



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

OCHOA JIMÉNEZ, María Julia

AMÉRICA LATINA Y EL CONCEPTO DE CULTURA EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1221-1238

Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42724584009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

AMÉRICA LATINA Y EL CONCEPTO DE CULTURA  
EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL\*  
*LATIN AMERICA AND THE CONCEPT OF CULTURE  
IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER*

María Julia OCHOA JIMÉNEZ\*\*

**RESUMEN:** El concepto de cultura ha experimentado transformaciones a lo largo del tiempo en el orden jurídico internacional. Tales variaciones van desde la concepción material de finales del siglo XIX hasta el reconocimiento, ocurrido más recientemente, de elementos inmateriales de la cultura tradicional dentro del concepto de patrimonio cultural. A partir de una exposición estructurada cronológicamente, el presente artículo discute aportaciones que a lo largo de dichas transformaciones han sido realizadas por América Latina, y sostiene que lo propuesto por países de la región más allá de sus fronteras, por una parte, es reflejo de elementos existentes en sus órdenes internos y, por otra parte, va en una dirección contraria a aquello practicado en su interior.

**Palabras claves:** concepto de cultura, América Latina, orden jurídico internacional.

**ABSTRACT:** *The concept of culture has undergone changes over time in the international legal order. Variations range 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. In a chronological structure, this article discusses contributions made by Latin America and it argues that what is proposed by countries of the region beyond its borders, on the one hand, reflects elements pertaining to their internal legal orders and, on the other hand, goes in the opposite direction to that what is practiced into them.*

**Keywords:** *Concept of culture, Latin America, international legal order.*

\* Artículo recibido el 18 de agosto de 2011 y aceptado para su publicación el 13 de abril de 2012.

\*\* Abogada y especialista en propiedad intelectual, Universidad de los Andes de Venezuela; máster en estudios jurídicos, Universidad de Navarra; *magistra iuris* y doctora en derecho, Georg-August-Universität Göttingen. Docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad “Antonio Nariño”, Bogotá, Colombia.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XLV, núm. 135,  
septiembre-diciembre de 2012, pp. 1221-1238.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Finales del siglo XIX*. III. *Siglo XX*. IV. *Inicios del siglo XXI*. V. *Tres puntos a resaltar*.

## I. 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, habremos de mencionar solamente aportes individuales de algunos países de la región. Asimismo, nuestra 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, habremos de enfatizar, entre las diferentes expresiones culturales, muy particularmente aquellas que son de naturaleza inmaterial.

La exposición se encuentra estructurada a partir de una cronología conformada por tres grandes etapas. La primera etapa se refiere a los años que anteceden la llegada del siglo XX. La segunda etapa corresponde al desarrollo que tiene lugar desde 1900 hasta 2000. Y la tercera etapa describe la situación que hemos presenciado en lo que va del siglo XXI. Dentro de estas etapas, como puede presumirse con facilidad, podrían diferenciarse varios momentos. En especial, a lo largo el siglo XX se sucedieron diferentes transformaciones que han determinado la configuración del concepto de cultura que hoy se maneja en los ámbitos jurídico y político, tanto en América Latina como en el ámbito internacional. En efecto, y como podrá constatarse a lo largo del artículo, la forma como hemos preparado nuestra exposición permite identificar la primera etapa y la tercera etapa más bien como estados o situaciones que son, respectivamente, el punto de partida y el resultado de diferentes procesos que tuvieron lugar durante el siglo XX.

## II. FINALES DEL SIGLO XIX

La descripción que hace Harvey<sup>1</sup> 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 Najenson<sup>2</sup> denomina cultura como *civilización* 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,<sup>3</sup> 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, sucede, como resulta evidente, por influencia de la cultura moderna europea. La influencia europea, en el contexto que aquí nos ocupa, jugaría, 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: ser cultos para ser libres, diría, entre otros, José Martí.<sup>4</sup>

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. Es así como 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 naci-

<sup>1</sup> Harvey, Edwin R., *Políticas culturales en Iberoamérica y el mundo: Aspectos institucionales*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 25.

<sup>2</sup> Najenson, José Luis, "On Culture and Politics", en *id. et al.* (eds.), *Culture and Politics in Latin America*, Ottawa, LARU, 1982, p. 12.

<sup>3</sup> Harvey, Edwin R., *op. cit.*, p. 25.

<sup>4</sup> Araújo, Nara, "Cultura", en Szurmuk, Mónica y McKee Irwin, Robert, *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, 2009, p. 73.

miento, alrededor de ocho décadas más tarde, a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. El modelo normativo contenido en ambas convenciones será paulatinamente absorbido por los ordenamientos jurídicos nacionales latinoamericanos, al igual que ocurrirá en la mayoría de los países; lo cual contribuirá, a su vez, a la consolidación de las concepciones existentes en estos países en torno al fenómeno cultural.

### III. SIGLO XX

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 públicos<sup>5</sup> 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. Paralelamente, 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”<sup>6</sup> 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.

<sup>5</sup> Harvey, Edwin R., *op. cit.*, p. 26.

<sup>6</sup> 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.

En este sentido, ya durante el primer tercio del siglo XX comienza a configurarse uno de los puntos en torno a los cuales América Latina alzaré 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,<sup>7</sup> ideas defendidas principalmente por países que tradicionalmente han sido receptores o importadores de los bienes que nos ocupan.

En lo que respecta a las expresiones de la cultura inmaterial, la situación en esta etapa continuará estando marcada prácticamente de forma exclusiva por las normas sobre derechos de propiedad intelectual. A la luz de los mencionados tratados de 1883 y 1886, se desarrollan sistemas jurídicos nacionales especialmente destinados a los dos campos principales de la propiedad intelectual, es decir, tanto el referido a derechos sobre obras literarias y artísticas como el que tiene por objeto derechos sobre invenciones industriales. Las primeras leyes nacionales de protección de la propiedad intelectual surgen en América Latina a inicios del siglo XX, siendo pioneras a este respecto la ley boliviana de 1909 y la ley panameña de 1916.<sup>8</sup>

Más adelante, en este artículo, tendremos oportunidad de indicar cómo las iniciativas en torno a la protección de las expresiones inmateriales de la cultura tradicional estarán orientadas por una situación jurídica que ya aquí comienza a mostrar claros perfiles. En efecto, en materia cultural existieron, durante la mayor parte del siglo XX, dos categorías de

<sup>7</sup> Véase, en este sentido, el documento UNESCO/CUA/115, p. 8.

<sup>8</sup> Harvey, Edwin R., *op. cit.*, p. 26.

normas claramente identificables: por un lado, las normas sobre patrimonio cultural, nacidas para la protección de la cultura material, y por otro lado, las normas destinadas a la protección de la propiedad intelectual. La protección jurídica de las expresiones inmateriales de la cultura tradicional retará esta dicotomía, 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 balanza tienda a inclinarse por la protección mediante el modelo del derecho de autor.

Ahora bien, sin tomar en cuenta las normas jurídicas internacionales destinadas a proteger los edificios y demás bienes culturales de importancia cultural, en casos de enfrentamientos armados (punto al que dedicaremos algunas líneas en otro lugar de este artículo), se observa que 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.

La observación del desarrollo 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 la 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 —EUA, 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 ya había adelantado 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.

Poco tiempo después de haber sido creada, a mediados de la década de los cuarenta del siglo pasado, la UNESCO se ocupará de elaborar recomendaciones sobre la materia que estamos tratando, una de ellas se refiere a las excavaciones arqueológicas (1956), y otra a la importación y exportación ilícita de bienes culturales (1964). El primer tratado multilateral de alcance universal 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, se basa en la mencionada recomendación de 1964, y comparte con ella textos casi idénticos. Este proceso continúa posteriormente y conduce en la década de los noventa a diversas convenciones regionales,<sup>9</sup> 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 (Unidroit) de 1995

<sup>9</sup> 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.



sobre Bienes Robados o Exportados Ilícitamente. América Latina jugó un papel importante en este proceso, pues las iniciativas que condujeron a su desarrollo, que tienen su origen a 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 informe sobre la situación de la materia, propuestas que fueron atendidas por la Asamblea General.<sup>10</sup>

Los países andinos y México han jugado 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 estadounidenses, 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, por su parte, 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 cómo, de esta forma, los procesos en torno a las culturas tradicionales hayan sufrido una ralentización la cual condujo a que éstas se quedaran relegadas, como lo indica Najenson

<sup>10</sup> Información disponible en el documento UNESCO/CUA/115, p. 1.

(1982), a un lugar más bien subsidiario en los escenarios oficiales. No es sino hasta mediados de siglo que encontramos las primeras iniciativas en el sentido de establecer normas jurídicas sobre expresiones de la cultural 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.<sup>11</sup>

La dinámica en cuanto a la necesidad de proteger jurídicamente la cultura tradicional en el ámbito internacional se activa pocos años después de que en 1967 se revisara el Convenio de Berna sobre Derecho de Autor, de 1886,<sup>12</sup> 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 habrán de ser los derroteros a seguir.

Así, en 1973, Bolivia propone que se cree un protocolo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor, adoptada 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

<sup>11</sup> Sherkin, Samantha, "A Historical Study on the Preparation of the 1989 Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore", en Seitel, Peter (ed.), *Safeguarding Traditional Cultures: A Global Assessment*, Washington, D. C., Smithsonian Institution, 2001, p. 43.

<sup>12</sup> 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".

propiedad estatal sobre las expresiones culturales de creación colectiva, o cuyos autores se desconocen, y la creación de un registro del *folclor*.<sup>13</sup>

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 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.<sup>14</sup> 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 cóndor pasa*, puesto que al no estar protegida por derecho de autor, esta pieza musical tradicional estaba siendo explotada comercialmente sin haber obtenido autorización alguna para su reproducción.<sup>15</sup>

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 UNESCO,<sup>16</sup> 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

<sup>13</sup> 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”.

<sup>14</sup> Kirshenblatt-Gimblett, Barbara, “El patrimonio inmaterial como producción meta-cultural”, *Museum International. Intangible Heritage*, núm. 221-222, 2004, p. 55.

<sup>15</sup> Sherkin, Samantha, *op. cit.*, p. 44.

<sup>16</sup> A este respecto, se puede consultar el documento UNESCO PRS/CLT/TPC/11/3, p. 1.

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.<sup>17</sup> No obstante, la idea de brindar protección jurídica al *folclor* por vía del derecho autoral se mantendrá en los debates hasta ya entrados los años ochenta, y sólo paulatinamente irá siendo abandonada.

En 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*,<sup>18</sup> según la cual estas 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 Cultura Tradicional y Popular que la UNESCO adoptó en 1989,<sup>19</sup> 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

<sup>17</sup> Sherkin, Samantha, *op. cit.*, p. 45.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>19</sup> “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”.

tiempo, los países de la región plantearon que la recomendación de la UNESCO de 1989 debía ser modificada con el fin de poder abarcar el carácter evolutivo de la cultura popular.<sup>20</sup>

Aquí se puede apreciar, 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 “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,<sup>21</sup> plantea reivindicaciones asociadas al reconocimiento de la existencia, dentro de las fronteras nacionales, de una pluralidad de culturas que coexisten con la cultura nacional.<sup>22</sup>

En este contexto, los movimientos indígenas estaban ya jugando 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 fuera 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 (artículo 8, lit. j, del Convenio sobre Diversidad Biológica), a la vez que existían algunos foros internacionales en los cuales fue tratado el tema indígena (por ejemplo, OMPI), y 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,

<sup>20</sup> Seeger, Anthony, “Summary Report on the Regional Seminars”, en Seitel, Peter (ed.), *op. cit.*, pp. 38 y 39.

<sup>21</sup> Harvey, Edwin R., *op. cit.*, pp. 35 y 44.

<sup>22</sup> Arizpe, Lourdes, *Culturas en movimiento: interactividad cultural y procesos globales*, México, Porrúa, 2006, p. 3, disponible en [http://www.lourdesarizpe.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=25&Itemid=48](http://www.lourdesarizpe.com/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=48), recuperado: 01-07-2011.

habría de recordar lo tocante 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.

#### IV. INICIOS DEL SIGLO XXI

Se ha dicho que el cambio de siglo trajo consigo una *modernización* del concepto de cultura dentro de la UNESCO,<sup>23</sup> lo cual ocurre como consecuencia de la cristalización a comienzos del siglo XXI de procesos que tuvieron lugar durante el siglo XX. Dentro de este contexto, muchos países comenzaron a adoptar —al entrar en el nuevo siglo— una definición más amplia e inclusiva de *patrimonio*; es así como se habla, por ejemplo, del patrimonio de las ideas, del patrimonio científico, del patrimonio genético, etcétera.<sup>24</sup> Respecto a la labor de la UNESCO, ésta 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. Si bien el camino hacia la adopción de esta última convención había sido allanado por dos importantes instrumentos que le habían precedido por poco tiempo, la Declaración sobre la Diversidad Cultural de 2001 y la Declaración de Estambul de 2002, estos documentos son de tipo declarativo y no normativo.

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”.

<sup>23</sup> Cfr. Mißling, Sven, “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 *et al.* (ed.), *Die Konstituierung von Cultural Property. Forschungsperspektiven*, Goettingen, Universitaetsverlag Goettingen, 2010, p. 94.

<sup>24</sup> Bouchenaki, Mounir, “Opening Address”, en Seitel, Peter (ed.), *op. cit.*, 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 nacieron de 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,<sup>25</sup> 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”.

## V. TRES PUNTOS A RESALTAR

### 1. *Sobre el patrimonio cultural en tiempos de guerra*

En relación con el papel que le ha correspondido jugar al derecho en las situaciones de conflicto armado, se ha sostenido con acierto<sup>26</sup> que el hecho de considerar la guerra como aquella situación en la cual existe una ausencia de normas, ha contribuido a que el derecho se haya mantenido ocupando un lugar más bien marginal frente a este tipo de conflictos. La protección durante conflictos armados de aquellos monumentos en los que se reconoce un significado histórico o artístico ha sido, sin embargo, uno de los puntos en torno a los cuales se han establecido normas jurídicas internacionales. Es así como el artículo 27 del documento anexo al Convenio de La Haya de 1907, contenido del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, excluye la posibilidad de sitio y bombardeo de determinadas edificaciones, entre ellas las destinadas “al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia [y] los monumentos históricos”. El establecimiento de esta disposición enfatiza la idea, que ya hemos mencionado, de que a comienzos de siglo XX y a lo largo de la primera mitad de dicho siglo se impone a nivel jurídico una preocupación por la

<sup>25</sup> McCann, Anthony, “The 1989 Recommendation Ten Years on: Towards a Critical Analysis”, en Seitel, Peter (ed.), *op. cit.*, p. 57.

<sup>26</sup> Cfr. Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 1, núm. 6, 2008, p. 251.

conservación de los bienes culturales de naturaleza material, en particular los bienes inmuebles.

El fin de la Segunda Guerra Mundial trajo consigo, sin embargo, la redefinición en varios ámbitos —lo cual se refleja en materia cultural— de las formas de interacción entre los distintos actores internacionales, particularmente entre los Estados. La devastación de Europa durante este conflicto dejó claro que lo que establecía las escasas normas de La Haya de principios del siglo XX no era suficiente para conservar los monumentos históricos y artísticos en tiempos de guerra. Se consideró necesario entonces realizar un tratado especial para proteger los bienes culturales del pillaje y de la destrucción en tales circunstancias. Esta preocupación condujo a la adopción de la Convención de La Haya de 1954, con la cual se extiende la protección ofrecida por la Convención de 1907 en el sentido de ofrecer una regulación mucho más amplia y detallada que se refiere tanto a bienes inmuebles como a bienes muebles.

En relación con la protección internacional de los bienes culturales en tiempos de guerra, la participación de países latinoamericanos sobresale particularmente en la adopción del tratado conocido como Pacto Roerich, cuyo fin consiste en proteger monumentos culturales, tanto en tiempos de guerra como cuando ésta está ausente. En este tratado, que fue adoptado en 1935 en el marco de la Organización Panamericana,<sup>27</sup> se establece el uso de una bandera para identificar los monumentos que formen parte del tesoro cultural de las naciones, y cuya destrucción es proscrita. Pero este tratado, no obstante ser frecuentemente citado en la literatura, no ha gozado de aplicación en la práctica.

## *2. Sobre el papel de las normas de patrimonio cultural y de propiedad intelectual*

Como lo hemos dicho en este artículo, las discusiones en torno a los mecanismos jurídicos para la protección de las expresiones tradicionales de la cultura inmaterial se movieron durante mucho tiempo entre dos aguas. Por un lado, se planteaba la protección por medio del derecho de la propiedad intelectual y, por otro lado, se planteaba la protección mediante las normas de protección de patrimonio cultural. Esto, el moverse única-

<sup>27</sup> Ratificado por Brasil, Chile, Colombia, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, México, Estados Unidos y Venezuela.



mente entre estas dos alternativas, puede ser enmarcado dentro la *jerarquía cultural* que menciona Kirschenblatt-Gimblett.<sup>28</sup> La exclusión de otras alternativas contribuyó a crear en este respecto una tensión entre una cultura hegemónica y una cultura subalterna (o culturas subalternas), pues el mensaje subyacente ha sido que las culturas no dominantes (subalternas) o se adaptan a los modelos de protección que existen, o permanecen sin protección exigible desde el punto de vista legal.

No fue sino alrededor del cambio de siglo que se reconoció que era posible ir más allá de estos dos modelos preestablecidos. Este reconocimiento se relaciona, por un lado, con la modernización de la UNESCO en cuanto al concepto de cultura, lo que tiene lugar durante la primera década del siglo XXI. De otro lado, esta modernización se relaciona, por su parte, con las crecientes reivindicaciones de la existencia de diversidad cultural en el mundo, producidas dentro y fuera de la UNESCO. En el ámbito de la UNESCO, se manifiestan particularmente en la Declaración sobre la Diversidad Cultural del 2001 y la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales del 2005.

### 3. *América Latina, ¿gestora de una nueva concepción jurídica de la cultura?*

En la exposición que hemos hecho en este artículo hemos destacado algunos elementos con sello latinoamericano. 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,<sup>29</sup> 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

<sup>28</sup> Kirshenblatt-Gimblett, Barbara, *op. cit.*, p. 55.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 54.

inmaterial, con el fin de aumentar la motivación y asegurar la transmisión a las futuras generaciones de dichas expresiones.<sup>30</sup> La convención fue, por otra parte, bien recibida en los países de Europa del Este, los cuales, al salir del régimen comunista, se encontraban especialmente interesados en reconstruir su identidad nacional.<sup>31</sup>

A partir de la década de 1970,<sup>32</sup> también los países africanos buscarán, 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* iba en detrimento de los autores que, aunque desconocidos individualmente, las habían 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*.<sup>33</sup>

Los procesos de reafirmación de valores vernáculos se producen, además, en un contexto de *mundialización* de la cultura. Relacionado con esto se encuentra 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.<sup>34</sup>

En cuanto a la participación de América Latina en tal 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

<sup>30</sup> Aikawa, Noriko, “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.

<sup>31</sup> Mißling, Sven, *op. cit.*, p. 93.

<sup>32</sup> La UNESCO convoca entonces tres conferencias sobre política cultural en las siguientes ciudades: Yogyakarta (1973), Accra (1975) y Bogotá (1978).

<sup>33</sup> Estas declaraciones de la delegación africana se encuentran en el anexo II (p. 12) del documento 23 C/32 de la UNESCO.

<sup>34</sup> Aikawa, N., *op. cit.*, p. 144.

y el poderío del Estado que se ejerce hacia adentro,<sup>35</sup> 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 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 ya por Martínez Cobo en su 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 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 sobre cuál habrá de ser el destino de los mismos, una vez que estén de vuelta.

<sup>35</sup> Cfr. Herdegen, Matthias, *Völkerrecht*, 5a. ed., München, C. H. Beck, 2006, pp. 200 y ss.