente asegurar el reconocimiento de los derechos contenidos en la Carta Internacional de los Derechos Humanos y garantizar su cumplimiento pleno al interior de cada país. Forma parte de este fenómeno el llamado “constitucionalismo cultural”, el cual, de la mano de la democracia cultural,²² plantea reivindicaciones asociadas al reconocimiento de la existencia, dentro de las fronteras nacionales, de una pluralidad de culturas que coexisten con la cultura nacional.²³

Llegado el siglo XXI se produce una *modernización* del concepto de cultura dentro de la UNESCO²⁴ y muchos países comienzan a adoptar una definición más amplia e inclusiva de *patrimonio*, es así como se habla, por ejemplo, del patrimonio de ideas, del patrimonio científico, del patrimonio genético, etc.²⁵ La UNESCO adopta, por su parte, normas sobre *patrimonios* a los que tradicionalmente, al menos durante el siglo pasado, no se había concedido protección jurídica positiva en el ámbito internacional. Es el caso de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Subacuático del 2001 y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial del 2003. La definición que incorpora el artículo 2.1 de la Convención del 2003 recoge ideas que habían sido ya planteadas en las revisiones de la Recomendación de 1989 por delegaciones de América Latina. Así, por ejemplo, el carácter evolutivo de las expresiones de la cultura inmaterial: “Este patrimonio (...) se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia.”

22.- Harvey, *op. cit.*, pp. 35 y 44.

23.- Arizpe, L., *Culturas en Movimiento: Interactividad Cultural y Procesos Globales*. Porrúa, México, 2006, p. 3 [en línea] disponible en: http://www.lourdesarizpe.com/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=48, recuperado: 01-07-2011.

24.- Cfr. Mißling, S., “Die UNESCO-Konvention zum Schutz des immateriellen (Kultur-) Erbes der Menschheit von 2003: Öffnung des Welterbekonzepts oder Stärkung der kulturellen Hoheit des Staates?”, en Bendix, Regina, Bizer, Kilian y Groth, Stefan (ed.), *Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2010, p. 94.

25.- Bouchenaki, M., “Opening Address”, en Seitel, P. (ed.), *Safeguarding traditional cultures: A global assessment*, Smithsonian Institution, Washington, D.C., 2001, p. 6.

La ampliación de la definición de patrimonio cultural inmaterial que encontramos en la Convención del 2003 obedeció también, como es natural, a observaciones que no pueden atribuirse a aportaciones latinoamericanas. Un ejemplo que podemos mencionar es la concepción de las expresiones culturales inmateriales no sólo como productos, sino también como manifestación de los conocimientos y valores que hacen posible su producción, que en el texto del artículo 2.2 se tradujo en los siguientes términos: “El patrimonio cultural inmaterial (...) se manifiesta en (...) c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.”

4. Algunas observaciones finales

El elemento indígena

En el contexto descrito, los movimientos indígenas han jugado un papel político importante en la región. Desarrollados a lo largo del siglo XX y reforzados dentro del marco de las Naciones Unidas, estos movimientos llegan a ver frutos en ámbitos jurídicos nacionales, al mismo tiempo que en diferentes instrumentos internacionales. Ya a finales del siglo XX el saldo era –aun cuando sea en términos estrictamente jurídico-formales– positivo para estos movimientos, pues había sido adoptado un tratado internacional (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) y habían sido establecidas algunas normas particulares (art. 8 lit. j del Convenio sobre Diversidad Biológica), a la vez que existían algunos foros internacionales en los cuales se trata el tema indígena (p. ej.: OMPI), algunos de ellos especialmente dedicados al tema indígena (Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas del ECOSOC). La visibilidad ganada por los pueblos indígenas ha permeado ciertamente el desarrollo del concepto de cultura, o de elementos de ésta. Además de lo mencionado sobre la relevancia de la protección jurídica contra la explotación ilícita de las expresiones inmateriales de la cultura tradicional, habría de recordar cuanto toca a los movimientos para el reconocimiento de la necesidad de impedir el uso indebido de los conocimientos de

estos pueblos en campos como la industria farmacéutica.

Los procesos de reafirmación de valores vernáculos se producen, además, en un contexto de *mundialización* de la cultura. Relacionado con esto está el hecho de que la UNESCO, reconociendo la amenaza implícita en la estandarización cultural para la existencia de diversidad y pluralismo culturales, viene expresando de forma creciente que el patrimonio cultural inmaterial es el factor esencial para la preservación de la identidad y la diversidad culturales y que su salvaguardia es una cuestión urgente.²⁶

En cuanto a la participación de América Latina en este contexto global, es posible ver, sin embargo, que la cultura es uno de los espacios en que se manifiestan contradicciones existentes en las políticas de los gobiernos de la región. En efecto, si distinguimos entre dos planos en el concepto de soberanía estatal, esto es, el poderío del Estado que se ejerce hacia afuera y el poderío del Estado que se ejerce hacia adentro,²⁷ tales contradicciones se hacen palpables. En materia de política cultural internacional (en ejercicio de poderío hacia afuera) los Estados de la región mantienen una postura de defensa de las identidades nacionales y, recientemente, de la pluriculturalidad o multiculturalidad. Hacia adentro, sin embargo, la existencia de esas culturas no ha dejado de ser una tarea centralizada, monopolizada por el Estado.

El reconocimiento de la diversidad cultural por parte del Estado, un elemento que, como hemos visto, está vinculado con las transformaciones del concepto de cultura que hemos indicado, ha supuesto una especie de autorización para existir que se concede a los diversos grupos culturales. En el caso de los pueblos indígenas esto se hace particularmente patente. El carácter preexistente de los pueblos indígenas, incluido por Martínez Cobo en su ya clásica definición de pueblos indígenas, no es aceptado. No se acepta que nuestra diversidad de pueblos y, con ello, nuestra diversidad cultural, existe desde antes de la existencia misma de cualquier forma de organización política constituida en el continente a partir de la llegada de los europeos, haya tenido ésta la forma de monarquía, de modalidades de ésta o de Estado moderno. Una razón fundamental para ello podemos encontrarla en la circunstancia de

26.- Aikawa, N., *op. cit.*, p. 144.

27.- Cfr. Herdegen, M., *Völkerrecht*, 5a. ed., C. H. Beck, München, 2006, pp. 200 ss.

que aceptar esa situación implicaría para los Estados, entre otras consecuencias, renunciar al poder de reconocer, autorizar o dar validez a la existencia de estos pueblos. Es necesario, pues, retener en mente que en la realidad, la preeminencia del Estado frente a cualquier otro actor internacional en materia política y jurídica en el plano internacional está presente en cada uno de los instrumentos normativos que ha adoptado la UNESCO en materia de protección de expresiones culturales (materiales e inmateriales). Un ejemplo de lo que mencionamos es que, mientras por un lado los Estados defienden y exigen la restitución de objetos culturales que han sido extraídos ilícitamente de sus sitios originarios, por otro lado otorgan a las autoridades culturales centrales –por lo general, sin la participación de las comunidades– la decisión en cuanto a cuál habrá de ser el destino de los mismos una vez estén de vuelta.

Participación de otras regiones

En este artículo hemos destacado algunos aportes latinoamericanos en el proceso normativo internacional sobre cultura. No obstante, no debe perderse de vista que las aportaciones que ha hecho América Latina forman parte de un proceso más amplio, un proceso global en el que diferentes actores de distintas regiones del mundo comparten intereses comunes. Es así como en la gestación de la Convención del 2003 sobre Patrimonio Cultural Inmaterial fue importante la participación de países del Este de Asia, en particular Korea y Japón participaron activamente en el marco de la protección de *tesoros humanos vivos*. La figura de *tesoro nacional vivo* era reconocida jurídicamente en Japón desde 1950,²⁸ mientras que Korea comenzó a apoyar ya desde inicios de 1990 el *proyecto tesoros humanos vivos* de la UNESCO, destinado a animar a los Estados miembros a adoptar un sistema que otorgue reconocimiento oficial a los poseedores de capacidades artísticas notables en expresiones de patrimonio cultural inmaterial, con el fin de aumentar la motivación y asegurar la transmisión a las futuras generaciones de dichas expresiones.²⁹ La convención fue, por otra parte, bien recibida en

28.- Kirshenblatt-Gimblett, *op. cit.*, p. 54.

29.- Aikawa, N., “Visión Histórica de la Preparación de la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”, *Museum International. Intangible Heritage*, núm. 221-222, p. 142.

los países de Europa del Este, los cuales, al salir del régimen comunista, se encontraban especialmente interesados en el *nation-building* y la reconstrucción de su identidad nacional.³⁰ A partir de la década de 1970,³¹ también los países africanos intentarán, tras su independencia, restablecer sus identidades y reinventar sus propios sentimientos como nación, maltrechos con motivo del régimen colonial. En este contexto, África insistió en que la idea las expresiones culturales inmateriales como creaciones *impersonales* va en detrimento de los autores que, aunque desconocidos individualmente, las han creado y en consecuencia eran parte de la expresión misma. En este sentido, en la reunión del Comité de Expertos sobre la Protección Legal del Folklore, celebrada en Túnez en julio de 1977, delegaciones africanas demandaron que el criterio de creación *impersonal* se reemplazara por *anónimo*.³²

30.- Mißling, *op. cit.*, p. 93.

31.- La UNESCO convoca entonces tres conferencias sobre política cultural en las siguientes ciudades: Yogyakarta (1973), Accra (1975) y Bogotá (1978).

32.- Estas declaraciones de la delegación africana se encuentran en el anexo II (p. 12) del documento 23 C/32 de la UNESCO.

Bibliografía

Aikawa, N., “Visión Histórica de la Preparación de la Convención Internacional de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”, *Museum International. Intangible Heritage*, núm. 221-222, 2004, pp. 140-153.

Araújo, N., “Cultura”, en Szurmuk, M. y McKee Irwin, R., *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, 2009, pp. 71-74.

Arizpe, L., *Culturas en Movimiento: Interactividad Cultural y Procesos Globales*. Porrúa, México, 2006, [en línea] disponible en: http://www.lourdesarizpe.com/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=48, recuperado: 01-07-2011.

Bouchenaki, M., “Opening Address”, en Seitel, P. (ed.), *Safeguarding traditional cultures: A global assessment*, Smithsonian Institution, Washington, D.C., 2001, pp. 5-7.

Boyle, A., “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, núm. 4, 1999, pp. 901-913.

Carbonell, M., “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 1, núm. 6, 2008, pp. 249-263.

Herdegen, M., *Völkerrecht*, 5a. ed., C. H. Beck, München, 2006.

Harvey, E. R., *Políticas culturales en Iberoamérica y el mundo: Aspectos institucionales*, Tecnos, Madrid, 1990.

Kirshenblatt-Gimblett, B., “El patrimonio inmaterial como producción metacultural”, *Museum International. Intangible Heritage*, núm. 221-222, 2004, pp. 52-67.

Mc Cann, A., “The 1989 Recommendation Ten Years On: Towards a Critical Analysis”, en Seitel, P. (ed.), *Safeguarding traditional cultures: A global assessment*, Smithsonian Institution, Washington, D.C., 2001, pp. 57-61.

Mißling, S., “Die UNESCO-Konvention zum Schutz des immateriellen (Kultur-) Erbes der Menschheit von 2003: Öffnung des Welterbekonzepts oder Stärkung der kulturellen Hoheit des Staates?”, en Bendix, Regina, Bizer, Kilian y Groth, Stefan (ed.), *Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2010, pp. 91-114.

Najenson, J. L., "On culture and Politics", en Najenson, J. L., Nomez, N. y Spinosa, J. N. (eds.), *Culture and Politics in Latin America*, LARU, Canadá, 1982, pp. 6-34.

Seeger, A., "Summary report on the regional seminars", en Seitel, P. (ed.), *Safeguarding traditional cultures: A global assessment*, Smithsonian Institution, Washington, D.C., 2001, pp. 36-41.

Sherkin, S., "A historical study on the preparation of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore", en Seitel, P. (ed.), *Safeguarding traditional cultures: A global assessment*, Smithsonian Institution, Washington, D.C., 2001, pp. 42-56.