

SECCIÓN SEGUNDA LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CULTURA. LAS NUEVAS PERSPECTIVAS DEL PATRIMONIO CULTURAL MEXICANO

*A Emilio O. Rabasa
In memoriam*

¿Los objetos inanimados tienen espíritu?*

Alphonse de LAMARTINE

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Reflexiones sobre el patrimonio cultural material*. III. *El patrimonio cultural inmaterial*. IV. *Las dificultades en la articulación del patrimonio cultural inmaterial*. V. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

La frase del poeta francés Alphonse de Lamartine¹ con la que se inicia este ensayo es un oxímoron redactado en forma de interrogante y sugiere con puntualidad que el espíritu de los individuos, de los grupos y de las sociedades está asociado fatalmente a ciertos objetos culturales que se convierten en parte de su identidad y, por ende, de su esencia.²

Los bienes culturales pueden llegar a ser ambivalentes; una vez que se remueven de su origen, llevan consigo el espíritu de quienes los crearon o veneraron.³ Esta situación ambivalente, consustancial al tráfico de bienes

* Lamartine, Alphonse de, *Harmonies Poétiques et Religieuses*, Bruselas, 1835.

¹ *Idem*.

² Rivière, Françoise, *Witness of History. A Compendium of Documents and Writings on the Return of Cultural Objects*, Prott, Lyndel V. (ed.), París, UNESCO, 2009, p. xi.

³ *Ibidem.*, p. xii.

culturales, se acentúa cuando éstos entran al mercado internacional del arte en contra de la voluntad de sus creadores o de las comunidades.⁴

La formación de un país participa de una gran complejidad,⁵ y más aún cuando convergen culturas tan disímbolas, como fue el caso de México.⁶ El sustrato en la formación de la identidad mexicana se debe en gran parte a la idealización del mundo precolombino de los criollos mexicanos que organizaron el movimiento de Independencia. Esto explica el nacimiento de la noción de bienes culturales mexicanos y el de su protección legal desde el inicio de la vida independiente.

Con las severas limitaciones que imponen las consideraciones citadas, cualquier análisis jurídico queda inevitablemente acotado. Así, dentro de estos estrechos parámetros el análisis jurídico del patrimonio cultural mexicano no es una tarea sencilla, pero tratar de desarrollarlo exclusivamente en el ámbito de la legislación interna conduciría ciertamente a resultados equivocados.

La protección del patrimonio cultural mexicano se explica en gran medida en función del tráfico ilícito de los bienes culturales mexicanos. El tráfico ilícito se provoca precisamente cuando esos bienes migran del territorio nacional e ingresan al mercado internacional del arte. El combate que hubo de librarse en contra de la organización criminal Medici, que involucró a museos tan respetables como el J. Paul Getty en Malibú, California, o el Metropolitan de la ciudad de Nueva York, es por sí mismo lo suficientemente elocuente como para mostrar la gravedad de dicho tráfico ilícito en el ámbito internacional.⁷

Más aún, el análisis jurídico del patrimonio cultural mexicano debe necesariamente considerar nuevos elementos con motivo de la reforma constitucional recientemente aprobada, en términos de la cual se incluyeron adiciones al artículo cuarto y una nueva fracción, la XXIX-Ñ, al artículo 73.

Esta reforma es la culminación de un largo proceso, iniciado desde el siglo XIX, que asegura el acceso a la cultura y explica con mayor contundencia la distribución competencial legislativa. A partir de ella los derechos culturales deben ser objeto de un intenso debate para vertebrarlos en la legislación re-

⁴ Sánchez Cordero, Jorge A., *Les Biens Culturels Précolombiens: Leur Protection Juridique*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, p. 1.

⁵ Poli, Jean-François, “État, Nation et Identité Culturelle”, *Intérêt Culturel et Mondialisation. Les Protections Nationales*, París, 2004, tome I, collection: Droit du Patrimoine Culturel et Naturel, L’Harmattan, p. 35.

⁶ Bonfil Batalla, Guillermo, *Nuestro patrimonio cultural: un laberinto de significados*, en Florescano, Enrique (coord.), *El patrimonio nacional de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, t. I, p. 47.

⁷ Watson, Peter, y Todeschini, Cecilia, *The Medici Conspiracy. The Illicit Journey of Looted Antiquities from Italy’s Raiders to the World’s Greatest Museums*, first ed., Press Books Corporation, USA, 2006, p. 80.

glamentaria del artículo 4o. y de la ley que se promulgue, en acatamiento al mandato al que se refiere la nueva fracción XXIX-Ñ del artículo 73.

En efecto, el patrimonio cultural material, conforme a nuestra tradición, permanece como facultad exclusiva del Congreso de la Unión, lo que posibilita el desarrollo de un modelo uniforme para su protección; la eficiencia de esta protección asegura finalmente la preservación del conocimiento universal.

El régimen de legalidad del patrimonio cultural inmaterial (PCI) queda adscrito a las bases que disponga el Congreso general y sobre las cuales la Federación, las entidades federativas, los municipios y el Distrito Federal, junto con la participación activa de la sociedad civil, diseñen los mecanismos encaminados a su protección. Su consecuencia es clara: un fortalecimiento cultural sin precedentes en el sistema federal mexicano.

En el presente ensayo, en un primer vértice se dará cuenta de manera sucinta del patrimonio cultural material, que se halla gobernado por fundamentos específicos distintos en sustancia de los del PCI. Ello obliga, en un segundo vértice, a desarrollar el análisis de la adición al artículo 4o. y la nueva fracción XXIX-Ñ del artículo 73 constitucional; finalmente, en un tercer vértice se expondrán algunas de las muchas dificultades que enfrentará la articulación de los fundamentos del PCI en nuestro sistema jurídico, para terminar con un epílogo a manera de conclusión.

II. REFLEXIONES SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL

1. *Introducción*

En el ánimo de tener una mejor perspectiva, es necesario considerar los bienes culturales como palimpsestos visuales⁸ sujetos a las vicisitudes del tiempo y analizar la transmutación de los *milieux de memoire* a los *lieux de memoire*⁹ en el proceso de creación de la memoria pública ante la pérdida de nuestras tradiciones con una narrativa oral.

El análisis del patrimonio cultural material tiene como referencia obligada el pensamiento del escritor francés Víctor Hugo,¹⁰ quien sostenía que, abstracción hecha de los derechos de propiedad que le asisten a los dueños

⁸ Huyssen, Andreas, *Present Pasts. Urban Palimpsests and the Politics of Memory*, Stanford University Press, USA, 2003, p. 7.

⁹ Nora, Pierre, *Les Lieux de Mémoire*, Pierre Nora (compl.), *Entre Mémoire et Histoire: La Problématique des Lieux, La fin de l'histoire-Mémoire*, París, Quarto Gallmard, 1997, p. 23.

¹⁰ Víctor Hugo en su famoso ensayo escrito en 1832. Véase al respecto Chastel, André, "La Notion du Patrimoine", Nora, Pierre (coord.), *ibidem*, supra nota, p. 1444.

de los monumentos, la destrucción de éstos no debe formar parte de sus prerrogativas; ellos, señalaba, se han convertido en meros “especuladores innobles” cuyo interés patrimonial ha obnubilado su espíritu.

Víctor Hugo sostenía que existen dos elementos que fácilmente pueden ser apreciados en un monumento: su uso y su belleza. Su uso le pertenece al propietario; su belleza, a la sociedad. De ahí que, por lo tanto, resulte conveniente neutralizar los efectos deletéreos del derecho de propiedad y evitar la destrucción del monumento.

2. *Desarrollo histórico*

El siglo XX fue testigo de los esfuerzos realizados por el Estado mexicano destinados a reafirmar y extender la propiedad pública de los bienes precolombinos. Las leyes de 1930, 1934, 1970 y 1972 dan buena cuenta de las diversas fórmulas propuestas para alcanzar este objetivo.

El derecho interno mexicano desarrolló paulatinamente mecanismos legales de protección de los bienes culturales que participan de diversos fundamentos en el siglo XIX y en el siglo XX con un común denominador: el fortalecimiento de la identidad nacional.

3. *La federalización del régimen del patrimonio cultural material*

Una de las principales dificultades que surgió en el desarrollo del régimen de legalidad de bienes culturales fue justamente originada por el régimen federal mexicano. El planteamiento inicial consistía en determinar la autoridad competente en esta materia. Había que decidir quién estaba a cargo de la administración del régimen legal de los bienes precolombinos mexicanos: la Federación o las entidades federativas.

El problema era, empero, mucho más complejo: había que determinar qué autoridad debía tener la guarda y custodia de la memoria colectiva mexicana. En lo que respecta al PCI, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que, por razones históricas, la Federación era la heredera del legado cultural material nacional.

La solución al dilema federalista tiene su antecedente en el conflicto que se originó cuando el estado de Oaxaca promulgó la Ley sobre Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos e Históricos el 13 de febrero de 1932;¹¹ la

¹¹ El artículo 1o. de la Ley sobre la Propiedad y la Competencia de Monumentos Arqueológicos e Históricos del estado de Oaxaca disponía que “son del dominio de Estado y estarán bajo la jurisdicción de los Poderes del mismo los monumentos arqueológicos o

Federación consideró que la promulgación de esta ley invadía su competencia y demandó su inconstitucionalidad y su consecuente nulidad.¹²

Para demostrar su aserto, la Federación hizo referencia a precedentes legislativos cuyo común denominador era la pertenencia a la nación de las antigüedades nacionales, de las ruinas monumentales y de los bienes arqueológicos, como los templos y las pirámides. Esos precedentes demostraban que la Federación había legislado constantemente sobre las ruinas y monumentos arqueológicos.

El estado de Oaxaca adujo en su favor su derecho a promulgar leyes en este ámbito y estimaba que con ello no transgredía en modo alguno las atribuciones de la Federación, puesto que el artículo 73 constitucional no concedía expresamente tal facultad al Congreso general;¹³ a su juicio, admitir los argumentos de la Federación provocaría una “aberración constitucional” que colocaría a los bienes de las entidades federativas en una “trabazón centralista formidable”.¹⁴

La decisión de la SCJN, favorable a la Federación, sostuvo que si bien las facultades que no están expresamente concedidas a la Federación en la Constitución general se entienden como reservadas a las entidades federativas, este argumento no fue admitido por el constituyente en toda su pureza; de acuerdo con el texto y práctica constitucional, hay otras materias en que existe jurisdicción concurrente entre la Federación y las entidades federativas, y en estos casos la jurisdicción corresponde al poder “que haya prevenido en su ejercicio, y si ninguno de los dos lo hubiere hecho se atenderá al interés nacional o local de la cosa o materia sobre la que verse la contienda de jurisdicción para imputarla a quien corresponda”.

Conforme a la tesis de la Suprema Corte, la ley promulgada por el estado de Oaxaca sólo se remontaba a 1932, por lo cual la Federación “previno en el ejercicio de la jurisdicción sobre la materia de que se trata y no el estado de Oaxaca, y por tanto, conforme a la invocada regla jurídica, a ella incumbía la jurisdicción y facultad legislativa en el caso, y no al estado de Oaxaca”.

históricos... (que) se encuentren localizados en territorio oaxaqueño”. Enseguida, se fijaban los requisitos que debían satisfacerse para lograr la protección de este tipo de bienes, y se especificaba cuáles de ellos debían recibir tal protección.

¹² González, María del Refugio, “La protección de los bienes arqueológicos en México y su relación con la jurisprudencia”, *Arqueología y derecho en México*, 1980, UNAM, p. 73.

¹³ *Semanario Judicial de la Federación, quinta época*, 1933, Antigua Imprenta de Murguía, México, t. XXXVI, p.1071, en CD-Rom, Suprema Corte de Justicia de la Nación, IUS 8, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, 1917-1998.

¹⁴ González, *op. cit.*, p. 73.

El argumento de Oaxaca fue rechazado en virtud de que apelaba a una facultad que si bien no le atribuía expresamente a la Federación ciertas facultades, “no necesitan constar de manera literal o expresa en la ley constitucional ...por lo demás ...las facultades legislativas de la Federación no son únicamente las expresamente consignadas en el repetido artículo 73 de la Constitución federal”.

La SCJN estimó que la Federación había prevenido de manera indiscutible, “casi desde que se organizó el país”, el ejercicio de su jurisdicción sobre las ruinas y monumentos arqueológicos situados dentro del territorio de la República.

La Suprema Corte abundó en muchas otras para motivar su tesis; recurrió a precedentes legislativos¹⁵ y antecedentes ancestrales como “las leyes de los Reinos de las Indias”,¹⁶ conforme a las cuales esta clase de bienes pertenecía en propiedad privada a la Corona española sujeta al principio de *res extra commercium* y sus consecuencias naturales: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad.

Su argumento fue que “al independizarse de la Colonia, los derechos de propiedad privada de los reyes, conforme a dichas leyes de las Indias, pasaron de pleno derecho, en toda su integridad, a la Nación Mexicana”, y el causahabiente de los bienes de la Corona española era la nación íntegramente considerada.

Por consiguiente, era “indiscutible que las ruinas y monumentos arqueológicos existentes en todo el territorio mexicano entraron también a formar parte del patrimonio de la nación y no de los estados de la República, cuya existencia entonces ni siquiera quedaba bien determinada”. Así, a su juicio, la legislación de Oaxaca en controversia transgredía la órbita constitucional de atribuciones de la autoridad federal, la cual era la autoridad competente para legislar en esta materia.

Finalmente, la Suprema Corte advirtió que el mismo estado de Oaxaca, en el artículo 20 de su Constitución, preveía que “los bienes que originariamente no han sido del patrimonio de la Federación constituyen el patrimonio del Estado”.

¹⁵ El decreto del gobierno relativo al reparto de las ramas de la administración pública en seis secretarías de Estado en términos del cual la entonces Secretaría de Justicia e Instrucción Pública Federal estaba a cargo de todo lo referente a las bibliotecas, los museos y las antigüedades nacionales; la circular de la entonces Secretaría de Justicia del 28 de agosto de 1868 que prohibía la realización de excavaciones o trabajos de prospección en las zonas arqueológicas por parte de personas no autorizadas por la Federación; la ley del 26 de marzo de 1894 sobre la ocupación y enajenación de los terrenos baldíos; el decreto del 3 de junio de 1896 del Congreso de la Unión; la ley del 11 de mayo de 1897 sobre los monumentos arqueológicos; el decreto del 18 de diciembre de 1902, y la ley del 30 de enero de 1930.

¹⁶ Véase, *Recopilación de Leyes de los reinos de Indias*, volumen III, libro VIII, título XII, Madrid, 1973, Cultura Hispánica. pp. 64 y 65.

La reforma de 1965 terminó por “federalizar” el régimen de legalidad del patrimonio cultural material mexicano.¹⁷

4. *El derecho de propiedad y el régimen del patrimonio cultural material*

La colisión entre el régimen de propiedad privada y el emergente de bienes culturales era inevitable y persistiría durante gran parte del siglo XX, hasta la consecución de una metamorfosis del concepto de derecho de propiedad y la consolidación del patrimonio cultural *ex lege* del Estado.

La tensión entre los fundamentos ortodoxos del derecho de propiedad y el régimen de bienes culturales puede fácilmente ser percibido en el sureste mexicano. Hacia finales del siglo XIX e inicios del XX la sociedad mexicana no tenía acceso a los grandes sitios arqueológicos, como Uxmal y Chichén Itzá, entre otros, porque se encontraban dentro de los límites de grandes haciendas de propiedad privada.

Una causa célebre fue la de Edward Thompson,¹⁸ cónsul de Estados Unidos en Yucatán. Arqueólogo recomendado por la Sociedad Americana de Anticuarios y por el museo Peabody de la Universidad de Harvard, Thompson adquirió a finales del siglo XIX la hacienda contigua al centro ceremonial de Chichén Itzá y se adjudicó el Cenote Sagrado.

En los primeros años del siglo XX, Sylvanus G. Morley dragó el cenote por instrucciones de Thompson, pero la falta de técnica en las excavaciones truncó para siempre el acceso a información muy valiosa sobre la cultura maya, en perjuicio del conocimiento universal. Las piezas mayas que fueron encontradas ahí se exhiben actualmente en el Museo Peabody de la Universidad de Harvard y en el Museo Field de Historia Natural de Chicago.

Thompson fue acusado penalmente por el gobierno de México por robo y exportación ilícita de monumentos muebles arqueológicos, pero posteriormente se desistió. El arqueólogo estadounidense jamás fue puesto en prisión y México pudo recuperar sólo una parte de ese patrimonio cultural gracias a los escritos de la editorialista Alma Reed publicados en el *Magazine* de *The New York Times*.

Thompson le confió a Alma Reed que los bienes culturales mayas que había sustraído los había exportado ilícitamente a través de las valijas di-

¹⁷ Esta vigésima segunda reforma constitucional fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1966.

¹⁸ Véase el expediente 11/926 que se encuentra en resguardo en la Casa de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Mérida, Yucatán.

plomáticas de la embajada estadounidense. Alma Reed no dudó en denunciarlo en sus artículos periodísticos.¹⁹

Estas experiencias que se han reproducido en incontables ocasiones constituyen un verdadero desafío para la imaginación y cuestionan seriamente la aplicación efectiva de la legislación sobre bienes culturales en México.

5. *La Ley de 1972*²⁰

Uno de los principios más relevantes de la Ley de 1972 es el carácter hegemónico de la declaratoria que prevé, toda vez que este sistema de declaratoria posibilita que el Estado mexicano conserve como un acto soberano cultural propio la determinación y alcance del patrimonio cultural nacional. En el clímax del modelo nacionalista, es el Estado finalmente el que determina qué es lo culturalmente valioso; más aún, qué bienes culturales ameritan ser protegidos.

6. *Los tratados culturales internacionales*

Puede resultar de una gran obviedad sostener que las leyes domésticas encuentran su límite en sus fronteras nacionales; pero no lo es si se considera que, a efecto de que la protección sea viable, debe obtenerse la aquiescencia en el ámbito internacional de tribunales extranjeros o de otros Estados que posibiliten la restitución de objetos culturales a los Estados de origen.

Las normas de protección internacional de bienes culturales en tiempos de paz —especialmente las que se refieren al tráfico ilegal derivado sobre todo del robo o la exportación ilícita— buscan hacer eficaz la protección nacional de los bienes culturales en el ámbito del derecho internacional. En este sentido, no puede dejar de soslayarse que México ha tenido y tiene una participación activa en el impulso a la redacción de los tratados internacionales en la materia.

No obstante lo anterior, una de las grandes carencias en los análisis del patrimonio cultural mexicano, tanto material como inmaterial, ha sido la falta de determinación en lo que respecta a la extensión de las obligaciones internacionales que le asisten al Estado mexicano provenientes de la ratificación de las diferentes convenciones que se produjeron en el último cuarto del siglo XX e inicios del siglo XXI.

¹⁹ Schuessler, Michael K., *Peregrina. Mi idilio socialista con Felipe Carrillo Puerto*, trad. de Ileana Villarreal Jirash, Editorial Diana, 2006, p. X.

²⁰ La Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas fue publicada el 6 de mayo de 1972.

Así, la Convención de la UNESCO de 1970,²¹ conforme a las ideas prevalecientes en la época, postula el “nacionalismo cultural” basado en la relación existente entre la propiedad cultural y la definición de “culturalidad”. La protección de bienes culturales, pues, se halla irremediamente sujeta al ámbito territorial de validez de cada Estado nacional.

Los pueblos, para encontrar su identidad, necesitan tener una conciencia histórica, y ésta se caracteriza por su representación en los bienes culturales. A su vez, estos bienes son importantes para definir la “culturalidad” y significan un elemento de cohesión; son los vehículos de comunicación cultural que les expresan a los pueblos quiénes son y de dónde provienen; al preservar la identidad de una cultura específica, coadyuvan a salvaguardar la diversidad cultural; enriquecen y civilizan la vida; estimulan su investigación y conocimiento. Un pueblo desprovisto de sus bienes culturales se empobrece irremediamente.

Por ello resulta especialmente grave la migración de objetos culturales, ya sea por robo o por exportación ilícita, a centros de alto poder adquisitivo. Este fenómeno ha afectado sobre todo a los países en vías de desarrollo, a Estados nacionales con una gran riqueza cultural pero con graves limitaciones económicas. Por este motivo diversos Estados han impuesto normas prohibitivas de exportación de bienes culturales, ya sea mediante prohibiciones específicas en legislaciones permisivas o bien por medio de autorizaciones en legislaciones prohibitivas.

Ambas fórmulas encuentran su límite en la frontera nacional de cada Estado, y esta acotación restringe seriamente la protección de objetos culturales en tanto los Estados nacionales de destino no se encuentren vinculados por estas normas y, en consecuencia, no las observen ni en su administración ni en sus tribunales. Es necesario, por lo tanto, fomentar y articular la cooperación internacional para lograr una protección integral de objetos culturales. Este es el propósito de la Convención de la UNESCO de 1970.

La formulación en la comunidad internacional de la noción de “patrimonio común de la humanidad” o “patrimonio mundial cultural y natural” a la que sin duda pertenece la cultura, es uno de los puntos de referencia iniciales que se consideraron en la redacción de la Convención de 1972.²²

En 1960 la UNESCO lideró las acciones de rescate de los templos de Abu Simbel y de Philae en el Alto Egipto, que corrían el riesgo de quedar inunda-

²¹ La Convención del 14 de noviembre de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de los bienes culturales fue aceptada por el gobierno de México el 4 de octubre de 1972.

²² La ratificación de la Convención del 16 de noviembre de 1972 para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural fue depositada por el gobierno de México el 23 de febrero de 1984.

dos con la construcción de la presa de Asuán; también intervino de manera decisiva en el rescate de los bienes culturales de Venecia y Florencia a raíz de las graves inundaciones ocurridas en esas ciudades en 1966.

La amenaza de monumentos y objetos culturales en Estados nacionales que son ricos en cultura —como el caso referido— pero que tienen graves carencias financieras y técnicas para preservar su patrimonio cultural y natural, indujo a la creación de un sistema de cooperación y asistencia internacional que quedó contenido en la Convención de 1972. Ésta, que concilia la cultura con la naturaleza, desarrolla un régimen común de conservación y salvaguarda de las manifestaciones más importantes de la creación humana y la obra de la naturaleza.²³ Otra de sus aportaciones significativas es el hecho de que introduce la noción de “patrimonio mundial”. Este concepto alude a sitios, monumentos y otros activos culturales y naturales que por su importancia excepcional son susceptibles de gozar de la protección especial a la que están sujetos los que se incluyen en la lista del patrimonio mundial. Aun cuando esta Convención no define al “patrimonio mundial”, éste responde al criterio del “valor universal extraordinario”, que resulta determinante en los procedimientos propios de la Convención.²⁴

La suscripción del Tratado de Cooperación entre México y Estados Unidos que dispone la restitución y devolución de bienes arqueológicos, históricos y culturales robados²⁵ estuvo precedida por uno de los casos de pillaje más escandalosos de los que se haya tenido noticia en lo que respecta a bienes de las culturas precolombinas. Entre los argumentos más importantes que justifican el combate del tráfico ilícito de bienes culturales está el de la “descontextualización”.

Para el arqueólogo, el etnógrafo y el historiador, un bien cultural obtiene toda su significación en su contexto, pues es éste el que provee el significado al bien cultural; el significado de un bien cultural se entiende mediante su asociación con el tiempo, con el espacio y con su contexto. Así, empleando un símil afortunado, si al bien cultural se le remueve de su contexto se convierte en un “huérfano cultural”, y el monumento desprovisto de él queda como un monumento “amputado”.

La remoción ilícita de bienes culturales precolombinos en nuestra época no se ha circunscrito a meros objetos de cerámica sino a bienes culturales provenientes de sitios arqueológicos ampliamente conocidos, incluso algunos con-

²³ *The 1972 World Heritage Convention. A commentary*, ed. Francesco Francioni y Federico Lenzerini, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, USA, 2008, p. 5.

²⁴ *Idem.*

²⁵ El Tratado de Cooperación entre México y Estados Unidos que dispone la recuperación y devolución de bienes arqueológicos, históricos y culturales robados entró en vigor el 24 de marzo de 1971 y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de junio de 1971.

siderados monumentos nacionales. Para perpetrar este pillaje se recurrió por ejemplo al “adelgazamiento” de una estela o a su fragmentación para posibilitar su desplazamiento. Este “adelgazamiento” tenía como consecuencia la pérdida irremediable de la información, con lo que ya no era posible determinar su fuente y su localización, factores determinantes para realizar lecturas.

En la década de los sesenta, en la zona precolombina maya el pillaje se intensificó y muchos de los bienes culturales sustraídos de la región se exhiben en la actualidad en museos tan respetables como el de Artes de Cleveland, el de Bellas Artes de Houston y el de Brooklyn; en el Instituto de Artes de Minneapolis, en el Museo de Arte Primitivo, Nelson Rockefeller, y en el de Arte de Saint Louis. Otras piezas se encuentran en colecciones particulares y museos europeos.

Este pillaje fue tan escandaloso y las estelas mayas ilícitamente removidas tan valiosas que se llegó a afirmar que para el especialista de la cultura precolombina las compras realizadas por dichos museos equivalían a la compra del Arco de Tito en Roma.²⁶

II. EL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

Cuando se habla de derechos culturales se deben tener en cuenta los valores culturales que comparten los individuos y los grupos, valores a los que suelen tener apego y que conforman y definen sus identidades colectivas. El derecho a la cultura supone el respeto de los valores culturales de grupos e individuos por otros que pueden no compartirlos; significa el derecho a ser diferente.
Rodolfo STAENHAGEN

1. *Introducción*

La adición al artículo 4o. de la Constitución General le da valor constitucional y, consecuentemente, expresión jurídica a los “derechos culturales”. Esta reforma delinea los contornos de la soberanía en materia de cul-

²⁶ Bator, Paul M., *The International Trade in Art*, en Merryman, John Henry, *Thinking About the Elgin Marbles, Critical Essays on Cultural Property Art and Law*, La Hague, Kluwer Law International Ltd., 2000.

tura y la convierte en el medio jurídico idóneo de la diversidad cultural;²⁷ asimismo, obliga al análisis de los “derechos culturales”.

La disertación sobre el particular hubiera sido sorprendente, si no es que francamente incomprensible, hasta hace más o menos medio siglo. A la “cultura” se le consideraba como un ornamento que, si bien se le atribuía gran utilidad social, carecía de la especificidad requerida para constituir el ámbito material de validez de una disciplina de derecho. Esta concepción se ha venido modificando sustancialmente en función de las metamorfosis que han operado tanto en las sociedades como en el mismo derecho.

De manera explícita, y en medio de grandes polémicas, varios pensadores contemporáneos, algunos de ellos mexicanos ilustres,²⁸ han postulado que el carácter de la cultura es esencial para enfrentar los retos y desafíos que se aproximan; igualmente han sostenido que la cultura constituye el medio idóneo para superar las dificultades de nuestro tiempo y para entender la significación profunda de la crisis actual. Al margen de cualquier polémica, lo que resulta incontrovertible es que la cultura ha experimentado un cambio, una transformación que se halla asociada a las profundas metamorfosis sociales.²⁹

2. *El origen de los derechos culturales*

El análisis de los “derechos culturales” se inicia con la precisión de dos constataciones: la primera tiene que ver con el hecho de que la cultura ha permeado, bajo diversas formas y expresiones, en amplios sectores de la sociedad, específicamente en todos los vehículos de comunicación y expresión que han venido modificando las formas de vida.

La segunda constatación evidencia que el derecho también ha sufrido profundos e importantes cambios. Debe quedar claro en el análisis que, por definición, el derecho es el reflejo de las aspiraciones, frustraciones, dificultades y costumbres de una sociedad de las que igualmente participa la cultura; por ello el acaecer de las actividades culturales tiene una incidencia importante en los planteamientos que suscitan las reglas de derecho, tan variadas en su origen como pueden ser las provenientes del Legislativo, de la autoridad administrativa o de la jurisdicción, entre otras.

²⁷ Stavenhagen, Rodolfo, “Derechos culturales. El punto de vista de las ciencias sociales”, *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, Halina Niec (dir.), París, UNESCO, 2001, Los derechos humanos en perspectiva, p. 45.

²⁸ Arizpe, Villoro, Stavenhagen, Bonfil Batalla y Cotton *et al.*

²⁹ Pontier, Jean Marie *et al.*, *Droit de la Culture*, 2a. ed., Dalloz, 1996, p.7.

Intentar adscribir “los derechos culturales” a una disciplina jurídica específica conduciría ciertamente a resultados equivocados; la cultura está en la actualidad sometida, por su enorme diversidad, a un conjunto de reglas de derecho de naturaleza pública o privada, legislativa o jurisprudencial, institucional o contractual.

3. *El ámbito material de validez*

La expresión “derechos culturales”³⁰ exige una definición de su ámbito material de validez, que justamente por su enorme carácter polémico no está desprovisto de ambigüedades. El término “cultura”³¹ no es fácilmente asible e invoca conocimientos, sentimientos y valores encontrados.³²

Toda sociedad preserva un vínculo particular con la cultura a través del legado acumulado con el paso de los siglos proveniente de la creatividad y la genialidad del ser humano, de la sucesión de distintas políticas a las que ha estado sujeta y de variaciones de sensibilidades que contribuyen a enriquecer la tradición cultural de un país, así como del conocimiento de su patrimonio cultural material e inmaterial, siempre en movimiento.

La “cultura”, delimitada o por lo menos acotada antaño, se ha podido infiltrar en ámbitos en los que se le consideraba totalmente extraña, lo que ha conllevado que no exista unanimidad en torno a la noción de “cultura”, y lo que se pensaba que pudiera haber sido un elemento de cohesión social terminó por propiciar su fragmentación.³³

Paralelamente se ha podido constatar un florilegio de tentativas de definiciones, cada una queriendo aportar un nuevo elemento a las constantes reflexiones que se vienen haciendo en la construcción de esta noción.

Las acepciones que se le han dado a la “cultura” parecían oscilar entre dos extremos: una de ellas quería acotar la noción de cultura a la estricta creación artística o intelectual. Esta acepción de dimensión restringida provocaba de inicio ciertas dificultades, si, como se ha sostenido, la cultura debía hacerse extensiva, más allá de las acotaciones que sólo privilegiaban

³⁰ Eberhard, Christoph, *Le Droit au Miroir des Cultures. Pour une Autre Mondialisation*, Droit et Société, Recherches et Travaux, Librairie General de Droit et Jurisprudence, 2006, Série Anthropologie, núm. 13, p. 15.

³¹ Le Roy, Étienne, *Le Jeu des Lois. Une Anthropologie “Dynamique” du Droit*, Droit et Société, Recherches et Travaux, Librairie General de Droit et Jurisprudence, 1999, Série Anthropologie, núm. 28, p. 23.

³² Pontier *et al.*, *op. cit.*, p. 6.

³³ *Ibidem*, p. 5.

lo “culturalmente” valioso. Estos límites eliminaban, sin una explicación convincente, otras actividades y prácticas de nuestros contemporáneos.³⁴

A la inversa, la otra acepción incurría con facilidad en la tentación de hipertrofiar la definición de la actividad cultural. Numerosas eran las actividades sociales que hubieran podido encuadrar en esta perspectiva de la cultura, como es incluso el deporte, que intenta encontrar en una añeja búsqueda el equilibrio humano conforme a la frase de Juvenal: *mens sana in corpore sano*.³⁵

En esta misma perspectiva, no habría tampoco una razón perentoria para excluir actividades humanas tan variadas como es el arte culinario. El grave riesgo en que incurría esta perspectiva,³⁶ riesgo que tiende actualizarse más de lo que se quisiera, consistía en que todo era absorbido por lo “cultural” y generaba un efecto totalizador que hacía perder el valor operativo a la noción de “cultura”.

Las nuevas tesis antropológicas propiciaron, empero, un tránsito claro de la noción de “cultura” a la de “culturas”, de la noción de “civilización” a la de “civilizaciones”. La noción de “culturas” resultó expansiva; comprende “los valores, las creencias, los idiomas, los conocimientos y las artes, las tradiciones, las instituciones y los modos de vida mediante los cuales una persona o un grupo expresa los significados que otorga a su existencia y a su desarrollo”.³⁷ Éstos son los elementos de composición de lo que en la actualidad se conoce como “derecho a la identidad cultural”.

Los derechos culturales han cobrado una gran relevancia, pues se les ha insertado en el contexto de los derechos humanos, que, a su vez, se han significado por ser un excelente vehículo de ideas políticas mediante el cual se han podido mejorar de manera sensible las relaciones sociales.³⁸

La noción de cultura en nuestra época requiere de calificativos, pues su pretensión universalista impulsada por Occidente ha sido sepultada por la multiplicidad de culturas; esta última noción de “multiplicidad de culturas” ha adquirido un carácter legítimo que resulta en un valor compartido, éste sí de dimensión universal.

³⁴ *Ibidem*, p. 6.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Proyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales, apéndice C, “Derechos culturales: El punto de vista de las ciencias sociales”, *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, Halina Niec (dir.), París, Ediciones UNESCO, 2001, Los derechos humanos en perspectiva, p. 319.

³⁸ Prott, Lyndel, “Entenderse acerca de los derechos culturales”, *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, Halina Niec (dir.), París, Ediciones UNESCO, 2001, Los derechos humanos en perspectiva, p. 257.

La tendencia referida dio pie al surgimiento de dos concepciones excluyentes: la del universalismo de los derechos humanos a través de las culturas y la del relativismo cultural.³⁹ Resulta claro que ciertas prácticas tradicionales —expresiones culturales en sentido técnico— entran en colisión con derechos humanos de vocación universal fomentados claramente por Occidente en un tiempo y espacio determinado.

Una de las tantas formas en las que puede ser visualizado este choque es en la tradición japonesa del teatro Kabuki,⁴⁰ cuyos caracteres portan sofisticados maquillajes, y en la que se desarrolla un drama intrincado.

El teatro Kabuki, que sólo puede ser representado por personas maduras del género masculino, fue reconocido en noviembre 2005 por la UNESCO⁴¹ como una obra maestra de representaciones tradicionales de las artes. Su origen puede ser identificado en 1603, cuando una mujer joven de la dinastía shinto inició un nuevo estilo de danza dramática en Kyoto. Las representaciones sucesivas de este drama sobre la vida cotidiana japonesa estuvieron a cargo de hombres y mujeres por igual.

Desafortunadamente las representaciones en el teatro Kabuki fueron utilizadas como un medio para prostituir a las jóvenes artistas. Por tal motivo, en 1629 se les prohibió tomar parte en aquéllas, con el argumento de que así se protegía la moral pública. De 1629 a 1652 únicamente se permitió a jóvenes varones personificar este drama, en sustitución de las mujeres. Aún así persistió el problema, de tal suerte que a partir de 1653 sólo se permitió a hombres maduros escenificar las representaciones.

El teatro Kabuki ilustra en uno de sus aspectos la forma en que ciertas expresiones culturales y prácticas pudieran considerarse antagónicas al pretendido universalismo de ciertos principios: es el caso del desarrollo sostenido y otros considerados de interés público, como los derechos humanos, la tolerancia, el respeto recíproco y la interacción entre grupos o comunidades. A este efecto, las expresiones y prácticas culturales deben ser compatibles con los instrumentos de derechos humanos y otros más de interés general. Sin embargo —es necesario puntualizarlo—, la retórica occidental en este punto ha sido, para decir lo menos, variable.

³⁹ Véase, Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 271.

⁴⁰ Kono, Toshiyuki, “Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage, Unresolved Issues and Unanswered Questions”, Kono Toshiyuki (ed.), *Immaterial Cultural Heritage and Intellectual Property: Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, Oxford-Portland, Antwerp: Intersentia, 2009, p. 26.

⁴¹ Tercera Proclama del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad del 25 de noviembre de 2005.

En tierras americanas se dio el suceso de que los colonizadores jamás consideraron a las comunidades como sus iguales; las culturas de las comunidades indígenas resultaban siempre de rango inferior a las de Occidente, donde se postuló la necesidad de educarlas y civilizarlas. Las tradiciones, costumbres y rituales no tenían el mismo valor que las ideas y valores aceptados por Occidente. La cultura occidental se estimaba fatalmente superior.⁴² Esta tendencia eurocéntrica inicial ha perdurado a través del tiempo.

Las culturas están muy lejos de ser estáticas o de permanecer aisladas; interactúan, evolucionan y son tributarias unas de otras.⁴³ El carácter colectivo de la cultura determina la complejidad de los derechos culturales; la interrogante es previsible: ¿los “derechos culturales” son derechos individuales o derechos colectivos?

Las respuestas han sido variadas. En tanto que algunos autores perciben los derechos culturales como colectivos,⁴⁴ otros los visualizan como derechos individuales ejercidos con respecto a una colectividad,⁴⁵ y finalmente otros los estiman como derechos comunitarios.⁴⁶ El común denominador de estas tres perspectivas es considerar los derechos culturales como una contribución a la protección del grupo, en cuya ausencia no podría entenderse el ejercicio de sus derechos colectivos.⁴⁷ La libertad cultural individual es la que determina la noción y, asimismo, determina simultáneamente la libertad cultural colectiva. Esta última se refiere al derecho del grupo o de la comunidad de seguir o adoptar la forma de vida de su elección. La libertad cultural colectiva ha devenido prerrequisito para que pueda florecer la libertad cultural individual.⁴⁸

Es una obviedad sostener que los derechos individuales se explican siempre en contextos sociales. No lo es afirmar que a cada individuo le asisten deberes para con su comunidad, donde únicamente es posible el desarrollo de su personalidad. La libertad cultural se constituye como una garantía para la libertad *in extenso*; protege no solamente a la colectividad, sino también los derechos culturales de cada individuo.⁴⁹ Si bien los derechos culturales individuales existen independientemente de los colectivos, la

⁴² *Op. cit.*, p. 153.

⁴³ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁴ Prott, Lyndel, *op. cit.*, p. 267.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁸ Informe general de la UNESCO, *Our Creative Diversity: Report of the World Commission on Culture and Development*, París, 1995, p. 26.

⁴⁹ *Idem.*

existencia de derechos colectivos de libertad cultural provee de protecciones adicionales a la libertad individual.⁵⁰

La libertad cultural colectiva, al posibilitar diferentes formas de vida, estimula la creatividad, la experimentación y la diversidad, esenciales para el desarrollo humano. La UNESCO ha postulado, con razón, que es justamente la pluriculturalidad de las sociedades y la creatividad que genera la diversidad las que hacen a las sociedades más dinámicas, más innovadoras y más duraderas.⁵¹

En suma, en todo Estado nacional los “derechos culturales” son elementos del orden social y posiblemente los más preciados.

4. *Los derechos culturales*

En la medida en que la cultura es una actividad humana, suscita irremediablemente vínculos jurídicos que se traducen en derechos y obligaciones. Las exigencias ciudadanas en esta materia de cultura, y las convicciones de las élites de las sociedades, están en el origen de lo que pueden llamarse “derechos culturales”, que adquieren la forma de leyes, reglamentos y jurisprudencia, entre otros, y que ahora se encuentran incorporados en la adición al artículo cuarto de la Constitución general.

La cultura y el derecho emergen y se desarrollan como disciplinas sociales autónomas en el pensamiento científico social a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, con el movimiento de la Ilustración europea y hasta finales del siglo XIX.⁵² Ambas comparten trayectorias sociales paralelas y se encuentran como nociones mutuamente implicadas en la articulación de la formación de Occidente, en sus visiones evolutivas de civilización humana y de su desarrollo.⁵³

Las reflexiones sobre los “derechos culturales” hasta antes del siglo XX eran dubitativas. Su punto de origen puede identificarse en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789, que si bien no contenía ninguna mención a los “derechos culturales”, su artículo 11 disponía que “la libre comunicación de pensamientos y de ideas es uno de los derechos más preciados del hombre: todo ciudadano tiene, por lo tanto, el derecho de

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 25.

⁵² Mesnard, André-Hubert, *Droit et Politique de la Culture*, París, Presses Universitaire de France, 1990, p. 150.

⁵³ *Idem.*

hablar, escribir y de imprimir libremente, salvo cuando deba responder por el abuso de esa libertad en los casos previstos por la ley...”.⁵⁴

Es en esta forma como se da la expresión inicial a las libertades de pensar y de comunicar, a la igualdad jurídica de las creencias, a los derechos de los informadores y de los informados.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano postuló el pluralismo ideológico y cultural.⁵⁵ La preservación del carácter pluralista de las diversas corrientes de opinión adquirió con este postulado un carácter universal. El orden social era el único medio que limitaba la libertad individual a través de las nociones jurídicas de orden público y de buenas costumbres, que por su parte se encontraban y se encuentran en constante evolución.⁵⁶

Por lo demás, ha resultado inevitable que, al paso del tiempo, la libertad de pensar infrinja constantemente el *status quo*, ya que toda limitación es contraria a su esencia. Mientras que al *status quo* se le considera un bien adquirido y estable, la libertad de pensar, por su propia naturaleza, se orienta a la creación y es contraria a toda acotación. No debe, por lo tanto, sorprender la constante colisión entre el *status quo* y la libertad de pensar. Esto es particularmente válido para la libertad cultural, ya que la cultura es a la vez memoria y alma de toda sociedad, y toda cultura evoluciona paralelamente con la metamorfosis de la sociedad. Toda restricción de la libertad cultural entraña el riesgo de debilitar a la sociedad y, paradójicamente, se convierte en un catalizador de los sucesos que pretende impedir.⁵⁷

5. *Su extensión*

Resulta una tarea imprescindible determinar el significado que tendrá ahora en el sistema mexicano la expresión “derechos culturales”. Éstos reclaman, a partir de la adición al artículo cuarto de la Constitución, no una simple abstención del Estado mexicano, sino una acción positiva de su parte para hacer viable el ejercicio de ese tipo de derechos.

Los derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789 presuponían, para hacerse efectivos, la abstención del Estado, al que se le exigía “no hacer”, al igual que “no prohibir”.⁵⁸ El individuo podía beneficiarse plenamente de sus de-

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Ibidem*, p. 160.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 150.

⁵⁸ *Idem.*

rechos si el Estado no intervenía y obstaculizaba sus acciones. Esta concepción presuponía una actitud permanente de los individuos de velar por sus intereses. Después de las profundas transformaciones del Estado y de las sociedades, el llamado a éste se hace imprescindible: sólo su poder es capaz de corregir cierto número de mecanismos económicos o sociales perniciosos.⁵⁹

Otro de los aspectos a ser definidos es la determinación de las personas responsables de hacer efectivos los “derechos culturales”. Crear las condiciones para ello no es una prerrogativa exclusiva del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. Esta aseveración legitima las actividades culturales de instituciones públicas, privadas y de la sociedad en general.

Resta precisar la extensión de los “derechos culturales”. En este aspecto debe valorarse el elemento de acceso a la cultura, que excluye la imposición de un modelo cultural. En la articulación de los “derechos culturales” se debe favorecer el acceso a la cultura y respetar en forma irrestricta la libertad individual. La función de los Poderes públicos en esta perspectiva debe ser modesta, pero no por ello deja de ser esencial.⁶⁰

La tentación de controlar el acceso a la cultura y la proclividad a imponer un modelo hegemónico cultural han sido una constante. Esto se observa especialmente en el caso de México, donde se terminó por hacer florecer, entre otros efectos perversos, el arte oficial y el academismo, lo que condujo irremediablemente a la fosilización de la actividad creadora, así como a la perversión de la función cultural de las autoridades públicas.

El problema a dilucidar es complejo: lo trascendente en la actualidad no es la propuesta de un modelo cultural específico a la sociedad, sino proveer los medios para acceder a la cultura. Este planteamiento es tanto más complejo cuanto que en México la experiencia histórica ha demostrado que existe una falta singular de percepción, lo que le ha impedido a la sociedad mexicana visualizar la evolución cultural y ha soslayado las expresiones artísticas más significativas de su tiempo. Uno de los medios más importantes para facilitar el acceso a la cultura debe ser, por lo tanto, la democratización cultural.

Con esta reforma constitucional existe una obligación legal de favorecer actividades culturales que abandonen la noción monolítica de la “cultura nacional” y abonen más en lo referente a la aceptación de la diversidad: diversidad étnica, diversidad de las elecciones individuales y colectivas...

La democracia cultural está íntimamente vinculada a la noción de derechos humanos. El derecho cultural básico de cada individuo consiste en

⁵⁹ *Ibidem*, p. 160.

⁶⁰ Pontier *et al.*, *op. cit.*, p. 280.

su participación plena en la vida cultural. El pluralismo cultural, empero, quedará como uno de los tantos recursos de retórica si no se acompaña de iniciativas democráticas y se provee de los medios para que las comunidades puedan expresar su imaginación creativa en formas tangibles.

Si bien la introducción de los “derechos culturales” fomenta la creación de una nueva cultura política, la falta de asignación de recursos provoca un gran escepticismo que puede abonar en la crónica frustración social.

La reforma constitucional obliga a ir mucho más lejos: los nuevos deberes primarios del Estado mexicano son el reconocimiento, la protección y la promoción de la identidad cultural.⁶¹ Esta última, tal y como se ha sostenido, se halla constituida por el conjunto de referencias culturales mediante las cuales una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido. La identidad cultural⁶² implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto.⁶³

A partir de la reforma existe la obligación de reconocer las diferentes culturas; de asegurar el derecho de nuestros conciudadanos a participar en igualdad de circunstancias en su vida cultural y sus componentes; de adoptar las medidas legislativas, administrativas y financieras que hagan viable el ejercicio de los derechos culturales.

Una actitud pasiva del Estado mexicano en la implementación de acciones específicas para proteger la existencia de culturas minoritarias lo haría incurrir en una “negligencia benigna”.⁶⁴ Su obligación mínima consiste en proteger la existencia de grupos, especialmente los minoritarios, de la aniquilación y de su asimilación cultural contra su voluntad, así como en preservar los elementos esenciales de su identidad. El Estado mexicano tiene ahora un mandato constitucional claro: establecer las condiciones mínimas que hagan viable el pluralismo cultural.

El pluralismo cultural no debe considerarse como un fin en sí mismo; es el reconocimiento de que las diferencias preconstituyen una *conditio sine qua non* para el diálogo. En este orden se postula la necesaria reconciliación de la pluralidad con una ciudadanía común; reconocer la pluralidad del Estado sin

⁶¹ Holt, Sally, *Family, Private Life, and Cultural Rights*, en la obra colectiva: *Universal Minority Rights, A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Marc Weller (ed.), Oxford University Press, 2007, p. 223.

⁶² Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 27.

⁶³ Proyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales, apéndice C, “Entenderse acerca de los derechos culturales”, *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, Halina Niec (dir.), París, Ediciones UNESCO, 2001, Los derechos humanos en perspectiva, p. 319.

⁶⁴ Holt, Sally, *op. cit.*, p. 223.

perder su integridad. Las diferencias culturales obligan al reconocimiento del derecho de minorías y de los pueblos indígenas. En suma, el pluralismo cultural es una nota distintiva de las sociedades contemporáneas, y la identificación étnica un valladar contra los efectos nocivos de la globalización.

6. *La política cultural*

El acceso a la cultura presupone necesariamente la existencia de una “política cultural”, término que tiene una resonancia decididamente contemporánea.⁶⁵ El concepto evoca la relación entre cultura y poder público. Debemos decir que la historia en torno de esta relación nunca ha sido lineal; no se presenta como una evolución entre los extremos de una carencia de política cultural, por una parte y, por la otra, de la existencia de una política cultural, mala o buena, restringida o extensiva, pero con trazos perfectamente definidos.

Esta evolución ha estado preñada de motivaciones sustancialmente diferentes que exigen prudencia en el análisis, sobre todo en lo que atañe a la evaluación de las diferentes perspectivas de la política cultural a lo largo del tiempo.

La política cultural suscita un interrogante fundamental: cuál es la función cultural del poder público. En lo que parece haber unanimidad al respecto es en la función de custodia del patrimonio cultural material (PCM) por parte de los poderes públicos, que en su esencia consiste en la salvaguarda y restauración de los bienes culturales, y en su propósito específico de preservación del conocimiento universal. El PCM, finalmente, es el eje de la identidad de la sociedad mexicana.

La política cultural patrimonial se distingue del resto de la actividad cultural en que se articula en función de los “bienes culturales” que en su conjunto integran el PCM del Estado mexicano; en esta forma, el PCM debe descubrirse, conservarse, acrecentarse y difundirse. La noción de patrimonio cultural material no cesa de transformarse, ya que los “bienes culturales” tienden a diversificarse en respuesta a los intereses colectivos.

Tanto la política cultural del Estado como el reconocimiento de los “derechos culturales” deben tener como consecuencia no solamente acciones culturales, sino un verdadero desarrollo de aquéllos; es decir, un desarrollo cuyo vértice sea considerar a la cultura como una actividad de interés general y el objeto de una función pública. La función pública, a su vez, tiene como propósito dar satisfacción a una necesidad de interés público.

⁶⁵ Pontier *et al.*, *op. cit.*, p. 280.

Afirmar la existencia de una función pública en un ámbito específico es sostener una posición de principio; es reconocer que este ámbito presenta un carácter de interés general que los poderes públicos deben atender y respecto al cual no solamente no pueden eludir su responsabilidad, sino que deben reglamentarlo y financiarlo.

La expansión del ámbito cultural se realiza mediante conquistas sociales sucesivas y convergentes. El contorno exacto de la función pública cultural continúa, por lo tanto, siendo volátil y controvertido. Este contorno se delimita en función de las adaptaciones a las necesidades de las acciones culturales.

El derecho público general, tal y como se le ha desarrollado en México, es jerárquico y autoritario, y se adapta con dificultad a la cultura, tal y como se le conceptúa y practica en la actualidad; existe pues una clara inadecuación entre el elemento del *imperium* del Estado mexicano con los derechos culturales.⁶⁶

En el mismo tenor se disipa el grave equívoco de recurrir a la noción clásica orgánica de servicio público⁶⁷ para explicar las actividades culturales, particularmente las de conservación patrimonial. Debe quedar claro en el espíritu que la cultura no es un producto del poder público, sino de la sociedad; bajo la forma dinámica de la acción y la iniciativa cultural, la cultura no “se da” como la enseñanza pública y menos aún “se ordena”. Las instituciones públicas, los agentes públicos y los mecanismos de derecho público han demostrado recurrentemente su insuficiencia para desarrollar acciones culturales y, con ello, la cultura misma.

Paradójicamente para el Estado mexicano, es justamente la participación libre del individuo, indispensable en el ámbito social, lo que pone en predicamento la noción orgánica clásica del servicio público y reafirma, por el contrario, la noción de política pública cultural.⁶⁸

La tendencia a aproximar la actividad cultural al servicio público ha dado pie a lo siguiente: el intento de que las actividades culturales se asimilen a las formas de actos de comercio, cuando históricamente se ha constatado que las actividades culturales carecen de un carácter rentable.

Los elementos de “preponderancia económica” o de “especulación mercantil” recurrentemente han demostrado su insuficiencia en la caracterización de las actividades culturales. Es así como puede entenderse la franca incompatibilidad de la actividad cultural con los procedimientos clásicos de gestión administrativa y con el régimen comercial tradicional que ha caracterizado al servicio público.

⁶⁶ Mesnard, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 186.

La función pública cultural parte de postulados que le son particulares. Tal y como se ha sostenido una y otra vez, los gobiernos no pueden determinar la cultura de los pueblos; antes al contrario, es la cultura la que parcialmente los determina. La protección y promoción de la identidad cultural exige no solamente la tolerancia de la diversidad, sino simultáneamente una actitud positiva del pluralismo cultural de los poderes públicos y de la sociedad mexicana en su conjunto.⁶⁹

Debe igualmente quedar claro que el postulado que gobierna esta función pública no es el principio de la tolerancia, sino el principio rector del respeto.⁷⁰ El respeto es una noción más comprensiva que el de la tolerancia, ya que implica una actitud positiva hacia la cultura y la posibilidad de recrearse de ella. Las diferencias culturales no se deben considerar como hostiles o inaceptables, sino como experimentos de formas distintas de vida que contienen invaluable conocimientos y constituyen fuentes de información fascinantes.⁷¹

Los órganos legislativos no pueden imponer legalmente el respeto y menos obligar a la sociedad a observarlo; sí están obligados, empero, a preservar la libertad cultural como uno de los fundamentos del Estado mexicano. Les corresponde también salvaguardar el acceso a la cultura, y, conforme al nuevo texto constitucional, están asimismo obligados a tomar las medidas legislativas, administrativas y financieras necesarias para proteger y fomentar, en igualdad de circunstancias para todos los ciudadanos, el pleno ejercicio de sus derechos culturales.⁷²

III. LA DIFICULTAD EN LA ARTICULACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

1. *Introducción*

El análisis de la adición del artículo 4o. y la nueva fracción XXIX-Ñ del artículo 73 constitucionales debe considerar simultáneamente la asunción de obligaciones internacionales específicas asumidas por el Estado mexicano mediante la ratificación de la Convención de la UNESCO de 2003 sobre la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.⁷³

⁶⁹ Informe general de la UNESCO..., *op. cit.*, p. 15.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Ibidem*, p. 25.

⁷² *Idem.*

⁷³ México quedó vinculado a esta Convención el 14 de diciembre de 2005; ésta, a su vez, entró en vigor el 20 de abril de 2006 en el ámbito internacional. Véase el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de marzo de 2006.

Es en este contexto en el que puede apreciarse la emergencia del primado del conocimiento tradicional de las expresiones y de las prácticas culturales como uno de los vértices del PCI, y en tanto tal en una de las premisas que conforman el nuevo orden cultural mexicano; éste habrá de transitar sobre tres vertientes claramente determinadas: la herencia cultural, la diversidad cultural y el desarrollo sostenido, que no admite ser acotado a términos económicos o financieros, inmersos en el ámbito del rápido crecimiento y de la expansión de la productividad.

El conocimiento tradicional, las expresiones y las prácticas culturales son los fundamentos del sedimento social que le proporciona a los grupos y comunidades, entre otros, el sentido de su identidad y de su continuidad.⁷⁴

El desafío cultural que plantea a nuestra sociedad este nuevo marco normativo es claro: asegurarles a las siguientes generaciones que su PCI pueda transmitirse generacionalmente, como un activo viviente en el que la historia se reconstituya y vuelva a experimentarse,⁷⁵ lo que resulta ser el vehículo idóneo para satisfacer las necesidades básicas de nuestras comunidades.

Este nuevo orden cultural se inicia creando graves tensiones internas; su acoplamiento constituye un gran reto para la sociedad mexicana en su conjunto. Las primeras desavenencias, que empiezan a emerger, resultan de la colisión entre dos sistemas distintos: el del PCI y el de la legislación de la propiedad intelectual.

La pertinencia obliga a repasar los fundamentos que determinan la legislación de la propiedad intelectual y que difieren en sustancia de los que gobiernan el PCI. En el régimen tradicional de la propiedad intelectual la forma material siempre es un elemento a considerarse. En este régimen la creación individual y el privilegio de su explotación, acotada a un tiempo dado, determinan la exclusividad en el ejercicio del derecho, ya sea por el propio creador individual, por sus dependientes o por corporaciones o entidades de investigación.

La propiedad intelectual está gobernada por la premisa de la reconciliación entre los intereses privados y los beneficios públicos. Esta legislación protege los intereses de los creadores y de los autores e induce la producción de la creatividad, la originalidad y la innovación. Su fundamento radica en la premisa de la protección de los derechos exclusivos de un individuo o de una corporación en la explotación de productos humanos específicos provenientes de la creatividad humana, que propicia a su vez más creatividad.

⁷⁴ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 7.

Sin embargo, y es necesario puntualizarlo, esta premisa limita el acceso y la diseminación de la información al público en general. El interrogante fundamental consiste en inquirir si puede existir un balance entre estos intereses contrapuestos: la propiedad intelectual privilegia la exclusividad de los derechos individuales, lo que permite conducir a una mayor creatividad, pero simultáneamente debe proteger otros intereses públicos aceptados y reconocidos por la sociedad.⁷⁶

La legislación de la propiedad intelectual se inserta en el régimen de la propiedad privada. Es la transformación del trabajo en capital. Las consecuencias de esta aseveración son por demás evidentes: su libre transmisibilidad y asignación en cualquier medio y espacio por sus titulares, con un énfasis específico en la expresión patrimonial con los rendimientos económicos esperables. Son los individuos quienes en pleno ejercicio de su derecho de propiedad intelectual deciden cómo y por quién se puede transmitir la información o su asignación.

El PCI, por su parte, se transmite usualmente vía oral y en forma intergeneracional. Su énfasis se concentra en la preservación y mantenimiento de la cultura que, a su vez, se constituye en un sedimento social creado a través de generaciones. La propiedad es comunitaria, y sólo quien tiene su guardia y custodia está autorizado a ejercerla y diseminarla. La permisividad de su transmisión se determina conforme a una serie de calificaciones culturales.

Las numerosas restricciones en este ámbito se observan particularmente en relación con el material sagrado o secreto de corte religioso, extraño en su protección a la legislación de la propiedad intelectual. La categoría temporal le es ajena al PCI, que está continuamente evolucionando y se recrea a través de los siglos. El PCI se inserta en una perspectiva holística,⁷⁷ en la que todos sus aspectos se encuentran interrelacionados.⁷⁸

El interrogante es natural: ¿resulta oportuno y viable que la actual legislación de propiedad intelectual pueda desarrollar un régimen jurídico del PCI? La respuesta no sólo es negativa sino condenatoria: su ámbito no corresponde al de la legislación de la propiedad intelectual; obedece a fundamentos y objetivos totalmente diferentes. En efecto, el conocimiento colectivo, las ideas, las innovaciones, la creatividad y las expresiones culturales tradicionales, así como cualquier otro proceso inherente, resultan totalmente extraños a los fundamentos de la legislación de propiedad intelectual.⁷⁹

⁷⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁷ Hazucha, Branislav *et al.*, *op. cit.*, p. 185.

⁷⁸ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 17.

Los postulados de la legislación intelectual contradicen sustancialmente la naturaleza colectiva de las expresiones culturales tradicionales y cualquier otra expresión de folclor. Para las comunidades tradicionales e indígenas, la noción misma de comunidad en su conjunto se constituye en el receptáculo de la guarda y custodia del PCI.⁸⁰

La legislación de la propiedad intelectual en términos actuales impide la transmisibilidad derivativa e intergeneracional del PCI, ya que protege exclusivamente las obras originales y creativas y recurre con asidua comodidad a su expresión más obvia: su manifestación material. La naturaleza misma del PCI es excluyente de estos elementos de composición; su forma de transmisión, casi exclusivamente en forma oral,⁸¹ lo impide frontalmente.

Las expresiones de las tradiciones y prácticas culturales, así como cualquier otro proceso social, exceden el ámbito de la legislación de la propiedad intelectual. Sin embargo, los postulados fomentados por Occidente han sostenido que las tradiciones culturales deberían pertenecer al dominio público, cuando es fácilmente perceptible que a partir de esa determinación la construcción intelectual a través de la creatividad e inventiva es inevitable y, por lo tanto, cualquiera podría apropiarse de ella en forma exclusiva.⁸²

Esta tendencia de considerar al PCI como propio del dominio público resulta altamente preocupante. La consecuencia de legalidad es clara. A partir de ahí los conocimientos y prácticas culturales serían viables para la creación e innovación y estarían sujetos a la apropiación por parte de cualquier tercero.

Más aún, los poderes públicos no pueden realizar actos dominicales en las expresiones o prácticas tradicionales culturales; éstas son inmateriales y transmitidas exclusivamente a través de las vías orales. El PCI no se le puede adscribir al Estado precisamente por su carencia de materialidad; a ello habría que agregar que hay una clara imposibilidad de su adscripción al patrimonio del Estado debido a su naturaleza evolutiva y a sus diferentes formas de transmisión. En consecuencia, estos derechos le pertenecen en forma exclusiva e inevitable a los grupos o comunidades.

Es oportuno puntualizar aquí que las tradiciones o expresiones culturales se hallan fuera de los museos; están, pues, en las comunidades y, lo que es más significativo, se encuentran bajo la autoridad de éstas.⁸³

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Ibidem*, p. 19.

⁸² *Ibidem*, p. 120.

⁸³ *Ibidem*, p. 30. Véase igualmente, Kurin, R., *Museums and Intangible Heritage: Culture Dead or Alive?*, ICOM, News, núm. 4, p. 7, 2004, disponible en http://palimpsests.stanford.edu/icom/pdf/E_news2004/p7_2004-4.pdf.

La diversidad cultural, el desarrollo sostenido de los grupos o comunidades culturales y la salvaguardia de su PCI deben ser considerados de interés público, además de ser tomados en cuenta en la reformulación de la legislación de la propiedad intelectual. Ésta, a su vez, debe significarse por ser un vehículo y no un obstáculo en la consecución de estos propósitos.⁸⁴

2. *La determinación del sujeto cultural. La polémica jurídica*

Debe tenerse presente en el análisis que existe una clara diferencia de principio entre la atribución de una cultura, la atribución patrimonial de esa cultura a un ente determinado, y que ese grupo o comunidad ejerza sobre ese patrimonio un poder de control o que pueda limitar su acceso o uso.

Esta última reivindicación se confronta inmediatamente con otros valores de interés público, como es la libertad de expresión y la autonomía individual, tal y como lo reconoce la tradición liberal occidental, que se modela sobre el individualismo y la noción de libertad.⁸⁵ La participación exclusiva de la comunidad del grupo o comunidad excluye forzosamente la participación individual.

En el grupo o comunidades los individuos no solamente se recrean en su medio, sino que es su medio el que los determina. Existe, por lo tanto, un vínculo estrecho entre el individuo y su medio natural o social. Los individuos en el grupo o en la comunidad carecen de un vocablo para designar al “artista”. Al individuo o a los individuos que crean el “arte tradicional” se les adscribe la responsabilidad de perpetuar las tradiciones. A este individuo o individuos que realizan tal “creación artística”, que es preservada a través de generaciones por las comunidades, se les considera los custodios o guardianes de las tradiciones culturales que provienen de sus ancestros.⁸⁶

La tendencia occidental de extender los fundamentos de la legislación de la propiedad intelectual al ámbito del PCI acusa pues serias insuficiencias.⁸⁷ En el trasfondo no se hace más que primar la superioridad de las nociones occidentales sobre las nociones de las comunidades, lo que en suma frustra el respeto de la diversidad cultural y propicia el despojo de las tradiciones culturales, la alteración del pasado y la identidad de los grupos o comunidades culturales.⁸⁸

⁸⁴ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁵ Hazucha, Branislav *et al.*, *op. cit.*, p. 149.

⁸⁶ Hazucha, Branislav *et al.*, *op. cit.*, p. 150.

⁸⁷ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁸ Kojima, Ryu, “Prior Informed Consent, an intellectual Property Law Perspective”, Kono, Toshiyuki (ed.), *Immaterial Cultural Heritage and Intellectual Property, Communities, Cultural*

3. *Las asignaturas pendientes*

Tres son las tareas pendientes de ser desarrolladas por la reforma constitucional y la ratificación de la Convención de la UNESCO de 2003: El desarrollo de inventarios y de su operatividad, los vínculos de los grupos o comunidades con su PCI y las consecuencias de legalidad en los grupos o comunidades.

En la formulación y mantenimiento de los inventarios emergen muchas aristas relevantes que conciernen a la legislación de la propiedad intelectual: el impacto que tendrán los parámetros previstos por la Convención de la UNESCO de 2003 en la integridad e identidad de los grupos o comunidades culturales.

Conforme a la reforma constitucional y la Convención de 2003, resulta imperativo identificar a los grupos o comunidades culturales, quienes deben ser necesariamente consultados para la elaboración de los inventarios y establecer los vínculos entre el PCI y el grupo o la comunidad.

La noción de comunidad ha sido constantemente criticada por su vaguedad e inutilidad en las ciencias sociales, y el derecho no ha sido la excepción.⁸⁹ Aun cuando la Convención de 2003 no contenga ninguna definición de grupo o comunidad, es claro que el elemento de cohesión de éste es la historia compartida. Un grupo de individuos puede ser caracterizado como una comunidad si existe una conectividad histórica que se identifique por el uso continuo y la transmisión intergeneracional de su PCI;⁹⁰ es la “preteridad” a la que se refiere T. S. Elliot.⁹¹

Las grandes dificultades que existen en la definición misma de comunidad o grupo pondrán a prueba la creatividad e imaginación de los juristas mexicanos, obligados ahora a identificar y definir los diferentes elementos del PCI con la necesaria participación de organizaciones no gubernamentales relevantes, de las comunidades y de los grupos, ya que es a éstos a los que les pertenece el patrimonio cultural inmaterial.

Desde luego persiste la controversia, cuya resolución no debe soslayarse, en torno a los derechos comunitarios de propiedad sobre el PCI. Lo que resulta incontrovertible es que es al grupo o comunidad al que le incumbe la custodia del conocimiento tradicional y de las expresiones culturales tradicionales. Aunado a lo anterior, la participación activa de las comunidades o grupos resulta fundamental en la salvaguarda eficiente y, por ende, en el

Diversity and Sustainable Development, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 316.

⁸⁹ Hazucha, Branislav *et al.*, *op. cit.*, p. 146.

⁹⁰ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 31.

⁹¹ Elliot, T. S., *Tradition and the Individual Talent. Selected Prose*, ed. Frank Keromode (ed.), Londres, Faber and Faber, 1975, p. 38.

diseño de las medidas que deberán adoptarse en las prácticas y procesos que crean los conocimientos tradicionales y prácticas culturales.⁹²

Existe la urgente necesidad de revisar en nuestro sistema la noción occidental de persona jurídica y de personalidad jurídica, de tal suerte que pueda ser entendida de mejor manera la forma en que las comunidades o grupos se estructuran y conforme a la cual ejercen la guarda y custodia de su PCI. Estas estructuras deben tener viabilidad y, necesariamente, una expresión legal.

El pretendido límite entre la creatividad individual y colectiva confunde con frecuencia su adscripción a la comunidad con las invenciones colectivas. El problema central radica en que ciertas instituciones y la noción misma de persona jurídica desarrollada por la comunidad o grupo se consideran inválidas e irrelevantes conforme a las reglas y normas eurocéntricas⁹³ de las que abreva nuestra legislación.

La aplicación inescrupulosa de conceptos jurídicos que le son ajenos a los grupos o comunidades puede conducir fácilmente a la invención de tradiciones y de sus reivindicaciones dominicales. La invención de reivindicaciones del conocimiento tradicional y de las expresiones culturales ha tenido impactos negativos en la preservación de su PCI, de su diseminación y de su creatividad en el futuro.⁹⁴

La expresión jurídica de la estructura del grupo o comunidad significa un desafío, ya que en la mayoría de ocasiones ésta es informal, carece de institucionalidad conforme a los criterios eurocéntricos, pero revela estrechos vínculos con la tierra ancestral, los espacios culturales y las tradiciones.⁹⁵

4. *Los inventarios culturales*

La inscripción en la lista representativa del PCI de la humanidad de la lengua, danza y música del grupo étnico zambo Garifuna, asentado la región centroamericana (fundamentalmente en Belice); el carnaval de Oruro, en Bolivia; la Cofradía de los Congos del Espíritu Santo de Villa Mella, en República Dominicana, y el patrimonio oral y las manifestaciones culturales del pueblo Zápara de Ecuador y Perú, son claras expresiones del PCI.

⁹² Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 34.

⁹³ Mgbreoji, Ikechi, “*On the Shoulders of the ‘Other’ed*”. *Intellectual Heritage and the Persistence of Indigenous People’ Texts and Inter-Texts in a Contextual World*, en la obra colectiva *Imaterial Cultural Heritage and Intellectual Property. Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, Toshiyuki Kono, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 220.

⁹⁴ Hazucha, Branislav *et al.*, *op. cit.*, p. 157.

⁹⁵ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 37.

La riqueza del PCI mexicano no admite que el gobierno quede a la zaga en el registro de éste ni tampoco tolera el letargo burocrático para realizarlo.

Sostener que el ámbito de la Convención de 2003 se agota en la formulación de inventarios de conocimientos tradicionales, prácticas y expresiones culturales sería más que una torpeza; sería tanto como postular que el PCI podría ser encapsulado en una lista. Lo que debe prevalecer en este contexto es la institucionalización de actividades, proyectos y programas enfocados a la salvaguarda del PCI.⁹⁶ Éste, dinámico por naturaleza, se halla en constante movimiento y su codificación podría impedir su creatividad y espontaneidad, o bien provocar su fosilización.⁹⁷

Camboya presentó *verbi gratia* en 2004 un inventario de su PCI en el que se describe la diversidad de su arte, de sus tradiciones orales, de sus lenguas de minorías, de su poesía, de su folclor, de sus artesanías y su literatura, entre otras.⁹⁸

Los retos que representa la documentación de las expresiones y prácticas culturales son claros, y la forma en la que esa documentación puede incidir en las formas de su transmisión tiene el riesgo de estandarizarlas. Así puede perfectamente explicarse cómo la formulación de un canon para una tradición épica, que reconoce grandes variaciones y que está constantemente recreándose, no se encuentra dentro del ámbito de la Convención de 2003.⁹⁹

La formulación de inventarios conlleva graves inconvenientes, como es su digitalización o la misma documentación, pero finalmente también puede significar acciones positivas que eviten que el PCI se desvanezca. Las obligaciones internacionales asumidas por el Estado mexicano lo compelen a elaborar inventarios de nuestros grupos y comunidades.

Conforme a la reforma constitucional y a la Convención de la UNESCO de 2003, debe identificarse a los grupos o comunidades culturales y necesariamente consultarlos para la elaboración de los inventarios; para ello se precisa establecer los vínculos entre el grupo y la comunidad y su PCI.¹⁰⁰

⁹⁶ UNESCO, *Presentation of a New Book: An Inventory of the Immaterial Cultural Heritage in Cambodia*, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=19674&URL_DO=DO_PRINT-PAGE&URL_SECTION=201.html.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ Véase <http://unesco.org/images/0014/001445/144592e.pdf>.

¹⁰⁰ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 30. Véase asimismo, Kuruk, P., *Cultural Heritage, Traditional Knowledge and Indigenous Rights: An Analysis of the Convention for the Safeguarding of Immaterial Cultural Heritage*, 1 Macquarie J. Int'l e Comp. Env'l. L. 111, 2004; también disponible en www.austlii.edu.au/journals/MqJICEL/2004/5.htm.

Las obligaciones internacionales asumidas por el Estado mexicano lo compelen a elaborar inventarios de nuestros grupos y comunidades con los siguientes criterios:

a) Identificar debidamente a nuestros grupos y comunidades y a sus representantes.

b) Asegurar que únicamente el PCI reconocido por el grupo o la comunidad sea el que se integre al inventario o se proponga para su listado.

c) Cerciorarse de que se obtenga el permiso de la comunidad o grupo para la realización del inventario.

d) Asegurar el consentimiento de la comunidad cuando se involucre a un miembro no comunitario.

e) Respetar las prácticas costumbristas que gobiernen el acceso al PCI.

g) Obtener el consentimiento, libre e informado de la comunidad o grupo para que su PCI sea incluido en la lista de la convención.¹⁰¹

La protección del PCI nos enseña que en lo sucesivo el énfasis no debe radicarse exclusivamente en las obras maestras; debe desplazarse paulatinamente a sus creadores y a sus artesanos.¹⁰²

La diversidad sostenida depende de la capacidad del ser humano para diseñar sus propios futuros culturales. Su “capacidad de aspirar” vincula cultura con desarrollo, pero desarrollo humano en su expresión más amplia. Este vínculo asegura ciertamente el principio de la transmisión, que algunos consideran como la “reproducción cultural” o la “herencia cultural”, lo que sugiere la importancia de las estructuras sociales locales en la organización intergeneracional. Los individuos forman el centro de gravedad de la continuidad histórica, y es justamente la herencia cultural de las comunidades lo que finalmente nos enriquece como seres humanos.¹⁰³

5. Una nueva forma de propiedad

La documentación del conocimiento tradicional y del PCI resulta esencial para su preservación y su protección. Los requerimientos del inventario

¹⁰¹ Chaydhuri, Shubha, “Who is the ‘Holder’ of Immaterial Cultural Heritage. Revisiting the Concept of Community from an Immaterial Cultural Heritage Perspective”, Toshiyuki Kono (ed.), *Immaterial Cultural Heritage And Intellectual Property, Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 199.

¹⁰² Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰³ Arantes, Antonio de, “Heritage as Culture. Limits, Uses and Implications of Immaterial Cultural Heritage Inventories”, Toshiyuki Kono (ed.), *Immaterial Cultural Heritage and Intellectual Property, Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 75.

serán necesariamente diferentes si se pretende reservar la información. Es necesario establecer esquemas de clasificación apropiados para estructurar el conocimiento tradicional y las prácticas culturales de las comunidades o grupos. Someter a procesos informáticos el conocimiento tradicional y el PCI constituye una fuente para la creación, pero exige el desarrollo de una nueva forma de propiedad multidimensional que debe ser propia del PCI.

Los sistemas de legalidad no son estáticos; son altamente cambiantes. El derecho de “propiedad” se ha visto alterado en función de tres importantes razones: el incremento de beneficios e intereses sociales, el decremento de costos sociales y la ponderación de consideraciones políticas y culturales.¹⁰⁴

El empleo mismo de la noción de “patrimonio” y las relaciones que ésta tiene con el derecho de propiedad son bastante cuestionables. Con una gran frecuencia la noción de “patrimonio inmaterial” hace referencia a elementos que no son susceptibles de ser reducidos a propiedad particular. Es el caso del lenguaje, del fondo común del folclor, de las tradiciones y de la multiplicidad de conocimientos que se transmiten bajo formas peculiares.¹⁰⁵

Es necesario crear nuevos paradigmas en los regímenes de propiedad que tiendan a proteger, preservar y salvaguardar al PCI a través de diferentes métodos que maximicen los beneficios sociales y minimicen simultáneamente los costos sociales de las comunidades, las sociedades y de la humanidad en su conjunto,¹⁰⁶ y que valoren el vínculo estrecho entre el conocimiento tradicional y el PCI, cuyo común denominador es el talento de personas.¹⁰⁷ La creación de estos derechos de dimensión colectiva es lo que obliga necesariamente a repensar el derecho de propiedad.¹⁰⁸

En este proceso, la apertura y la comunicación intercomunitaria y el respeto por otras culturas serán cruciales, tanto en la recreación de las tradiciones culturales como en el enriquecimiento de la diversidad cultural.¹⁰⁹ Las manifestaciones del PCI representan acreencias de valores comunitarios, creencias y órdenes sociales. Estas manifestaciones son generalmente incom-

¹⁰⁴ Hazucha *et al.*, *op. cit.*, p. 236.

¹⁰⁵ Cornu, Marie, “La Protection du Patrimoine Culturel Immatériel”, Nébila Meghani y Marie Cornu (coord.), *Intérêt Culturel et Mondialisation. Les Aspects Internationaux*, París, L’Harmattan, 2004, colección Droit du Patrimoine Culturel et Naturel, t. II, p. 202.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 232.

¹⁰⁷ Gupta, Vinod, “India’s TKDL Definition and Classification of Immaterial Cultural Heritage and Traditional Knowledge in the Context of Inventory Making”, Toshiyuki Kono (ed.), *Immaterial Cultural Heritage and Intellectual Property, Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 111.

¹⁰⁸ Cornu, Marie, *op. cit.*, p. 207.

¹⁰⁹ Hazucha, Branislav, *op. cit.*, p. 244.

patibles con el derecho absoluto de propiedad. La delimitación de sus ámbitos es, pues, muy clara.

Los derechos que provienen de la propiedad intelectual constituyen privilegios sobre las creaciones intelectuales y otros bienes inmateriales; determinan derechos exclusivos sobre la explotación comercial de estas expresiones, así como de cualquier otra creación intelectual humana.

La diversidad cultural está considerada como un activo importante en el patrimonio de la humanidad. Los procesos de evolución histórica, separación y comunicación intercomunitaria han hecho posible una gran variedad de expresiones culturales en el ámbito universal. La diversidad cultural es patrimonio de la humanidad y es esencial en el desarrollo sostenido.¹¹⁰

Occidente, y México no es la excepción, ha propugnado por asegurar incentivos económicos que estimulen el esfuerzo intelectual y creativo. Este objetivo contrasta con el PCI, cuyo propósito consiste en la promoción del mantenimiento cultural, la custodia de esos derechos y la protección de su integridad y las fuentes de sus expresiones culturales tradicionales.¹¹¹

La complejidad en la creación de estos nuevos paradigmas confronta realidades que deben ponderarse. En esa forma no puede soslayarse que una diseminación exitosa es precisamente la que crea una audiencia y patrocinio de las artes. En este ámbito, si se restringe la dinámica de la naturaleza de las tradiciones, se estaría sancionando no solamente al transgresor de la regla, sino a los propios beneficiarios del PCI.¹¹²

Pero, simultáneamente, la misma complejidad de los procesos sociales conforme a los cuales se adquieren las diferentes formas del PCI, transmitido o modificado, se ha convertido en un argumento central para negarles cualquier protección bajo la legislación de la propiedad intelectual eurocéntrica.

IV. EPÍLOGO

Discutir sobre “cultura” es aventurarse en un ámbito donde existe tal variedad de definiciones como discusiones. Aún en recientes discusiones, el valor heurístico y las limitaciones políticas como elementos de análisis han condicionado que los “derechos culturales” estén circundados de grandes interrogantes.¹¹³

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 232.

¹¹¹ Janke, Terri, “Indigenous Immaterial Cultural Heritage and Ownership of Copyright”, Toshiyuki Kono (ed.), *Immaterial Cultural Heritage and Intellectual Property, Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, p. 185.

¹¹² Chaydhuri, Shubha, *op. cit.*, p. 201.

¹¹³ Pontier *et al.*, *op. cit.*, p. 8.

Por una parte, a la “cultura individual” se le considera una “cultura patriótica” y, por otra, la “cultura de masas” se conceptúa como “cultura plebeya”;¹¹⁴ esta última se caracteriza por una “estandarización” de las referencias culturales que le son comunes a todos los consumidores y por su gran aptitud a integrar elementos culturales de una muy amplia diversidad.

En otra perspectiva, se ha constatado que la “cultura literaria” se ha venido desvaneciendo ante “la cultura científica”.¹¹⁵ A la “cultura literaria”, que aun en épocas recientes era la más ponderada, se le consideraba como acervo indispensable de cualquier individuo que lo proveía de los elementos necesarios para explicar la comprensión de la existencia y la conducta humana. Pero esta “cultura clásica” parece que súbitamente quedó reemplazada por la “cultura técnica”. Ésta, a su vez, se concentra en lo concreto y tiene como sus principales características la eficacia y el poder, ya que es precisamente la “cultura técnica” la que permite transformar el universo y ha modificado nuestros hábitos en forma espectacular.¹¹⁶

Nuestro tiempo posiblemente asista al comienzo de una nueva tentativa de cultura, aún balbuciente, que intente conciliar estos dos extremos culturales y que haga emerger una nueva visión de la naturaleza y de la “cultura técnica”, que pueda aproximar más al ser humano a la naturaleza, que haga del ser humano y de su creatividad la expresión de una tendencia fundamental en el ámbito universal.¹¹⁷

Estas nociones se encuentran inmersas en los procesos de globalización, los cuales son desiguales y asimétricos y dan cuenta de fenómenos de “aculturación” —voluntaria o impuesta— sobre un grupo o comunidad de una cultura que le es extraña, y que se han vuelto cada vez más intensos.

Las culturas se han vuelto tributarias unas de otras, proceso en el que el sincretismo es fundamental. La noción de “aculturación” conlleva desde luego el proceso de “desculturación”; es decir, la pérdida o alteración de los referentes culturales de un grupo o comunidad cuyas raíces están fuertemente ancladas en el tiempo.

Por ello, es necesario repensar la política cultural del Estado,¹¹⁸ de tal manera que se enfoque a las actividades multiculturales, habida cuenta que la diversidad ha resultado ser una fuente inagotable de creatividad.

¹¹⁴ Hobsbawn, Eric, *The Age of the Extremes. A History of the World. 1914-1991*, Nueva York, Vintage Books, Random House, 1996, p. 513.

¹¹⁵ Pontier *et al.*, *op. cit.*, p. 44.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 9.

¹¹⁷ Informe general de la UNESCO, *Our Creative Diversity, Report of the World Commission on Culture and Development*, París, 1995. p. 39.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

El apoyo a nuevas y emergentes formas de expresiones culturales no es de ninguna manera un subsidio al consumo, sino una inversión en el desarrollo humano. El gran desafío de individuos y comunidades consiste en cómo adaptarse a las nuevas condiciones prevalecientes, sin renegar de los elementos fundamentales de sus tradiciones y de su herencia cultural.

Este desafío se debate en dos extremos: en uno de ellos es la modernidad la que impulsa la promoción de la creatividad indispensable para la productividad industrial y la innovación; en el otro extremo, es la modernidad la que enfrenta a la tradición y desencadena procesos de aculturación, provocando suspicacias por el proceso inverso de “desculturación”.

El entorno de los “derechos culturales” seguirá fatalmente predestinado por la noción de “cultura”. La cultura determina al derecho, como el derecho determina la cultura.¹¹⁹ La exploración de los vínculos entre derecho y cultura producirá los frutos esperados cuando se trasciendan las categorías jurídicas tradicionales.

El interrogante respecto de bajo qué condiciones es posible comprender el derecho que pueda regular la cultura, o la cultura que pueda coadyuvar con los juristas para entender mejor el derecho, tiene una fuerte connotación histórica. Y esta connotación nos obliga, sin embargo, a abandonar todo paradigma prevaleciente en la actualidad para estudiar el derecho y la cultura.

Los paradigmas prevalecientes pueden incluso llegar a confundir si se atiende especialmente a las inestabilidades inherentes a las nuevas oportunidades que ofrecen las más recientes investigaciones históricas entre el derecho y la cultura.

Más que privilegiar un modelo específico de vinculación de la cultura y el derecho, deben analizarse los términos en los que se han articulado, sin soslayar desde luego las peripecias políticas que han dado pie a su desestabilización o su reestabilización en diferentes circunstancias históricas.

Lejos de determinar en forma definitiva y autoritaria la manera en que el derecho y la cultura interactúan, debe privilegiarse el análisis de las fuerzas históricas que actúan y que finalmente han sido las que han articulado esta interacción. El análisis debe concentrarse en cómo han interactuado el derecho y la cultura, en cómo esta interacción se ha visto alterada por el poder público, que así como legitima algunas identidades deslegitima otras.¹²⁰

El significado del PCI es que captura, transmite y modifica la normativa de las reglas y concepciones de las comunidades o grupos. El PCI contiene

¹¹⁹ Pontier, Jean Marie *et al.*, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁰ *Idem.*

métodos de comunicación y transmisión de significados, conocimientos e información entre los ciudadanos y sus relaciones con el universo. El proceso autoral es compartido. La imagen mítica del autor solitario es la excepción y no la regla.¹²¹

El modelo nacionalista ha comenzado a mostrar síntomas de fatiga. Ante la reconcepción de la soberanía del Estado, y por consecuencia, de la soberanía cultural, es posible identificar hoy en día la emergencia de la “cultura de la memoria”, que pretende dar satisfacción a una de las preocupaciones actuales de las sociedades, entre las que se encuentra desde luego la mexicana, como una reacción a los fenómenos de globalización económica. El efecto inverso de este proceso es la “globalización de la memoria”, que se caracteriza por la proliferación de las representaciones y de las influencias e interacciones culturales universales.

Este ensayo tuvo como propósito fundamental desarrollar en perspectiva el análisis de la reforma constitucional recientemente aprobada, que junto con las obligaciones internacionales previstas en la Convención de la UNESCO de 2003 constituye sin duda una de las metamorfosis más profundas de la concepción cultural del Estado mexicano, toda vez que con ello termina la dominancia del modelo de “cultura nacional”.

La mutación conlleva una forma distinta de concebir a la sociedad mexicana, la emergencia de modelos culturales convergentes y la adopción de una “ciudadanía cultural o multicultural”.

Nada más válido en el umbral del siglo XXI que parafrasear a André Malraux, uno de los grandes escritores de su generación, quien sostuvo que “en el siglo XXI el desarrollo o es cultural o no habrá desarrollo...”.

¹²¹ Mgbreoji, Ikechi, *op. cit.*, p. 221.