

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

Jorge SÁNCHEZ CORDERO*

A Emilio O. Rabasa
In Memoriam

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

Los objetos inanimados, ¿tienen espíritu...?
Alphonse de Lamartine

La frase del poeta francés Alphonse de Lamartine con la que se inicia este ensayo es un oxímoron, redactado en forma de interrogante, que 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 consecuencia de su esencia.¹

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

* Doctor en derecho por la Universidad de Panthéon-Assas.

¹ Véase Rivière, Françoise, en Lyndel V. Prott (ed.), *Witness of History. A Compendium of Documents and Writings on the Return of Cultural Objects*, UNESCO, 2009, p. XI.

veneraron. Esta situación ambivalente, inherente al tráfico de bienes culturales, se acentúa cuando éstos entran al mercado internacional del arte en contra de la voluntad de sus creadores o de las comunidades.²

Resulta claro que la solución a estos fenómenos no puede acotarse al análisis jurídico; en ella participan diferentes disciplinas sociales, como es la antropología social, la arqueología, la etnografía, la arqueología, la historia, entre otras muchas.³

En este contexto se ha postulado, con razón, que en forma similar al derecho que le asiste a cada individuo de proteger su integridad física y cultural, existe un derecho de las naciones que se ejerce a través del Estado, para proteger su identidad nacional que finalmente es su propia integridad. La preservación de la identidad cultural se constituye en el vehículo idóneo para proteger la identidad del ciudadano.⁴

La formación de un país participa de una gran complejidad y más aún cuando convergen, como fue el caso de México, culturas tan disímbolas.⁵ El sustrato en la formación de la identidad mexicana se debe en gran parte a la idealización del mundo precolombino por parte 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 estas severas limitaciones que imponen las consideraciones anteriores, cualquier análisis jurídico está inevitablemente acotado; dentro de estos estrechos parámetros, el desarrollo del 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. En gran medida la protección del Patrimonio Cultural Mexicano se explica en función del tráfico ilícito de los bienes culturales mexicanos. El tráfico ilícito se provoca precisamente cuando los bienes culturales mexicanos migran del territorio nacional

² *Ibidem*, p. XII.

³ Véase Sánchez Cordero Dávila, Jorge A., *Les biens culturels précolombiens. Leur protection juridique*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 1.

⁴ Véase Poli, Jean-François, “État, nation et identité culturelle”, *Intérêt culturel et mondialisation. Les protections nationales*, París, L’Harmatan, 2004, t. I, collection Droit du Patrimoine culturel et naturel, p. 35.

⁵ Véase Bonfil Batalla, Guillermo, “Nuestro patrimonio cultural: un laberinto de significados”, en Florescano, Enrique, *El patrimonio nacional de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, t. I, p. 47.

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 Museum en Malibú, California o el Metropolitan Museum de la ciudad de Nueva York, es por sí mismo lo suficientemente elocuente como para mostrar la gravedad del tráfico ilícito de bienes culturales en el ámbito internacional.⁶

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 aprobaron adiciones al artículo cuarto y la fracción XXIX-Ñ al artículo setenta y tres constitucionales. Esta reforma constitucional 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 reglamentaria del artículo cuarto constitucional y de la ley que se promulgue, en acatamiento al mandato constitucional al que se refiere la fracción XXIX-Ñ del artículo setenta y tres constitucional. 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 de su protección; la eficiencia de esta protección asegura finalmente la preservación del conocimiento universal. El régimen de legalidad del patrimonio cultural inmaterial queda adscrito a las bases que disponga el Congreso General sobre las cuales la Federación, las entidades federativas, los municipios y el Distrito Federal, junto con la participación activa de la sociedad civil, podrán diseñar los mecanismos propios de su protección. Su consecuencia es clara: un fortalecimiento cultural sin precedentes en el sistema federal mexicano.

En el desarrollo de este ensayo, en un primer vértice se dará cuenta en forma sucinta del patrimonio cultural material que está gobernado por fundamentos específicos que difieran en sustancia de los propios del patrimonio cultural inmaterial. Ello obliga en un segundo vértice a desarrollar el análisis de las adiciones al artículo cuarto y la fracción XXIX-Ñ del artículo setenta y tres constitucional; finalmente, en un tercer vértice

⁶ Véase Watson, Peter y Todeschini, Cecilia, "The Medici Conspiracy", *The Illicit Journey of Looted Antiquities from Italy's Raiders to the World's Greatest Museums*, E.U.A., Preseus Books Corporation, 2006, p. 80.

se expondrán algunas de las muchas dificultades que enfrentará la articulación de los fundamentos del patrimonio cultural inmaterial 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 visuales⁷ sujetos a las vicisitudes del tiempo y analizar la transmutación de los *milieux de mémoire* a los *lieux de mémoire*⁸ en el proceso de la 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 de Víctor Hugo,⁹ quien sostenía que, abstracción hecha de los derechos de propiedad que le asisten a los dueños de los monumentos, su destrucción no debe formar parte de sus prerrogativas; éstos se han convertido en meros “especuladores innobles”, cuyo interés patrimonial ha obnubilado su espíritu. Existen dos elementos que pueden fácilmente ser apreciados fácilmente en un monumento, sostenía Víctor Hugo: su uso y su belleza. Su uso le pertenece al propietario; su belleza, a la sociedad. De ahí que resulte, por lo tanto, 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.

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

⁸ Véase Nora, Pierre (comp.), *Les Lieux de Mémoire. Entre mémoire et histoire. La problématique des lieux*, t. I : *La fin de l'histoire-mémoire*, París, Gallimard.

⁹ Véase Víctor Hugo en su famoso ensayo escrito en 1832. Véase al respecto Chastel, André, “La notion du patrimoine”, en Nora, Pierre (coord.), *op. cit.*, p. 1444.

El derecho interno mexicano desarrolló paulatinamente mecanismos legales de protección de los bienes culturales, que participan de diversos fundamentos en el siglo XIX y XX, con un común denominador que es 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 quien 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 patrimonio cultural inmaterial, 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;¹⁰ la Federación consideró que la promulgación de esa ley invadía su competencia y demandó su inconstitucionalidad y su consecuente nulidad.¹¹ Para demostrar su aserto, la Federación hizo referencia a una serie de precedentes legislativos, cuyo común denominador consistía en la pertenencia a la nación, de las antigüedades nacionales, de las ruinas monumentales y de los bienes arqueológicos como son los templos o las pirámides. Estos precedentes legislativos demostraban que

¹⁰ El artículo 1o. de la Ley sobre la propiedad y la competencia de monumentos arqueológicos e históricos disponía que: “Son del dominio del Estado y estarán bajo la jurisdicción de los poderes del mismo los monumentos arqueológicos o históricos... [que] se encuentren localizados en territorio oaxaqueño”. Acto seguido, se fijaban los requisitos que debían satisfacerse para la consecución de la protección de este tipo de bienes, especificándose que bienes debían recibir dicha protección.

¹¹ Véase González, María del Refugio, “La protección de los bienes arqueológicos en México y su relación con la jurisprudencia”, *Arqueología y derecho en México*, México, UNAM, 1980, p. 73.

la Federación había constantemente legislado 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 General¹² y, 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”.¹³

La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, favorable a la Federación, sostuvo que si bien las facultades que no están expresamente concedidas a la Federación en la Constitución General, se entienden 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 de Justicia de la Nación, la ley promulgada por el estado de Oaxaca sólo se remontaba al año de 1932; la Federación por lo tanto “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”.

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 Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que la Federación había prevenido de manera indiscutible “casi desde que se organizó el

¹² IUS 8 Jurisprudencia y Tesis Aisladas, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XXXVI, 1933, p. 1071.

¹³ Véase González, María del Refugio, *op. cit.*, p. 73.

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 una serie de precedentes legislativos¹⁴ y antecedentes ancestrales como “las leyes de los Reynos de las Indias”¹⁵ 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 consistió en 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 entraran 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 Política, prevenía que “los bienes que originariamente no han sido del patrimonio de la Federación constituyen el patrimonio del Estado”.

La reforma constitucional de 1965 terminó por “federalizar” el régimen de legalidad del patrimonio cultural material mexicano.¹⁶

¹⁴ 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 estaba a cargo de todo lo referente a las bibliotecas, los museos y las antigüedades nacionales; 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; Decreto del 3 de junio de 1896 del Congreso de la Unión; Ley del 11 de mayo de 1897 sobre los monumentos arqueológicos; Decreto del 18 de diciembre de 1902, y Ley del 30 de enero de 1930

¹⁵ Véase *Recopilación de leyes de los reynos de Indias*, Madrid, Cultura Hispánica, 1973, vol. III, lib. VIII, tít. XII.

¹⁶ Esta vigésima segunda reforma constitucional fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de enero de 1966.

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 fines del siglo XIX e inicios del XX la sociedad mexicana no tenía acceso a los grandes sitios arqueológicos como Uxmal, Chichén Itzá, entre otros, porque se encontraban dentro de los límites de grandes haciendas de propiedad privada.

Una *cause célèbre* fue la de Edward Thompson,¹⁷ quien actuaba como cónsul de los Estados Unidos, en Yucatán. Arqueólogo, recomendado por la Sociedad Americana de Anticuarios y por el Museo Peabody de la Universidad de Harvard, adquirió la hacienda colindante con el centro ceremonial de Chichén Itzá y se adjudicó el Cenote Sagrado. Sylvanus G. Morley dragó en el Cenote Sagrado por instrucciones de Thompson. La falta de técnica observada en las excavaciones truncó para siempre el acceso a información muy valiosa sobre la cultura maya en perjuicio del conocimiento universal, de su historia y de su trascendencia en el mundo actual. Las piezas mayas que fueron encontradas 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 arqueológicos, para posteriormente desistirse. Thompson jamás fue recluido en prisión. México pudo recuperar sólo parte de este patrimonio cultural gracias a los escritos de la editorialista Alma Reed publicados en el *Magazine* del *New York Times*. Thompson confió a Alma Reed que había sustraído los bienes mayas a través de las valijas diplomáticas de la Embajada Americana. Alma Reed no dudó en denunciarlo en sus artículos periodísticos.¹⁸

¹⁷ 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.

¹⁸ Véase Reed, Alma, *Mi idilio socialista con Felipe Carrillo Puerto*, Schuessler, Michael K. (ed.), trad. de Ileana Villareal Jirash, México, Diana, 2006. p. X.

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*¹⁹

Uno de los principios más relevantes de la ley de 1972 es el carácter hegemónico de la declaratoria que ésta prevé en el que el Estado es quien conserva como un acto soberano cultural propio, la determinación y alcance del patrimonio cultural mexicano. En el clímax del modelo nacionalista, es el Estado finalmente quien 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; no lo es, si se considera que para que la protección sea viable, debe obtenerse la aquiescencia en el ámbito internacional de tribunales extranjeros o de otros estados nacionales que posibiliten la restitución de objetos culturales a los Estados de origen. Las normas de protección internacional de bienes culturales en tiempos de paz están orientadas a hacer eficaz la protección nacional de los bienes culturales en el ámbito del derecho internacional, especialmente las que se refieren al tráfico ilegal, derivado fundamentalmente del robo o de la exportación ilícita. No puede dejar de soslayarse que México ha tenido y tiene una participación activa en la promoción de la redacción de los tratados internacionales en esta materia.

No obstante lo anterior, una de las grandes carencias en los análisis del patrimonio cultural mexicano ha sido precisamente la falta de determinación de la extensión de las obligaciones internacionales que le asisten al Estado mexicano que provienen de la ratificación de las diferentes convenciones que se produjeron en el último cuarto del siglo XX e inicios del XXI. En esa forma, la Convención de la UNESCO de 1970²⁰ postula

¹⁹ La Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas fue publicada el 6 de mayo de 1972.

²⁰ La Convención del 14 de noviembre de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de los bienes culturales fue depositada por el gobierno de México el 4 de octubre de 1972.

el “nacionalismo cultural”, que se basa en la relación existente entre la propiedad cultural y la definición de “culturalidad”. Los pueblos, para encontrar su identidad, necesitan tener una conciencia histórica, la cual tiene su representación en los bienes culturales. Estos bienes son importantes para definir la “culturalidad” y significan un elemento de cohesión; los bienes culturales 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. Los bienes culturales enriquecen y civilizan la vida; estimulan su investigación y conocimiento. Un pueblo desprovisto de sus bienes culturales se empobrece irremediabilmente.

La migración de objetos culturales, ya sea por robo o por exportación ilícita, ha afectado fundamentalmente a los países en vías de desarrollo. Se ha provocado una migración importante de objetos culturales de estados nacionales con una gran riqueza cultural, pero con graves limitaciones económicas, a centros de alto poder adquisitivo. Es por ello, que un número significativo de Estados nacionales ha intentado evitar la migración de sus objetos culturales mediante normas prohibitivas de exportación de bienes culturales, ya sea a través de prohibiciones específicas en legislaciones permisivas o bien mediante autorizaciones en legislaciones prohibitivas. Ambas fórmulas encuentran su límite en la frontera nacional de cada Estado nacional; 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. A éste propósito está destinada la Convención de la UNESCO de 1970.

La formulación en la comunidad internacional de la noción de “patrimonio común de la humanidad”, 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 1972.²¹ En el año de 1960, la UNESCO lideró las acciones de rescate de los templos de Abu Simbel en el Alto Egipto, amenazados con ser anegados con la construcción de la presa de Assuan; de la misma forma, la UNESCO intervino en forma decisiva en

²¹ 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.

el rescate de los bienes culturales de las ciudades de Venecia y de Florencia a consecuencia de las graves inundaciones que se registraron en 1966.

Precisamente la amenaza de estos monumentos y objetos culturales en estados nacionales ricos en cultura pero con 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 se contiene en la Convención de 1972. Esta Convención y su noción de protección contiene dos nociones básicas: patrimonio cultural y patrimonio natural.

La suscripción del Tratado de Cooperación entre México y los Estados Unidos en materia de restitución de bienes culturales,²² estuvo precedida por uno de los pillajes más escandalosos de los que se haya tenido noticia en las culturas precolombinas. Uno de los argumentos más importantes para el combate del tráfico ilícito es el de la “descontextualización” de los bienes culturales. Para el arqueólogo, el etnógrafo, el historiador, un bien cultural obtiene toda su significación en su contexto, ya que es el contexto 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, en una imagen que ha hecho fortuna, si al bien cultural se le remueve de su contexto se convierte literalmente en un “huérfano cultural” y el monumento desprovisto de él, en 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 considerados como monumentos nacionales. Para hacer factible este pillaje, se recurrió al “adelgazamiento” de la estela o a su franca fragmentación para posibilitar su desplazamiento. Este “adelgazamiento” tenía como consecuencia la pérdida irremediable de la información, ya que se ignoraba posteriormente su fuente y su localización, cuando para su lectura es determinante incluso el lugar preciso en donde ésta se encontraba. En la década de los sesentas, se intensificó este pillaje en la zona precolombina maya y muchos de esos bienes culturales son exhibidos en la actualidad en museos tan respetables como el Cleveland

²² El Tratado de cooperación del 17 de julio de 1970, entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, que dispone la recuperación y devolución de objetos arqueológicos, históricos y culturales robados, fue ratificado.

Museum of Arts, el Houston Museum of Fine Arts, el Minneapolis Institute of Art, el Brooklyn Museum, el Nelson Rockefeller Museum of Primitive Art, el Saint Louis City Art Museum; 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 hechas por estos museos equivalían a la compra del Arco de Tito en Roma.²³

III. 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 STAVENHAGEN

1. *Introducción*

La adición al artículo cuarto de la Constitución general le da valor constitucional y, consecuentemente, expresión jurídica a los “derechos culturales”. Esta reforma constitucional delinea los contornos de la soberanía cultural y la convierte en el medio jurídico idóneo de la diversidad cultural.²⁴

La reforma constitucional obliga al análisis de los “derechos culturales”. La disertación sobre la noción de los “derechos culturales” hubiera

²³ Véase 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 Hage, Kluwer Law International, 2000.

²⁴ Stavenhagen, Rodolfo, “Derechos culturales: el punto de vista de las ciencias sociales”, en Niec, Halina (dir.), *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, México, UNESCO, 2001, p. 45.

sido sorprendente, sino es que francamente incomprensible, hasta hace cerca de medio siglo.

A la “cultura” se le consideraba como un ornamento, si bien de una gran utilidad social, carecía de la especificidad requerida para constituir el ámbito material de validez de una disciplina de derecho. Esto se ha venido modificando sustancialmente en función de las metamorfosis que han operado tanto en las sociedades como en el mismo derecho. En forma explícita, pero acompañada de grandes polémicas, una variedad importante de pensadores de nuestra época, algunos de ellos mexicanos ilustres,²⁵ 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 entender la significación profunda de la crisis de nuestra época. Al margen de cualquier polémica, lo que resulta incontrovertible es que la cultura ha experimentado un cambio que está asociado a las profundas metamorfosis acaecidas en sociedades en donde la cultura se ha desarrollado.²⁶

2. *El origen de los derechos culturales*

El análisis de los “derechos culturales” se inicia con la precisión de dos constataciones: la primera refiere a 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 transformando las formas de vida.

La segunda constatación evidencia que el derecho también ha sufrido profundas e importantes modificaciones. 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 tienen 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, de la jurisdicción, entre otras muchas.

²⁵ Arizpe, Villoro, Stavenhagen, Cotton, entre otros muchos.

²⁶ Véase Pontier, Jean Marie *et al.*, *Droit de la Culture*, 2a. ed., París, Dalloz, 1996, p. 6.

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”²⁷ exige una definición de su ámbito material de validez, que justamente por su enorme carácter polémico no está desprovisto de ambigüedades. El término de “cultura” no es fácilmente²⁸ asible e invoca conocimientos, sentimientos y valores encontrados.²⁹

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; 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 donde 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.

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, que delimitaba la noción de cultura, provocaba de inicio ciertas dificultades, si como se ha sostenido, la cultura debía hacerse extensiva, más allá

²⁷ Véase Eberhard, Christoph, *Le droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2006, p. 15.

²⁸ Véase Le Roy, Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie “dynamique” du droit*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1999, p. 23.

²⁹ Véase Portier, Jean Marie *et al.*, *op. cit.*, p. 7.

de las acotaciones que sólo privilegiaban lo “culturalmente” valioso. Estos límites eliminaban, sin una explicación convincente, otras actividades y prácticas de nuestros contemporáneos.

La otra acepción a la inversa 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*.

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, riesgo que tiende a 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”.³⁰ 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, ya que se les ha insertado en el contexto de los derechos humanos, que se han significado por ser un excelente vehículo de ideas políticas a través del cual se ha podido obtener un mejoramiento sensible en las relaciones sociales.³¹

La noción de cultura en nuestra época requiere de calificativos, ya que 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. Esta tendencia hizo que emergieran dos concepciones excluyentes: la concepción de la universalidad

³⁰ “Proyecto de declaración sobre los derechos culturales. Apéndice C. Derechos Culturales: el punto de vista de las ciencias sociales”, en Niec, Halina (dir.), *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, UNESCO, 2001, p. 319.

³¹ Véase Prott, Lyndel, “Entenderse acerca de los derechos culturales”, en Niec, Halina (dir.), *¿A favor o en contra de los derechos culturales, cit.*, p. 257.

de los derechos humanos a través de las culturas, y la del relativismo cultural;³² resulta claro que ciertas prácticas tradicionales, expresiones culturales en sentido técnico, entran en colisión con derechos humanos con vocación universal, fomentados claramente por Occidente, en un tiempo y espacio determinados.

En esta forma es como ciertas expresiones culturales y prácticas pudieran considerarse como antagónicas al pretendido universalismo de ciertos principios, como son el desarrollo sostenido y otros considerados como de interés público, como son derechos humanos, tolerancia, respeto recíproco e interacción entre grupos o comunidades.

A este efecto, las expresiones y prácticas culturales deben ser compatibles con los instrumentos de derechos humanos y otros instrumentos de interés general. Sin embargo, es necesario puntualizarlo, la retórica occidental ha sido, para decir lo menos, variable. En tierras americanas, aconteció que los colonizadores jamás consideraron a las comunidades como sus iguales; las culturas de las comunidades indígenas resultaban siempre de rango inferior al Occidente, quien postuló la necesidad de educarlas y civilizarlas. Las tradiciones, costumbres y rituales no tenían el mismo valor que las ideas y valores aceptados por el Occidente. La cultura occidental se estimaba fatalmente superior.³³

Las culturas están muy lejos de ser estáticas o permanecer aisladas; interactúan, evolucionan y son tributarias unas de otras.³⁴ El carácter colectivo de la cultura determina la complejidad de los derechos culturales; la interrogante es previsible: son derechos individuales o derechos colectivos. Las respuestas han sido variadas. En tanto algunos autores perciben los derechos culturales como colectivos³⁵ otros los visualizan como derechos individuales ejercidos con respecto a una colectividad³⁶ y finalmente otros los estiman como derechos comunitarios.³⁷ El común denominador de estas tres perspectivas es considerar a los derechos cul-

³² Véase Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 271.

³³ Véase Hazucha, Branislav y Kono, Toshiyuki, "Conceptualization of Community as a Holder of Immaterial Cultural Heritage", en Kono, Toshiyuki (ed.), *Immaterial Cultural Heritage and Intellectual Property*, Antwerp-Oxford-Portland, Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development, Intersentia, 2009, p. 153.

³⁴ Véase Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 25.

³⁵ Véase Prout, Lyndel, *op. cit.*, p. 267.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

turales como una contribución en la protección del grupo, en cuya ausencia no podría entenderse el ejercicio de sus derechos colectivos.³⁸ La libertad cultural individual es la que determina la noción, y 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, y ha devenido un prerrequisito para que pueda florecer la libertad cultural individual.³⁹

Es una obviedad sostener que los derechos individuales se explican siempre en contextos sociales. No lo es, pues se debe afirmar que a cada individuo le asisten deberes para su comunidad, en donde únicamente es posible el desarrollo de su personalidad. La libertad cultural se constituye como una garantía para la libertad *in extenso*; la libertad cultural protege no solamente a la colectividad, sino de igual manera los derechos culturales de cada individuo. Si bien los derechos culturales individuales existen independientemente de los colectivos, la existencia de derechos colectivos de libertad cultural, prevé de protecciones adicionales a la libertad individual.⁴⁰

La libertad cultural colectiva, al posibilitar diferentes formas de vida, estimula la creatividad, la experimentación y la diversidad, que son elementos 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, la que hace a las sociedades más dinámicas, más innovadoras y más duraderas.⁴¹

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 materia de cultura, y las convicciones de las elites de las sociedades, están en el origen de lo que puede llamarse

³⁸ Véase Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 28.

³⁹ Véase el Informe General de la UNESCO, *Our Creative Diversity. Report of the World Commission on Culture and Development*, París, 1995, p. 25.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Ibidem*, p. 26.

“derechos culturales” que adquieren la forma de leyes, reglamentos, 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 fines del siglo XIX. La cultura y el derecho 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.

Las reflexiones sobre los “derechos culturales” hasta antes del siglo XX eran dubitativas. Su punto de origen puede ser identificado 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 hablar, escribir, imprimir libremente, salvo cuando deba responder por el abuso de esa libertad en los casos previstos por la ley...”⁴²

Es en esta forma como se da 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. 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.⁴³

En el transcurrir del tiempo, ha resultado inevitable que la libertad de pensar infrinja constantemente el *status quo*, ya que toda limitación es contraria a su esencia. En tanto al *status quo* se le considera como un bien adquirido y estable, la libertad de pensar, por su propia naturaleza, está orientada a la creación y contraria a toda acotación. No debe por lo

⁴² Véase Mesnard, André-Hubert, *Droit et politique de la culture*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 161.

⁴³ *Idem*.

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.⁴⁴

5. *Su extensión*

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

Los derechos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano presuponían, para hacerse efectivos, la abstención del Estado. Lo que se le exigía al Estado era “no hacer”, al igual que “no prohibir”. El individuo podía beneficiarse plenamente de sus derechos, 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 al Estado se hace imprescindible: sólo el poder del Estado es capaz de corregir cierto número de mecanismos económicos o sociales perniciosos.

Otro de los aspectos a ser definidos es la determinación de las personas responsables de hacer efectivos los “derechos culturales”. No es una prerrogativa exclusiva del Estado determinar las condiciones para hacerlos efectivos, 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 ser valorado 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

⁴⁴ *Idem.*

irrestringida la libertad individual. La función de los Poderes Públicos en esta perspectiva debe ser modesta, pero no por ser modesta deja de ser esencial. Ha sido una constante la tentación del control al acceso a la cultura y la proclividad de imponer un modelo hegemónico cultural. Esto es especialmente válido para México que terminó por hacer florecer, entre otros efectos perversos, el arte oficial y el academismo, lo que condujo irremediablemente a la fosilización de la creación y a la perversión de la función cultural por parte 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 de los medios para acceder a la cultura. Este planteamiento es tanto más complejo cuando la experiencia histórica ha demostrado en México, que existe una falta singular de percepción, que le ha impedido a la sociedad mexicana visualizar la evolución cultural y que ha pasado de soslayo 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 la aceptación de la diversidad, de la diversidad étnica y de la 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 su participación plena en la vida cultural. El pluralismo cultural empero quedará como uno de los tantos recursos de retórica, a menos que se acompañen con iniciativas democráticas y que se provean 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.⁴⁵ La identidad cultural, tal y como se ha sostenido, es el conjunto de referencias culturales mediante

⁴⁵ Véase Holt, Sally, “Family, Private Life, and Cultural Rights”, en Weller, Marc (ed.), *Universal Minority Rights. A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 223.

las cuales una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; la identidad cultural ⁴⁶ 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.⁴⁷

A partir de la reforma existe la obligación de reconocer la existencia de diferentes culturas, de asegurar el derecho de nuestros conciudadanos en participar en igualdad de circunstancias en su vida cultural y en el de 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”. Su obligación mínima consiste en proteger la existencia de grupos, especialmente minoritarios de la aniquilación de su asimilación cultural contra su voluntad y de 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 (UNESCO) no debe considerarse como un fin en si mismo, es el reconocimiento de que las diferencias preconstituyen una *conditio sine qua non* para el dialogo. En este orden se postula la necesaria reconciliación de la pluralidad con una ciudadanía común: reconocer la pluralidad por parte del Estado sin 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 para los efectos nocivos de la globalización.

6. La política cultural

El acceso a la cultura presupone necesariamente una política cultural. El término “política cultural” tiene una resonancia decididamente contemporánea.⁴⁸

⁴⁶ Véase Stavenhagen, Rodolfo, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷ Véase “Proyecto de declaración sobre los derechos culturales. Apéndice C. Entenderse acerca de los derechos culturales. En la obra colectiva”, en Niec, Halina (dir.), *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, *cit.*, p. 319.

⁴⁸ Véase Pontier, Jean Marie *et al.*, *op. cit.*, p. 280.

Ésta evoca la relación entre la cultura y el poder público. La historia entre la cultura y el poder público nunca ha sido lineal. Esta historia no se presenta como una evolución entre los extremos de una carencia de política cultural por una parte y una política cultural, mala o buena, restringida o extensiva, pero con trazos perfectamente definidos, por la otra. Esta evolución ha estado preñada de motivaciones sustancialmente diferentes que llama a la prudencia en el análisis, especialmente en la evaluación en el tiempo de las diferentes perspectivas de la política cultural.

La “política cultural” suscita una interrogante fundamental que es la función cultural del poder público. En lo que parece haber unanimidad en este orden, es en la custodia del patrimonio cultural material 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 que es la preservación del conocimiento universal. El patrimonio cultural material 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 patrimonio cultural material del Estado mexicano; en esta forma el patrimonio cultural material debe descubrirse, conservarse, acrecentarse y difundirse. La noción del 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 los “derechos culturales”, cuyo vértice es considerar a la cultura como una actividad de interés general y el objeto de una función pública. La función pública tiene como propósito dar satisfacción a una necesidad de interés público.

Afirmar la función pública en un ámbito específico es sostener una posición de principio: es reconocer que este ámbito presenta un carácter de interés general, al que los poderes públicos deben necesariamente atender, respecto al cual no pueden eludir su responsabilidad y que inevitablemente deben reglamentar y financiar.

La expansión del ámbito cultural se realiza de manera continua, a través de 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 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 una clara inadecuación entre el elemento del *imperium* del Estado mexicano con los derechos culturales.

En el mismo tenor, se disipa el grave equívoco de recurrir a la noción clásica orgánica de servicio público⁴⁹ 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 por desarrollar las 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, tanto en la escala individual como colectiva, lo que pone en predicamento la noción orgánica clásica del servicio público y reafirma por el contrario la noción de política pública cultural.⁵⁰

La tendencia a aproximar la actividad cultural al servicio público ha provocado que se haya tratado de asimilar las actividades culturales 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 en esta forma 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.

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 requiere no solamente la tolerancia de la diversidad, sino simultáneamente una actitud positiva del pluralismo cultural por parte de los poderes públicos y de la sociedad mexicana en su conjunto.

⁴⁹ Véase Mesnard, *op. cit.*, p. 181.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 186.

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. 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. Los órganos legislativos no pueden imponer legalmente el respeto y menos obligar a la sociedad a observarlo; si están obligados, empero a preservar la libertad cultural como uno de los fundamentos del Estado mexicano; corresponde por igual a los poderes públicos salvaguardar “el acceso a la cultura”; conforme al nuevo texto constitucional están 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”.⁵¹

IV. LAS DIFICULTADES EN LA ARTICULACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

1. *Introducción*

El análisis del artículo 4o. y la 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 del 2003 sobre la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (Convención de la UNESCO del 2003).⁵² Es en este contexto donde puede apreciarse la emergencia del primado del conocimiento tradicional de las expresiones y de las prácticas culturales como uno de los vértices del patrimonio cultural inmaterial y, en tanto tal, en una de las premisas que conforman el nuevo modelo cultural nacional que constituye el nuevo orden cultural mexicano.

⁵¹ Véase el informe general de la UNESCO, *Our Creative Diversity. Report of the World Commission on Culture and Development*, París, 1995, p. 39.

⁵² México quedó vinculado a esta Convención el 14 de diciembre del 2005 y la Convención entró en vigor el 20 de abril del 2006 en el ámbito internacional. Véase el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de marzo del 2006.

Este nuevo orden jurídico 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 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.⁵³

El desafío cultural que plantea este nuevo marco normativo para nuestra sociedad es claro: asegurarles a las siguientes generaciones que su patrimonio cultural inmaterial pueda transmitirse generacionalmente, como un activo viviente, en donde la historia se reconstituya y vuelva a experimentarse,⁵⁴ y 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 patrimonio cultural inmaterial y el de la legislación de la propiedad intelectual.

La pertinencia obliga a repasar los fundamentos que determinan la legislación de la propiedad intelectual que difieren en sustancia de los que gobiernan el patrimonio cultural inmaterial. En el régimen tradicional de la propiedad intelectual, la forma material es un elemento que siempre es considerado. 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 protección de los derechos exclusivos de un individuo o de una corporación en la explotación de productos huma-

⁵³ Kono, Toshiyuki, "Convention for the Safeguarding of Inmaterial Cultural Heritage. Unresolved Issues and Unanswered Questions", en Kono, Toshiyuki (ed.), *Inmaterial Cultural Heritage and Intellectual Property. Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, cit., p. 6.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 7.

nos específicos provenientes de la invención humana que propicia a su vez más creatividad. Sin embargo, y es necesario puntualizarlo, esta premisa limita el acceso y la diseminación de la información al público en general. La 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.⁵⁵

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 patrimonio cultural inmaterial, 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 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 para ejercerla y diseminarla. La permisividad de su transmisión se determina conforme a una serie de calificaciones culturales. Las numerosas restricciones se observan particularmente en relación al material sagrado o al secreto religioso, extraños en su protección a la legislación de la propiedad intelectual. La categoría temporal le es ajena al patrimonio cultural inmaterial que está continuamente evolucionando y se recrea a través de los siglos. El patrimonio se inserta en una perspectiva holística,⁵⁶ en la que todos sus aspectos se encuentran interrelacionados.⁵⁷

La interrogante es natural: resulta oportuno y viable que la actual legislación de propiedad intelectual pueda desarrollar un régimen jurídico del patrimonio cultural inmaterial? La respuesta no sólo es negativa sino condenatoria: su ámbito no corresponde al de la legislación de la propiedad intelectual, ya que responde a fundamentos y objetivos totalmente

⁵⁵ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁶ Hazucha, Branislav *et al.*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁷ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 19.

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.⁵⁸

Los postulados de la legislación intelectual contradicen sustancialmente la naturaleza colectiva de las expresiones culturales tradicionales y cualquier otra expresión de folclore. Para las comunidades tradicionales e indígenas, la noción misma de comunidad en su conjunto se constituye en el receptáculo de la guardia y custodia del patrimonio.⁵⁹

La legislación de la propiedad intelectual en términos actuales impide la transmisibilidad derivativa e intergeneracional del patrimonio cultural inmaterial, ya que protege exclusivamente las obras originales y creativas y recurre con asidua comodidad a su expresión más obvia, como es su manifestación material. La naturaleza misma del patrimonio cultural inmaterial es excluyente de estos elementos de composición; su forma de transmisión casi exclusivamente en forma oral⁶⁰ lo impide frontalmente.

Las expresiones de las tradiciones y prácticas culturales, así como cualquier otro proceso social, exceden del ámbito de la legislación de la propiedad intelectual. Los postulados fomentados por Occidente, empero, 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 prevalecerse de ella en forma exclusiva.⁶¹

Esta tendencia de considerar al patrimonio cultural inmaterial como propio del dominio público, resulta por lo tanto altamente preocupante, por no decir aberrante. 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 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 patrimonio cultural inmaterial no se le puede adscribir al Estado precisamente por su

⁵⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁶¹ *Ibidem*, p. 120.

carencia de tangibilidad; a ello habría que agregar que existe una clara imposibilidad de adscripción al patrimonio del Estado por su naturaleza evolutiva y sus diferentes formas de transmisión. En consecuencia, estos derechos le pertenecen en forma exclusiva e inevitable a los grupos o comunidades. Las tradiciones o expresiones culturales se encuentran fuera de los museos, están en las comunidades y, lo que es más significativo, se encuentran bajo la autoridad de éstas.⁶²

La diversidad cultural y del desarrollo sostenido de los grupos o comunidades culturales, así como la salvaguardia de su patrimonio debe ser considerada como de interés público y se le debe tomar en cuenta en la reformulación de la legislación de la propiedad intelectual, la cual debe significarse por ser un vehículo y no un obstáculo en la consecución de estos propósitos.⁶³

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 dicho patrimonio un poder del 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 en la tradición liberal occidental, que se modela sobre el individualismo y la noción de libertad.⁶⁴ 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 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 comunidades carecen de un vocablo para evocar al “artista”. Al individuo o individuos que crean el “arte tradicional” se les adscribe la responsabilidad de perpetuar las tradiciones. A este individuo o individuos que realizan esta “creación artística”, que se preserva

⁶² *Ibidem*, p. 30. Véase igualmente Kurin, R., “Museums and Intangible Heritage: Culture Dead or Alive?”, *ICOM. News*, núms. 4-7, 2004, disponible en http://palimpsests.stanford.edu/icom/pdf/E_news2004/p7_2004-4.pdf.

⁶³ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁴ Hazucha, Branislav *et al.*, *op. cit.*, p. 149.

a través de generaciones por las comunidades, se les considera como los custodios o guardianes de las tradiciones culturales que provienen de sus ancestros.⁶⁵

La tendencia occidental de extender los fundamentos de la legislación de la propiedad intelectual al ámbito del patrimonio cultural inmaterial acusa pues serias insuficiencias.⁶⁶ 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.⁶⁷

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 del 2003. El desarrollo de inventarios, su operatividad, los vínculos de los grupos o comunidades con su patrimonio cultural inmaterial y las consecuencias de legalidad en los grupos o comunidades.

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

Conforme a la reforma constitucional y la Convención del 2003, resulta imperativo identificar a los grupos o comunidades culturales, quienes deben ser necesariamente consultados en la elaboración de los inventarios y establecer los vínculos entre el patrimonio cultural inmaterial 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.⁶⁸ Aun cuando la Convención del 2003 no contenga ninguna definición de grupo o comunidad, es claro que su elemento de cohesión

⁶⁵ *Ibidem*, p. 150.

⁶⁶ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁷ Kojima, Ryu, "Prior informed Consent. An intellectual Property Law Perspective", en Kono, Toshiyuki (ed.), *Inmaterial Cultural Heritage...*, *cit.*, p. 316.

⁶⁸ Hazucha, Branislav *et al.*, p. 146.

es la historia compartida. Un grupo de individuos puede ser caracterizado como una comunidad si existe una conectividad histórica, que se identifica por el uso continuo y la transmisión intergeneracional de su patrimonio cultural inmaterial,⁶⁹ es la “preteridad” a la que se refiere T. S. Elliot.⁷⁰

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 patrimonio cultural inmaterial 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.

Desde luego, persiste la controversia cuya resolución no debe soslayarse, en torno a los derechos comunitarios de propiedad sobre el patrimonio cultural inmaterial. Lo que resulta incontrovertible es que es al grupo o comunidad a quien 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 consiguiente, en el diseño de las medidas que deberán de adoptarse en las prácticas y procesos que crean los conocimientos tradicionales y prácticas culturales.⁷¹

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 la que las comunidades o grupos se estructuran, y conforme a la cual ejercen la guardia y custodia de su patrimonio cultural inmaterial. 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 considera inválida e irrelevante conforme a las reglas y normas eurocéntricas⁷² de las que abreva nuestra legislación.

⁶⁹ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁰ Elliot, T. S., *Tradition and the individual talent. Selected Prose*, Keromode, Frank (ed.), London, Faber and Faber, 1975, p. 38.

⁷¹ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 34.

⁷² Mgbreoji, Ikechi, “On the shoulders of the ‘Other’ed”. Intellectual Heritage and the Persistence of Indigenous People’s Texts and Inter-texts in a Contextual World”, en Kono, Toshiyuki (ed.), *Inmaterial Cultural Heritage...*, *cit.*, p. 220.

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 patrimonio cultural inmaterial, de su diseminación y de su creatividad en el futuro.⁷³

La expresión jurídica de la estructura del grupo o comunidad significa un desafío, ya que casi siempre ésta es informal, carece de institucionalidad conforme a los criterios euro céntricos, pero revela estrechos vínculos con la tierra ancestral, los espacios culturales y las tradiciones.⁷⁴

4. *Los inventarios culturales*

La inscripción en la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad de la lengua, danza y música del grupo étnico zambo Garifuna en la región centroamericana (fundamentalmente en Belice); el Carnaval de Oruro, en Bolivia; la Cofradía de los Congos del Espíritu Santo de Villa Mella, en la República Dominicana, y el patrimonio oral y las manifestaciones culturales del pueblo Zápara en el Ecuador y en el Perú, son claras expresiones del patrimonio cultural inmaterial. La riqueza del patrimonio mexicano no admite que el Estado nacional quede a la zaga en su registro, ni tampoco tolera el letargo burocrático para realizarlo.

Sostener que el ámbito de la Convención del 2003 se agota en la formulación de inventarios de conocimientos tradicionales, prácticas y expresiones culturales, no sería más que una torpeza. Sería tanto como postular que el patrimonio cultural inmaterial podría ser encapsulado en una lista. Es la institucionalización de actividades, proyectos y programas que deben crearse en la salvaguardia del patrimonio la que debe prevalecer,⁷⁵ pues éste es dinámico por naturaleza, está en constante movimiento y su codificación podría impedir su creatividad y espontaneidad o bien provocar su fosilización.⁷⁶ *Verbi gratia*, Cambodia presentó en el

⁷³ Hazucha, Branislav *et al.*, *op. cit.*, p. 157.

⁷⁴ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 37.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁷⁶ *Idem*. "Presentation of a New Book: An Inventory of the Inmaterial Cultural Heritage in Cambodia", UNESCO, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=19674&URL_DO=DO_PRINT-PAGE&URL_SECTION=201.html.

2004 un inventario de su patrimonio cultural inmaterial en el que se describe la diversidad de su arte, de sus tradiciones orales, de sus lenguas de minorías, de su poesía, de su folclore, de sus artesanías, de su literatura, entre otros.⁷⁷

Los retos que representa la documentación de las expresiones y prácticas culturales son claros: la forma en la que esta documentación puede incidir en las formas de su transmisión, que tiene el riesgo de estandarizarla. En esa forma, 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 del 2003.⁷⁸

La formulación de inventarios conlleva graves inconvenientes como es su digitalización o la misma documentación, pero finalmente también significa acciones positivas, que evitan que el patrimonio cultural inmaterial pudiera desvanecerse. Las obligaciones internacionales asumidas por el Estado mexicano lo compelen a la elaboración de inventarios de nuestros grupos y comunidades.

Conforme a la reforma constitucional y a la Convención de la UNESCO del 2003, debe identificarse a los grupos o comunidades culturales, quienes serán consultados en la elaboración de los inventarios y en el establecimiento de los vínculos entre el grupo y la comunidad, y su patrimonio cultural inmaterial.⁷⁹

Las obligaciones internacionales asumidas por el Estado mexicano lo compelen a la elaboración de inventarios de nuestros grupos y comunidades, mismos que deberán seguir los siguientes criterios:

- a) Identificar debidamente a nuestros grupos y comunidades y a sus representantes.
- b) Asegurar que únicamente el patrimonio cultural inmaterial reconocido por el grupo o la comunidad sea el que se inventariará o se proponga para su listado.
- c) Asegurar que el permiso previo de la comunidad o grupo se obtenga para su inventario.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Véase en <http://unesco.org/images/0014/001445/144592e.pdf>.

⁷⁹ Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 30. Véase igualmente Kuruk, P., "Cultural Heritage. Traditional Knowledge and Indigenous Rights: An Analysis of the Convention for the Safeguarding of Inmaterial Cultural Heritage", disponible en www.austlii.edu.au/journals/MqJICEL/2004/5.htm.

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

e) Respetar las prácticas costumbristas que gobiernen el acceso al patrimonio cultural inmaterial.

g) Obtener el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad o grupo para que su patrimonio cultural inmaterial sea incluido en la lista de la Convención.⁸⁰

La protección del patrimonio cultural inmaterial 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.⁸¹

La diversidad sostenida depende de la capacidad del ser humano de 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” 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.⁸²

5. Una nueva forma de propiedad

La documentación del conocimiento tradicional y del patrimonio resulta esencial para su preservación y su protección. Los requerimientos del inventario serán necesariamente diferentes si se pretende reservar la información. Es necesario establecer esquemas de clasificación apropiados para estructurar el conocimiento tradicional y prácticas culturales de las comunidades o grupos. Someter a procesos informáticos el conocimiento tradicional y el patrimonio cultural inmaterial constituye una

⁸⁰ Véase Chaydhuri, Shubha, “Who is the ‘Holder’ of inmaterial cultural heritage. Revisiting the Concept of Community from an Inmaterial Cultural Heritage Perspective”, en Kono, Toshiyuki (ed.), *Inmaterial Cultural Heritage...*, cit., p. 199.

⁸¹ Véase Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 39.

⁸² Véase Arantes, Antonio de, “Heritage as Culture. Limits, Uses and implications of inmaterial cultural heritage inventories”, en Kono, Toshiyuki (ed.), *Inmaterial Cultural Heritage...*, cit., p. 199. Véase Kono, Toshiyuki, *op. cit.*, p. 75.

fuentes para la creación, pero exige el desarrollo de una nueva forma de propiedad multidimensional que debe ser propia del patrimonio cultural inmaterial.

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.⁸³

Es necesario crear nuevos paradigmas en los regímenes de propiedad que tiendan a proteger, preservar y salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial, a través de diferentes métodos en la salvaguardia del patrimonio que maximicen los beneficios sociales y minimicen simultáneamente los costos sociales de las comunidades, de las sociedades y de la humanidad en su conjunto,⁸⁴ y que valore el vínculo estrecho entre el conocimiento tradicional y el patrimonio, cuyo común denominador es el talento de las personas.⁸⁵

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.⁸⁶ Las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial representan acreencias de valores comunitarios, creencias y órdenes sociales. Estas manifestaciones son generalmente incompatibles 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.

Estos derechos 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

⁸³ Véase Hazucha *et al.*, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 232.

⁸⁵ Véase Gupta, Vinod, “India’s TKDL: Definition and Classification of Immaterial Cultural Heritage and Traditional Knowledge in the context of Inventory Making”, en Kono, Toshiyuki (ed.), *Immaterial Cultural Heritage...*, *cit.*, p. 111.

⁸⁶ Véase Hazucha, Branislav, *op. cit.*, p. 244.

cultural es patrimonio de la humanidad y es esencial en el desarrollo sostenido.⁸⁷

Occidente, y México no es la excepción, ha propugnado por asegurar incentivos económicos que estimulen el esfuerzo intelectual y creativo. Este objetivo contrasta empero con el patrimonio cultural inmaterial cuyo propósito consiste en la promoción del mantenimiento cultural, en la custodia de esos derechos y en la protección de su integridad y las fuentes de sus expresiones culturales tradicionales.⁸⁸

Es indudable que una diseminación exitosa es lo 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 trasgresor de la regla, sino a los propios beneficiarios del patrimonio cultural inmaterial.⁸⁹

La complejidad de los procesos sociales conforme a los cuales se adquieren las diferentes formas del patrimonio, transmitido o modificado se ha convertido en uno de los argumentos centrales para negarle cualquier protección bajo la legislación de la propiedad intelectual euro céntrica.

V. EPÍLOGO

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

Por una parte, se distingue entre “cultura individual” que se considera como una “cultura patricia” y, por otra parte, “cultura de masas” que se conceptúa como “cultura plebeya”; esta última que se caracteriza por una “estandarización” de las referencias culturales que le son comunes a todos los consumidores, por su gran aptitud para 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”.⁹⁰ A la “cultura litera-

⁸⁷ *Ibidem*, p. 232.

⁸⁸ Véase Janke, Terri, “Indigenous Inmaterial Cultural Heritage and Ownership of Coyright”, en Kono, Toshiyuki (ed.), *Inmaterial Cultural Heritage...*, *cit.*, p. 185.

⁸⁹ Véase Chaydhuri, Shubha, *op. cit.*, p. 201.

⁹⁰ Véase Pontier, Jean Marie *et al.*, *op. cit.*, p. 8.

ria”, que hasta hace una época reciente era la más ponderada, se le consideraba como parte indispensable de cualquier individuo pues lo proveía de los elementos necesarios para explicar la existencia y la conducta humana. Esta “cultura clásica” parece súbitamente estar reemplazada por la “cultura técnica”. La “cultura técnica” 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 al universo y que ha modificado nuestros hábitos en forma espectacular.⁹¹

Nuestro tiempo posiblemente vea empezar 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.⁹²

Estas nociones se encuentran inmersas en los procesos de globalización, desigual y asimétrico, que dan cuenta de fenómenos de “aculturación” relativos a procesos de recepción, voluntaria o impuesta, a 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. El elemento de sincretismo es fundamental. La noción de “aculturación” conlleva desde luego el proceso de “desculturación”, que es la pérdida o alteración de un grupo o comunidad de sus referencias a un modelo cultural, cuyas raíces están fuertemente ancladas en el tiempo.

Por ello, es necesario repensar la política cultural del Estado;⁹³ debe enfocarse a las actividades multiculturales; la diversidad ha resultado ser una fuente inagotable de creatividad. 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 inno-

⁹¹ *Ibidem*, p. 9.

⁹² Véase el informe general de la UNESCO, *Our Creative Diversity. Report of the World Commission On Culture and Development*, París, UNESCO, 1995, p. 39.

⁹³ *Ibidem*, p. 25.

vación; en el otro extremo es la modernidad la que enfrenta a la tradición y hace que se generen procesos de aculturación, pero que provoca suspirios por el proceso inverso de “desculturación”.

El entorno a los “derechos culturales” seguirá fatalmente predestinado por la noción de “cultura”. La cultura determina al derecho, como el derecho determina la cultura. La exploración de los vínculos entre derecho y cultura producirá los frutos esperados cuando se trascienda de las categorías jurídicas tradicionales. La interrogante es bajo qué condiciones es posible comprender el derecho que pueda regular la cultura o la cultura que pueda coadyuvar con los juristas para mejor entender el derecho, es una interrogante que tiene una fuerte connotación histórica. 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 que provienen de 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, debe analizarse los términos en los que se han articulado, sin soslayar desde luego las peripecias políticas que han propiciado su desestabilización, o su reestabilización en diferentes circunstancias históricas. Lejos de determinar en forma definitiva y autoritaria la forma en que derecho y cultura interactúan, se debe privilegiar 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 derecho y cultura, y cómo esta interacción se ha visto alterada por el poder público, que al igual que legitima algunas identidades, deslegitima otras.⁹⁴

El significado del patrimonio cultural inmaterial es que captura, transmite y modifica la normativa de las reglas y concepciones de las comunidades o grupos. El patrimonio cultural inmaterial contiene métodos de comunicación y transmisión de significados, conocimientos e información entre los ciudadanos y sus relaciones con el universo. El proceso autorial es compartido. La imagen mítica del autor solitario es la excepción y no la regla.⁹⁵

⁹⁴ Véase Pontier, Jean Marie *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁵ Véase Véase Mgbreoji, Ikechi, *op. cit.*, p. 221.

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, en tiempos recientes, es posible identificar 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 del 2003, constituyen sin duda una de las metamorfosis más profundas de la concepción cultural del Estado mexicano; 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 sostiene que: “...en el siglo XXI el desarrollo o es cultural, o no habrá desarrollo...”.