



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE DOCTORADO

LA *EMERGENCIA* DE LOS DERECHOS CULTURALES.
LOS DERECHOS CULTURALES COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD DE LOS
DERECHOS HUMANOS

Tesista:

Mg. Lucía Carolina Colombato

Dirección y Co-dirección:

Dr. Alejandro Médici

Dra. Ana María T. Rodríguez

Mendoza, 2023

Dedicatoria

A Lautaro, que no suelta mi mano

Agradecimientos

A mis compañeras y compañeros de la Asociación Pampeana de Conservación del Patrimonio Cultural, que me impulsaron hace 23 años a indagar sobre los derechos culturales.

A mis compañeras y compañeros de la Comisión Provincial de Patrimonio Cultural (Ley 2.083), por los 18 años de reflexión, discusión y gestión.

A mis colegas del Grupo de Trabajo en Investigación Derechos Humanos, Políticas Públicas y Sistemas Internacionales de Protección, FCEyJ-UNLPam que cobijaron las iniciativas y proyectos de investigación en que se gestó esta tesis.

A mis compañeras y compañeros del Grupo de Estudios en Derechos Culturales de Argentina por los debates, las discusiones y por el abrazo.

A mi equipo de dirección por el apoyo, la crítica constructiva y la guía.

A las Dras. Paola Rodríguez y Helga Lell por sus lecturas, comentarios y aportes.

A mis colegas de las cátedras de Fundamentos de Derecho Privado, Teoría del Acto Jurídico, Derecho Civil, Derecho Internacional Público y Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, por el trabajo compartido y la creatividad.

A mis estudiantes de grado y posgrado, por el desafío.

A mi primera lectora, mi madre.

Índice

Índice.....	5
Introducción. Una mirada crítica y contextual sobre derechos humanos como punto de partida	7
Presentación.....	7
Objetivos, hipótesis y propuesta metodológica	13
Orientaciones teóricas de partida.....	17
1. Comprender derechos humanos como productos culturales.....	17
2. Adoptar una posición crítica y contextual de derechos humanos	22
3. Reconocer que los derechos humanos pueden desempeñar una función reguladora o emancipadora	28
4. Inscribir a los derechos culturales en el marco de las disputas a que da lugar la diferencia colonial, en tanto pone en tensión a la cultura global hegemónica.....	31
Los derechos culturales en clave emancipadora	36
Capítulo I: El Derecho Internacional de la Cultura. Trayectoria de las Políticas Culturales Internacionales.....	41
1. Los orígenes.....	41
2. La primera generación de políticas culturales	46
3. La segunda generación de políticas culturales.....	54
4. La tercera generación de políticas culturales.....	55
5. Conclusiones preliminares:.....	60
Capítulo II. De la protección internacional a los Derechos Culturales. La cultura como derecho humano.....	63
1. Los derechos culturales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	63
2. Trayectoria normativa.....	64
3. Tratamiento de los derechos culturales en los órganos internacionales de protección de derechos humanos	79
5. Conclusiones preliminares.....	95
Capítulo III: ¿Son los derechos culturales derechos humanos?	97
1. Aportes a la definición de los derechos culturales	98
2. ¿Cómo se garantizan los derechos culturales?.....	106
a) Las garantías jurídicas	106
b) Las garantías políticas y sociales	108
3. Conclusiones preliminares: El rol actual de los derechos culturales	116
Capítulo IV: Derecho a la autoidentificación cultural.....	119
1. Consideraciones generales.....	119
2. Contenido del derecho a la autoidentificación cultural en el <i>corpus iuris</i> internacional de los derechos humanos	120
3. Contenido del derecho a la autoidentificación cultural en la jurisprudencia internacional.....	127

4. Contenido del derecho a la autoidentificación cultural en documentos doctrinarios.....	133
5. Dimensiones del derecho a la autoidentificación cultural	135
6. Obligaciones y amenazas.....	137
7. Conclusiones preliminares.....	149
Capítulo V: Derecho a la memoria.....	151
1. Consideraciones generales.....	151
2. Debates teóricos	153
3. Luchas memoriales y derechos humanos	155
4. Contenido del derecho a la memoria en el <i>corpus iuris</i> internacional de los derechos humanos	157
5. Contenido del derecho a la memoria en decisiones de la CoIDH y la CIDH.....	166
6. Contenido del derecho a la memoria en normas internas de Argentina	170
7. Proyecciones del derecho a la memoria en relación con la violencia estructural frente a los pueblos indígenas, las mujeres y otros colectivos vulnerados.....	171
8. Dimensiones del derecho a la memoria.....	174
9. Obligaciones y amenazas.....	176
10. Conclusiones preliminares.....	186
Capítulo VI: El derecho humano al (a los) patrimonio(s) cultural(es)	189
1. Contenido esencial del Derecho Humano a los Patrimonios Culturales	189
2. Tres dimensiones del derecho humano a los patrimonios culturales	192
3. Principios básicos.....	208
4. Obligaciones y amenazas.....	218
5. Conclusiones preliminares.....	229
CONCLUSIONES	233
1. Objetivos alcanzados e hipótesis confirmadas.....	233
3. ¿Cómo contribuyen los derechos culturales a la realización plena de los derechos humanos?	238
4. Nuestra definición de derechos culturales	242
5. Proyección a futuras investigaciones	246
BIBLIOGRAFÍA	247
ANEXOS.....	261
CRONOLOGÍA DE LA ACCIÓN NORMATIVA DE UNESCO SOBRE DERECHOS CULTURALES - DESCRIPCIÓN	261
CRONOLOGÍA DE LA ACCIÓN NORMATIVA ICOMOS – DESCRIPCIÓN	275
CRONOLOGÍA DE LA ACCIÓN NORMATIVA DE LA OMPI - DESCRIPCIÓN	277

Introducción. Una mirada crítica y contextual sobre derechos humanos como punto de partida

Presentación

Esta investigación está situada en el Sur de Latinoamérica, más precisamente en La Pampa, Argentina.

Cuando señalamos el Sur¹ como el lugar de producción de conocimiento en que nos insertamos, nos referimos no solamente a una posición geográfica y contextual sino, fundamentalmente, a un sitio epistémico.

Los estudios del derecho rara vez involucran análisis que vayan más allá del momento de la elaboración normativa y la aplicación del texto legal por los operadores políticos y judiciales, lo que implica una mirada muy reducida del fenómeno jurídico.

Por eso, como ya lo hicimos en la Tesis de Maestría en Estudios Sociales y Culturales², nos propusimos no limitar nuestra indagación a la actuación del Estado, las élites políticas y otros grupos hegemónicos, sino intentar una mirada del proceso de emergencia y consolidación de los derechos culturales que contemplara el rol de otros actores políticos subalternos –como los movimientos sociales y otras entidades de la sociedad civil– usualmente excluidos de la narrativa jurídica sobre derechos humanos.

La perspectiva abstracta, centrada en el positivismo jurídico, sigue siendo la principal y en muchos casos la única en las investigaciones de los y las abogadas. Esa mirada es también a–histórica. Los contextos sociohistóricos de producción de las normas jurídicas son referenciados solo como un detalle, cuando no directamente ignorados por los estudiosos del derecho. Es monocultural, ya que se reduce a los sistemas jurídicos de occidente y, en nuestro caso, fundamentalmente en los de raíz

¹Nos referimos al sur global, una categoría de análisis superadora de la noción de Tercer Mundo, que va más allá de la referencia geográfica para dar cuenta de un lugar de enunciación epistémica y que consideramos expresa más adecuadamente la complejidad del mundo contemporáneo.

²Colombato, Lucía (2015)“Avances, frenos y retos de la consolidación del derecho humano al(os) patrimonio(s)cultural(es) desde La Pampa (1994-2013)”. Tesis para optar al título de Magister en Estudios Sociales y Culturales (FCH-UNLPam). Una revisión de dicha tesis ha sido publicada en 2016 como “El derecho humano a los patrimonios culturales. Avances, frenos y retos de su consolidación desde La Pampa”, en el marco de la Convocatoria 2015 a Libros Académicos de Interés Regional (EdUNLPam, 2016), en la que fue seleccionada en primer lugar del orden de mérito.

romana, es decir aquellos de la Europa continental. Y es postviolatoria, ya que solo se ocupa de los derechos humanos, cuando estos ya han sido vulnerados.

La mirada que proponemos en esta tesis parte del reconocimiento de los derechos humanos como fenómenos sociohistóricos y, por ende, culturales, lo que implica situarlos no en el plano de los valores trascendentes, sino en el contexto de su producción y ejercicio. De este modo, se busca una interacción del saber jurídico con otros saberes y conocimientos de las comunidades, que se encuentran anclados en un territorio determinado y en un escenario político y social de disputa por derechos.

La investigación realizada para la elaboración de la tesis de maestría a la que nos referimos antes constituye entonces el puntapié inicial o punto de partida de esta tesis doctoral, que pretende ir más allá, abarcando el análisis de otros derechos culturales, entre los que se incluye el derecho a los patrimonios culturales, desde una perspectiva más amplia y compleja como lo es la del derecho internacional de los derechos humanos.

Es así que problema de la investigación se ubica en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más precisamente de aquellos cuyo desarrollo se instala a partir de la década de 1990 hasta la actualidad, en el llamado proceso de especificación o concreción (Peces Barba, 1995, p. 180). Es a partir de esta década que la cuestión de la diversidad étnico-cultural aparece en la agenda política y jurídica de los estados latinoamericanos, en particular de la región andina. La preocupación por la diversidad cultural se vincula a los trascendentes avances tecnológicos que se vienen produciendo desde la década de 1970 en el mundo desarrollado; en particular, los del campo de la informática y las telecomunicaciones, que aceleraron y profundizaron las tendencias globalizantes del capitalismo, favoreciendo su impacto geográfico a nivel mundial (Borón, 1999, p. 223). La globalización, si bien tiene un potencial homogeneizador de las producciones culturales, ha permitido a la vez transnacionalizar movimientos sociales³, generando un escenario político, social y cultural en el que se reivindica la diversidad cultural.⁴

³Nos referimos aquí a los llamados ‘nuevos’ movimientos sociales, es decir, a la categoría analítica que parte de las teorías materialistas y que reconoce entre sus exponentes a Touraine y Laclau. En este sentido, los movimientos sociales no se explican exclusivamente en términos de pujas distributivas, sino que activan mecanismos que operan en el plano de los sentidos y que buscan una transformación cultural. Touraine (1987) define a los movimientos sociales como “conductas colectivas cuyos objetivos se centran en transformar o adaptar aspectos de las relaciones sociales vinculadas a los principales recursos culturales como la producción, el consumo, el conocimiento, los derechos, las reglas éticas, la libre orientación sexual, etc.” y los caracteriza a través de tres principios: identidad, oposición y totalidad. Por su parte Laclau (2013) siguiendo a Gramsci, considera que los movimientos son actores contrahegemónicos que crean demandas e identidades nuevas que se expresan dentro de la articulación hegemónica, buscando transformarla.

⁴No debe perderse de vista que la cuestión de la diversidad cultural puede ser abordada desde diferentes miradas. En los extremos, podemos mencionar una posición de corte más liberal, que describe y se jacta de tolerar, o mejor dicho, soportar el ‘problema’ de las minorías. Otra crítica, que considera a la interculturalidad y a la diferencia colonial como indicativas de una realidad política, económica y socio cultural necesitada de descolonización y transformación (Walsh, 2007, p. 56).

Estos fenómenos, en apariencia contradictorios, han sido estudiados, entre otros, por Boaventura de Sousa Santos quien define la globalización como “el proceso por el cual determinada condición o entidad local extiende su influencia a todo el globo y, al hacerlo, desenvuelve la capacidad de designar como local otra condición social o entidad rival” (2009, p. 12). De ese modo, sostiene que “en términos analíticos sería correcta la utilización del término localización, en vez de globalización, para designar la presente situación. El motivo de preferencia de este último término es que el discurso científico hegemónico tiende a privilegiar en la historia del mundo la versión de los vencedores” (2009, p. 12). Este análisis permite distinguir formas de producción de globalización: a) el localismo globalizado, o globalización de un suceso local; b) el globalismo localizado, o impacto de prácticas transnacionales en las condiciones locales; b) el cosmopolitismo, entendido como subalterno, es decir, como solidaridad transnacional de los explotados, oprimidos, excluidos; y d) lo que llama patrimonio común de la humanidad, en relación a la emergencia de una agenda de temas globales con un importante desarrollo en el derecho internacional que, a la vez, han originado fuertes resistencias (Santos, 2009, p. 13).

Es así que, contemporáneamente, las demandas de los grupos tradicionalmente postergados, como los pueblos indígenas, se ven influidas por una serie de factores que Briones identifica como: 1) “la internacionalización de la diversidad como derecho humano y valor” (Briones, 2005, p. 10), 2) “la multiplicación de agencias y arenas vinculadas a la gestión de la diversidad” (Briones, 2005, p. 11); 3) la posibilidad de que opere una transnacionalización de los movimientos en apariencia particularistas -como los indígenas- que se inscriben ahora en escenarios globales.

Esa situación determina que “el escenario de la política en las naciones de nuestro continente se ha orientado cada vez más a luchas por recursos y derechos –o, más exactamente, a luchas por derechos a recursos– centradas en la idea de identidad” (Segato, 2010, p. 14).

En este contexto, señala Briones (2005), operan al menos tres paradojas: 1) el reconocimiento de derechos particulares va de la mano de la conculcación de derechos universales económicos y sociales; 2) se promueve una politización de las identidades en contextos de despolitización de la política; 3) los reconocimientos simbólicos de las agencias multilaterales, rara vez van acompañados de redistribución de recursos. En el mismo sentido, sostiene Martín– Barbero que:

Los permanentes homenajes a la diversidad cultural que encontramos hoy, no solo de parte de los gobiernos y las instituciones públicas internacionales, sino también de organizaciones del ámbito empresarial de las industrias culturales, son inversamente proporcionales a lo que sucede en el plano de las políticas que protegen y estimulan esa diversidad. (Martín-Barbero, 2010, p. 150)

Consideramos que las políticas globales de UNESCO, en gran medida, han contribuido a profundizar la homogeneización cultural que luego se enuncia como amenaza a la diversidad cultural en los Convenios de 2003 sobre “Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial” y 2005, sobre la “Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales”, aprobados a instancias de dicho organismo especializado. Volveremos sobre esta cuestión en el capítulo I.

En Latinoamérica, la construcción del mito de la identidad nacional se desarrolló sobre un proceso de ‘desetnicización’ (Grimson, 2006), de ocultamiento de todo lo que pudiera considerarse no– blanco, que tuvo como antagonistas en primer lugar a los indígenas, luego a ciertos extranjeros (anarquistas, socialistas), más adelante a los ‘cabecitas negras’ del ‘interior’ y finalmente a los inmigrantes limítrofes.

La invisibilización de la diversidad cultural dio lugar a un “...mestizaje –crisol de razas, *trípode das raças, cadinho*– [que] se impuso entre nosotros como etnocidio, como cancelamiento de la memoria de lo no-blanco por vías de fuerza” (Segato, 2010, p. 26).

Esta práctica se consolida tachando el racismo del imaginario nacional (Gargallo, 2006), de modo tal que:

la metáfora del crisol usada para construir una imagen homogénea de nación ha ido inscribiendo prácticas de discriminación generalizada respecto de cualquier peculiaridad idiosincrática y liberando en el proceso a la identificación nacional de un contenido étnico particular como centro articulador de identidad (una nación uniformemente blanca y civilizada en base a su europeidad genérica). (Briones, 2005, p. 21)

Esa homogeneización cultural se ha constituido en una fuente de reproducción de desigualdades sociales en materia de raza, género y clase social que, en relación con los derechos humanos, se constituyen en ‘diferenciales de eficacia’⁵ (Médici, 2010).

Ahora bien, los últimos instrumentos mencionados –es decir los Convenios de 2003 y 2005 de UNESCO–, también contribuyen en la diferenciación, mediante la enunciación de identidades locales de las que el patrimonio cultural, como expresión máxima de la política cultural, es indudable testimonio. La diferenciación se expresa no solo en la readaptación a la modernidad avanzada de diversas expresiones de la cultura popular, sino además en el fuerte surgimiento de organizaciones de la sociedad civil que se movilizan para reivindicar determinados bienes y prácticas culturales, desde su vinculación con las memorias e identidades colectivas, con los territorios, y con la mejora

⁵Médici utiliza la idea de ‘diferenciales de eficacia’, para subrayar la trama jerárquica y hegemónica de los derechos y sus sujetos, señalando la existencia de zonas del dispositivo jurídico “que ven constreñidos sus niveles de garantía estatal, rompiéndose de esta forma su unidad e inescindibilidad, y por lo tanto su universalidad” (2010, p. 196).

en la calidad de vida que se desprende de la búsqueda de una dignidad común con sentido histórico (Hernández i Martí, 2010, p. 31).

Desde esta mirada, el fenómeno de la ‘globalización’ puede ser visto como amenaza, por sus efectos homogeneizantes en relación con la cultura, pero también como oportunidad, en tanto moviliza las capacidades de supervivencia de las distintas culturas, estimulando la creatividad expresiva en la narración de sus identidades.

Es entonces, desde la diversidad cultural de las historias nacionales y los territorios regionales, desde las etnias y otras agrupaciones locales, desde las distintas experiencias y las memorias, desde donde no solo se resiste sino que se negocia e interactúa con la globalización, y desde donde se acabará por transformarla. (Martín– Barbero, 2008)

Los fenómenos de globalización y glocalización han dado inicio a un proceso en el que la cultura resulta (re)apropiada y (re)significada por las sociedades civiles en términos de derechos humanos, como elemento central en las disputas contra las desigualdades sociales y por la preservación de las culturas y las identidades locales.

Este es uno de los sentidos del vocablo ‘emergencia’ que hemos incluido en el título, como nacimiento.

El otro refiere a la urgencia de la delimitación de su contenido y la adopción de garantías sociales, políticas y jurídicas para garantizar su eficacia, como condición de posibilidad de la realización plena de los restantes derechos humanos, a la luz de los principios de indivisibilidad e interdependencia.

Como lo explica Pedro Nikken (2010, p. 79),

(...)los derechos humanos son indivisibles como indivisible es la dignidad humana. No se admiten desmembraciones ni jerarquías entre los derechos humanos, de modo que no puede afirmarse que alguno sea no substancial o de importancia menor. Tampoco es admisible, en el plano conceptual y de principios, que se respeten unos derechos, mientras se vulneran otros: no cabe hacer distinciones entre las fuentes de ofensa a la dignidad humana, que es el bien esencial que forma el objeto de los derechos humanos. Ellos son, por el contrario, interdependientes, porque la violación de uno acarrea a menudo la violación de otros (...). En ese sentido, la separación entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por la otra, es un extravío que sólo se explica por razones políticas y por la coyuntura histórica presente cuando se discutieron los Pactos de las Naciones Unidas (v. *supra*), pero que, como se verá luego, carece de fundamento conceptual.

Nuestra propuesta busca contribuir al estudio de los derechos culturales que constituye un campo aún en formación, existiendo una vacancia de análisis y sistematización.

De acuerdo con nuestra búsqueda bibliográfica, los estudios sobre el tópico están orientados, por un lado, al análisis del concepto y la significación social del patrimonio cultural y, en particular, en el desarrollo de diferentes criterios de valoración a lo largo de la historia; y, por otro, al desarrollo de estrategias, técnicas y políticas relativas a su gestión. Dentro del primer grupo, se señala como fundante la obra de Riegl (1903) “El culto moderno a los monumentos”, siguiendo con trabajos como “Evolución del concepto de patrimonio cultural en Europa” (Angle, 1982) que aborda la cuestión desde la Historia del Arte, “*L’Allegorie du patrimoine*” (Choay, 1996), desde la arquitectura, “El patrimonio histórico y arqueológico: valor y uso” (Ballart, 1997) y “Evolución del concepto y la significación social del patrimonio cultural” (Llull Peñalba, 2005) desde una línea de indagación más interdisciplinar. En el segundo, son de referencia obligada “La gestión del patrimonio cultural” (Ballart y Tresserras, 2001), “Conservación de bienes culturales: Teoría, historia, principios y normas” (González Varas, 2000), en España, y en Latinoamérica “Ciudad, Patrimonio y Gestión” (Villadevall i Guasch, 2001) y “Gestión del Patrimonio Cultural. Realidades y Retos” (Villadevall i Guasch, 2003), entre otros. Ahora bien, desde la ciencia jurídica, los estudios son escasos. Entre los de carácter general, se mencionan “Derechos culturales: una categoría descuidada” (Symonides, 1998), los trabajos de Edwin Harvey, en especial “Los derechos culturales. Instrumentos normativos internacionales y políticas nacionales” (Harvey, 2008) y las tesis doctorales “El derecho al patrimonio cultural” (López Bravo, 1997), publicada bajo el título “El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales” (López Bravo, 1999) que es el único que aborda la cuestión desde la perspectiva de los derechos fundamentales, pero limitándose al derecho constitucional y público español, y “La protección internacional del patrimonio cultural” (Camps Mirabet, 2000), que lo estudia desde el derecho internacional público, con especial referencia al derecho comunitario europeo. A su vez, en Argentina, existe un corpus de investigaciones centradas en el Patrimonio Arqueológico y Paleontológico. Resultan de alusión inevitable “La protección jurídica del patrimonio arqueológico en la República Argentina” (Berberían, 1992), “La protección del patrimonio cultural argentino” (Berberían, 2009), este último relativo a la crítica de la Ley 25743 de protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, “Arqueología y Legislación en Argentina. Cómo proteger el patrimonio arqueológico” (Endere, 2000) y “Caminos y encrucijadas en la gestión del patrimonio arqueológico argentino” (Guraieb y Frere, 2012). Más reciente es la tesis doctoral de Laura Cipriano “Los derechos culturales: un análisis crítico” (2015) que propone un abordaje integral de los derechos culturales pero lo hace desde una perspectiva teórica y metodológica diferente a la nuestra. También es imprescindible referir a la obra de Patrice Meyer-Bisch (2008) “*Analyse des droits culturels. Droits*

fondamentaux” y (2014) “*Les droits culturels dans la grammaire du développement*”, y a la de Humberto Cunha Filho (2022) “Teoría de los derechos culturales. Fundamentos y finalidades” que aunque aborda la cuestión desde el derecho constitucional brasilero busca la construcción de un aporte teórico para el campo bajo análisis.

Objetivos, hipótesis y propuesta metodológica

Nos hemos propuesto como objetivo general el de investigar la interdependencia entre los derechos culturales y los restantes derechos humanos, y como objetivos específicos: a) Identificar la existencia, el contenido y los alcances de los derechos culturales en el derecho internacional de los derechos humanos (con énfasis en el sistema universal e interamericano); b) Explicitar las garantías sociales, políticas y jurídicas para su realización; c) Analizar las dimensiones culturales de los restantes derechos humanos y su relación con los derechos culturales; y d) Arribar a una definición propia de derechos culturales, ante las dificultades que se derivan de los déficit de enunciación de estos derechos en el plano normativo..

La hipótesis principal sostiene que todos los derechos humanos tienen una dimensión cultural que incide en el modo en que estos son garantizados y en el proceso de construcción de su universalidad. Mientras que la hipótesis secundaria entiende que, como consecuencia de los principios de invisibilidad e interdependencia, el desarrollo y la consolidación de los derechos culturales son una condición de posibilidad de la realización plena de todos los derechos humanos.

Para cumplir con el primer objetivo propuesto se diseñaron las siguientes acciones:

a) Describir el proceso de positivación de los derechos culturales en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos; b) Comparar los mecanismos de protección que las principales normas de dichos sistemas establecen para los distintos grupos de derechos humanos; c) Identificar los factores que limitan o impiden el reconocimiento general los nuevos derechos culturales. Las acciones propuestas se llevarán a cabo a partir del análisis de fuentes primarias como los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos aplicables, especialmente los del ámbito Universal y Americano, a los que se comparará con convenciones aplicables a otros ámbitos regionales. A la vez, se analizaron las recomendaciones de los organismos vinculados a la aplicación de tales instrumentos, informes de relatores especiales, así como las propuestas realizadas por organizaciones de la sociedad civil.

Para el segundo y tercer objetivo se indagaron opiniones consultivas, observaciones y decisiones de órganos jurisdiccionales, cuasi-jurisdiccionales y consultivos del sistema universal y sistema americano de protección de los derechos humanos.

La estrategia metodológica es de tipo cualitativa con los siguientes métodos y técnicas: el análisis de las fuentes primarias normativas se complementó con un análisis cualitativo de sus contextos de nacimiento, producción y reproducción. En este sentido, se trabaja desde la aplicación al campo de los derechos humanos del ‘método de historización de los conceptos’ desarrollado por Ignacio Ellacuría⁶, que propone contrastar el producto cultural bajo estudio con los efectos sociales e históricos que produce. Sobre este método, Juan Antonio Senent de Frutos (2013 b, p. 174) señala:

Así, para conocer algo en su realidad concreta, y conforme a su modo de darse o actualizarse históricamente hay que situar aquello que se pretende conocer en relación con la “praxis histórica”, es decir, con el proceso social en el que opera en un contexto histórico y en un periodo determinado. Por tanto, hay que situar en un contexto social concreto los conceptos normativos como los “derechos humanos”, u otros portadores de una alta significación axiológica (democracia, paz, seguridad, desarrollo sostenible,...) desde los que en cada momento pretenden justificarse y orientarse un sistema jurídico y social, para ver qué papel o función real están cumpliendo.

Desde esta perspectiva, entendemos que el derecho “no es sino un momento de las prácticas sociales (...) a partir de las cuales se constituye” lo que implica una redefinición del objeto de estudio de la ciencia jurídica, que no se limitaría a las normas o al sistema jurídico, sino “a las prácticas jurídicas en las que se articula y modula ese momento normativo” (Senent de Frutos, 2013 a, p. 57).

En la segunda parte de la tesis, se aplicó como método el desempaque (*unpacking*) crítico de derechos. El desempaque de derechos es una propuesta metodológica diseñada por Paul Hunt⁷, que plantea comprender el contenido de los derechos a partir de las obligaciones a que dan lugar. Nosotros sistematizamos el esfuerzo de Paul Hunt para diseñar un método que además analice los bienes

⁶Ignacio Ellacuría (1930-1989) filósofo y teólogo español y salvadoreño, cuya perspectiva teórica jurídica se sitúa en una tradición de pensamiento crítico, contextualizada en el pensamiento de liberación latinoamericano. Su método de historización de los conceptos ha sido aplicado al campo de los derechos humanos y recuperado por un movimiento de juristas iberoamericanos que abordan la problemática desde una teoría crítica y compleja del derecho, entre los que podemos mencionar a Alejandro Rosillo, Alejandro Médici, David Sánchez Rubio, Juan Antonio Senent de Frutos, Joaquín Herrera Flores, Helio Gallardo, entre otros.

⁷Paul Hunt se desempeñó como Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud entre 2004 y 2008. Durante ese período desarrolló la metodología del desempaque de derechos, que tuvo su máxima expresión en su informe relativo a “La discapacidad mental y el derecho a la salud” E/CN.4/2005/51 del 14 de febrero de 2005. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/108/96/PDF/G0510896.pdf?OpenElement>, consultado el 15/10/2018. Para ello se basó en trabajos previos, entre los que destaca el de Van Hoof (1984), conforme referencian Serrano y Vazquez (2014) y Abramovich y Courtis (2003)

públicos relacionales⁸ tutelados que son condición y modulan el contenido de cada uno de los derechos bajo estudio. De este modo, se posibilita la identificación de las obligaciones estatales y privadas correspectivas a los derechos, las relaciones de poder involucradas y la necesidad de regulaciones contra fácticas para su garantía, sumando una perspectiva crítica. Así, las garantías de los derechos no se construyen como herramientas exclusivamente jurídicas, sino también políticas, lo que implica una contribución a quienes hagan análisis de políticas públicas con enfoque de derechos humanos.

Siguiendo la iniciativa de Hunt, proponemos junto con Serrano y Vázquez, organizar el análisis de las obligaciones en cuatro categorías:

a) Obligaciones generales: respetar, proteger, garantizar y promover. b) Elementos institucionales: disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad. c) Principios de aplicación: contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles. d) Deberes de verdad–investigación, justicia y reparación. (Serrano y Vázquez, 2014, p. 62)

A través de la operacionalización de los derechos a partir de las obligaciones estatales involucradas, se ponen los derechos en acción (Serrano y Vázquez, 2014, p. 22), se abandona su carácter abstracto y se los dota de herramientas para su concreción.

No queremos dejar de hacer mención a tres aspectos relativos al recorte de este trabajo.

El primero refiere al volumen de las fuentes normativas analizadas. Nos propusimos estudiar aquellas de carácter obligatorio que refieren específicamente a derechos culturales –tratados internacionales– y una selección de normas de *soft law*, que –aún sin carácter vinculante– hemos considerado trascendentes por su vocación normativa general. Se incluyen también las observaciones generales y decisiones de los órganos de aplicación de tratados internacionales, especialmente las del sistema universal y las del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, por su directa aplicación en el derecho argentino. Hemos excluido las recomendaciones, declaraciones,

⁸Esta expresión es acuñada por Alejandro Médici (2011), al analizar el ‘derecho a la ciudad’ a partir de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad emanada del Foro Social Mundial de 2003. En ese trabajo, Médici sostiene que se trata de derechos que: “A diferencia de la formulación centrada principalmente en la individualidad abstracta de las declaraciones clásicas de los derechos humanos, (...) [se formulan] como un derecho a la vez colectivo e individual de cada habitante, centrándose en un complejo de derechos-deberes que sólo pueden entenderse de forma relacionada, y que dependen de condiciones estructurales del espacio urbano (...). El derecho a la ciudad consiste en una producción de bienes relacionales, que deben involucrar no sólo a administraciones locales con recursos, sino también y principalmente a gobiernos con la decisión y el compromiso político de innovar las formas de legitimarse y sociedades locales de ciudadanía y asociaciones activas y autónomas. Como argumentaremos más extensamente, el derecho a la ciudad supone entonces una democracia participativa que articula políticas que generan innovación institucional y procesos de legitimación a través de consensos exigentes, no presupuestos sino renovados en forma continua y cotidiana a través de la codecisión con la ciudadanía (Médici, 2011, pp. 232-233)”.

reglas, cartas, planes de acción o programas no vinculantes, aunque hemos relevado y sistematizado las disponibles.⁹

El segundo aspecto alude al recorte cualitativo del análisis. No estudiaremos, ni podemos hacerlo, todas las prácticas culturales de distintos actores sociales y gubernamentales, sino aquellas que se expresan o reclaman en términos de derechos humanos, ya que nos interesa desentrañar el proceso de consolidación de los derechos culturales, lo que implica el momento normativo, aunque no se limita a él.

El tercero, refiere a la deliberada decisión de excluir del análisis dos campos de los derechos culturales que por su especificidad requieren de fuentes, metodologías y análisis diferentes: nos referimos a la propiedad intelectual y al derecho a la comunicación/libertad de expresión.

Es así que, de acuerdo con la metodología propuesta, el trabajo se estructurará en dos partes.

Una primer parte, de carácter más descriptivo, que se organiza a su vez en tres capítulos. El capítulo I realiza una trayectoria sobre las políticas culturales en el Derecho Internacional, mientras que capítulo II recorre la tutela de los derechos culturales en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Finalmente, el capítulo III busca responder el interrogante de si los derechos culturales son derechos humanos.

En la segunda parte de esta tesis, se ingresa a una dimensión analítica de las fuentes recolectadas. El capítulo IV estará dedicado a abordar el derecho humano a la autoidentificación cultural. El capítulo V, por su parte, se centra en el derecho a la memoria. Finalmente, el capítulo VI estará referido al derecho humano a los patrimonios culturales.

La selección de derechos culturales concretos que hemos escogido indagar no significa que los pensemos como parte de una lista o un catálogo cerrado, ya que, como hemos señalado, consideramos los derechos humanos como procesos culturales de lucha por la dignidad humana, por lo que su desarrollo siempre está abierto a nuevos reconocimientos.

El problema de la emergencia de los derechos culturales exige la adopción de algunas orientaciones teóricas sobre ambas categorías que a la vez constituyen elementos centrales en la reflexión social y jurídica contemporánea. En los próximos párrafos, presentaremos los rumbos teóricos que orientarán el itinerario de esta tesis.

⁹Ver cronologías en el Anexo.

Orientaciones teóricas de partida

Un pensamiento situado sobre derechos humanos requiere adoptar como punto de partida algunas premisas teóricas: Comprender los derechos humanos como productos culturales; Adoptar una posición crítica y contextual de derechos humanos; Reconocer que los derechos humanos pueden desempeñar un rol hegemónico o contrahegemónico; Inscribir a los derechos culturales en el marco de las disputas a que da lugar la diferencia colonial, en tanto pone en tensión a la cultura global hegemónica.

1. Comprender derechos humanos como productos culturales

Partimos del entendimiento de que los derechos humanos no constituyen valores inmutables, homogéneos y universales, sino productos culturales situados en un determinado tiempo histórico y en un definido lugar geopolítico (Herrera Flores, 2005 a), p. 19). Ello significa tomar como punto de partida la idea de que como todo producto cultural, los derechos humanos deben ser entendidos y practicados en sus contextos concretos (Herrera Flores, 2008, p. 20). Esta decisión no está exenta de tensiones, sobre todo si se tiene en consideración la polémica ‘universalismo vs. particularismo’, que marcó las discusiones teóricas acerca de los derechos humanos en la década de 1990 y que tuvo su eclosión en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993.¹⁰

Existen diversas maneras de pensar la dicotomía entre las miradas universalistas y particularistas sobre los derechos humanos. La más extendida, considera al universalismo como la única manera de garantizar los derechos humanos, y al particularismo como una coartada de los regímenes tradicionales y autoritarios para sustraerse a respetarlos. Esta mirada, centrada en la concepción occidental del derecho, con su racionalidad formal, puede conducir a

(...) un *universalismo de partida, a priori*, un prejuicio al que debe adaptarse la realidad. Todos tenemos derechos por el hecho de haber nacido. Pero con qué derechos se nace; cuál es su jerarquía interna y cuáles son las condiciones sociales de su aplicación e interpretación, son materias que no corresponden a la visión abstracta, o lo que es lo mismo, descontextualizada de los derechos (...) Esta visión abstracta, induce reducir los derechos a su componente jurídico como base de su universalismo

¹⁰La primera se había celebrado en Teherán en 1968, a veinte años de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las discusiones habían girado en torno a la obligatoriedad jurídica del texto, hoy indiscutida, en tanto se trata de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas.

a priori. La práctica social por los derechos deberá pues reducirse a la lucha jurídica. (Herrera Flores, 2008, p. 149)¹¹

Como consecuencia de la pretendida neutralidad de la mirada occidental, algunos estados reaccionaron proponiendo una lectura que podríamos llamar localista o relativista de los derechos humanos, que se expresó en las conferencias regionales intergubernamentales preparatorias a la Conferencia de Viena de 1993.¹² Esta postura se cierra sobre sí misma, “se ahoga frente a la pluralidad de interpretaciones” (Herrera Flores, 2008, p. 150), reafirmando en las diferencias culturales y construyendo un ‘universalismo de rectas paralelas’.

Otra mirada, la que intentamos en esta tesis, apuesta por una visión compleja de los derechos humanos, que no niega que la universalidad de los derechos humanos sea posible, pero que considera que esta no debería ser un punto de partida, sino un proyecto, una irradiación y un proceso (Gallardo, 2008, p. 7). En este sentido, se ha propuesto un ‘universalismo de llegada o de confluencia’ (Herrera Flores, 2008, p. 151), lo que supone un proceso histórico, conflictivo, dialógico, basado en una práctica intercultural.

El principio de universalidad es uno de los más arraigados en el imaginario hegemónico de derechos. Entendemos que la consolidación de los derechos culturales requiere de una crítica a la ‘universalidad a priori’ de los derechos humanos.

En los instrumentos internacionales emanados de las Conferencias Mundiales sobre derechos humanos convocadas a instancias de la ONU a finales del siglo XX, se reafirma el carácter universal de tales derechos y las libertades fundamentales, a la vez que la doctrina especializada afirma que dicho principio “no admite dudas” (Salvioli, 2000, p. 45).

¹¹Destacados en el original.

¹²Esta discusión ya había aparecido al debatirse el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). La Resolución 217-III, fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG), tras un arduo debate con 48 votos a favor, 8 abstenciones –URSS, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Sudáfrica (fundadas en el carácter liberal y no social de la enunciación y en la ausencia de condena explícita el nazismo y al colonialismo) y Arabia Saudita (fundada en incompatibilidades de algunas de sus normas con textos sagrados)– y 2 ausentes –Honduras y Yemen–. En el caso de la Conferencia de Viena, las perspectivas relativistas cobraron otra dimensión, en primer lugar por el número de estados periféricos involucrados en las discusiones, que crecieron exponencialmente luego de la última explosión descolonizadora, luego porque el debate se da en la inmediata posguerra fría. El Comité Preparatorio de la Conferencia, organizó tres instancias regionales, de los que emanaron tres declaraciones: la Declaración de Bangkok (región Asia-Pacífico), la Declaración de San José (América Latina y el Caribe) y la Declaración de Túnez (África). Por su parte, los miembros de la Conferencia Islámica, produjeron su propio documento, la Declaración de El Cairo. Todas ellas coincidieron en resaltar el derecho al desarrollo, el principio de no intervención, y la necesidad de fortalecer los derechos económicos, sociales y culturales (Salvioli, 1996, p. 21). Las Declaraciones de Túnez, Bangkok y El Cairo pusieron en debate la universalidad de los derechos humanos, señalaron la inexistencia de un modelo universal de derechos humanos, y la necesidad de respetar las realidades históricas y culturales de la nación. Pese a lo que auguraban estos documentos, finalmente la Declaración Viena, adoptada en la Conferencia Mundial, terminó pronunciándose por la universalidad de los derechos humanos.

Asimismo, el principio se complementa con lo que se presenta como su contracara, la diversidad cultural o el particularismo, al sostener que “las posturas en Viena que tenían por bandera el relativismo cultural han jaqueado en buena medida la esencia misma de la protección internacional de los derechos humanos” (Salvioli, 1996, p. 11). Además, se considera a los reclamos de los diferentes gobiernos como refugios para la violación y negación de los derechos fundamentales. Así, la discusión ha quedado reducida a una dicotomía entre el universalismo de los derechos y la aparente particularidad de las culturas que, a excepción de la cultura occidental, son concebidas como enemigas de los derechos humanos. Profundizaremos sobre esta cuestión en el Capítulo I.

Desde una Teoría Crítica de los derechos humanos, se exterioriza la falsedad de la dicotomía universalidad-relativismo.

Como sostiene Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 13), el principio de universalidad es una idea propia de la cultura occidental, que se asienta sobre una serie de presupuestos claramente occidentales y diferenciables de otras formas de comprender la dignidad humana. Lo que sucede es que esa forma histórica y geopolíticamente contextualizada de comprender los derechos humanos ha adquirido, a partir de la fuerza hegemónica de la expansión del capitalismo y del pensamiento moderno, un carácter globalizado.

Los derechos humanos, tal como se los entiende en la cultura jurídica oficial, constituyen, entonces, para la posición que compartimos, un localismo globalizado.

Desde ese entendimiento,

Occidente pasa a ser el referente de la humanidad desde el punto de vista tanto epistemológico (la ciencia) como cultural (liberalismo). Su propio imaginario y horizonte de sentido sobre lo político, sobre la idea de democracia, sobre el modo de producir y distribuir los bienes con los que satisfacer las necesidades humanas, la manera de relacionarse con los otros y con la naturaleza se convierten en los únicos referentes válidos y verdaderos. (Sánchez Rubio, 2013, p. 21)

Es a partir de este fenómeno que aparece lo que Sánchez Rubio (2013, p. 99) denomina ‘inversión ideológica’, que cercena cualquier derecho humano o reivindicación de la dignidad humana que no se construya en base al imaginario edificado por el capitalismo moderno. De esta manera, el sistema de derechos del capitalismo occidental protege, no la vida humana, sino

la estructura de acceso a las relaciones de producción de la riqueza que [desde el capitalismo] se establece. No es el ser humano y sus condiciones plurales de existencia lo que es inviolable, sino ese mismo acceso a la producción y distribución de los bienes predominantes que prioriza sus derechos en base a una concreta división social, étnica, racial, sexual, cultural y de clase del trabajo y de la sociabilidad humana. (Sánchez Rubio, 2013, pp. 99-100)

En este escenario, cualquier proposición que intente romper con el sistema imperante es entendida como peligrosa, y quienes la sustenten pierden su posición de sujeto y, por lo tanto, sus derechos. A su vez, cualquier otro imaginario de derechos o formas de reclamación por la dignidad humana es desacreditado como local.

De este modo, el universalismo abstracto que se reafirma desde la racionalidad jurídica formal conduce a reducir a los derechos a su componente jurídico, de manera tal que la lucha por los derechos se reduce a una lucha jurídica. Así, la regla abstracta es un *a priori*, un prejuicio, que, desde el formalismo técnico-jurídico, indica como debe ser leída la realidad, desprendiéndose de todo contexto (Herrera Flores, 2008, p. 144). Al respecto, según el artículo 2 de la Declaración Universal de los derechos humanos:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Pero ¿cuáles son esos derechos?, ¿existen jerarquías entre ellos?, ¿en qué condiciones se aplican e interpretan?, ¿cómo superar las desigualdades en materia de garantías? Todas estas son preguntas que se desplazan del análisis jurídico, ya que se ha establecido de antemano que la diversidad y la desigualdad no existen.

Como respuesta al universalismo de puntos de partida o universalismo *a priori*, se levantan visiones localistas centradas en una idea relativista de la cultura y en el valor de la diferencia, que también reconocen una única lectura válida de la realidad, una única forma de ver el mundo, que termina por construir un “universalismo de rectas paralelas (...) que sólo se encuentran cuando chocan entre sí” (Herrera Flores, 2008, p. 150).

Frente a estas posiciones, una teoría crítica de los derechos humanos propone un “universalismo de llegada o de confluencia” (Herrera Flores, 2008, pp. 151-152) al que se llega “después (no antes) de un proceso conflictivo, discursivo, de diálogo o de confrontación en el que lleguen a romperse los prejuicios y las líneas paralelas.”

Apostamos a que ese diálogo y esa confrontación serán posibles a partir del desarrollo y consolidación de los derechos culturales, lo que posibilitará la construcción de una concepción intercultural de los derechos humanos en la que se reconozcan las plurales y diversas formas de comprender la dignidad humana.

Del mismo modo, los abordajes teóricos mayoritarios sobre la temática, se han mostrado ciegos a las diferencias que la universalidad de los derechos humanos esconde.

Para Herrera Flores (2006, p. 95)

los derechos humanos en el mundo contemporáneo necesitan de esta visión compleja, de esta racionalidad de resistencia y de estas prácticas interculturales, nómadas e híbridas para superar los escollos universalistas y particularistas que llevan impidiendo un análisis comprometido de los mismos desde hace ya décadas. Los derechos humanos no son únicamente declaraciones textuales. Tampoco son productos unívocos de una cultura determinada. Los derechos humanos son los medios discursivos, expresivos y normativos que pugnan por reinsertar a los seres humanos en el circuito de reproducción y mantenimiento de la vida, permitiéndonos abrir espacios de lucha y de reivindicación. Son procesos dinámicos que permiten la apertura y la consiguiente consolidación y garantía de espacios de lucha por la dignidad humana.

Comprender los derechos humanos como productos culturales, implica la adopción del paradigma de la complejidad, que se expresa en el reconocimiento del pluralismo jurídico.

Por oposición a la simplicidad que propone el imaginario positivista, formal y estatista del derecho, el nuevo paradigma de la complejidad constituye una apuesta por la interacción e interdisciplinariedad de las racionalidades (Sánchez Rubio, 2013, p. 24).

Este modelo se edifica sobre la recuperación de los contextos, por lo que propone una concepción inmanente de los derechos humanos, que considera a las distintas corporalidades y sujetos, y que como instituciones situadas temporal y geopolíticamente resultan (re)significados constantemente por sus protagonistas.

En función de lo dicho, la cultura jurídica tiene que asimilar e incorporar el paradigma pluralista del derecho por dos razones fundamentales: a) porque permite una mejor interpretación de la complejidad de los actuales acontecimientos que el contexto de la globalización está provocando sobre el mundo jurídico; y b) porque en su versión emancipadora, el derecho tanto estatal como no estatal puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y más vulnerables. Eso sí, hay que tener muy claro que no existen instancias salvadoras que se mantengan al margen de la afectación permanente de las relaciones de poder. Las normas jurídicas y el fenómeno jurídico se encuentran en un continuo proceso de significación y resignificación. La lucha por nominarlo y construirlo de modo emancipador o dominador no desaparece nunca. (Sánchez Rubio, 2013, p. 32)

Desde este posicionamiento, se visibilizan y revalorizan otras fuentes del derecho, otros sujetos y actores, y otros derechos, contestando la homogeneidad y unidad del ordenamiento jurídico estatal y exponiendo la necesidad de incorporar una metodología de investigación y conocimiento jurídico que reconozca las diversas y plurales formas que el derecho adquiere en la realidad social.

Consideramos, entonces, que el aporte de esta investigación –en la definición del contenido de los derechos culturales, sus mecanismos de garantía y los desafíos de su consolidación– debe partir de un replanteamiento de la política cultural, sus usos y sus actores –presentes y silenciados– que posibilite hacer una (re)lectura en clave de derechos humanos. Para ello es preciso establecer cómo los concebimos.

2. Adoptar una posición crítica y contextual de derechos humanos

El enfoque epistémico crítico y contextual de los derechos humanos, permite aceptar que, como modos de intervenir en la realidad en busca de satisfacer el valor de la dignidad humana, los derechos humanos, han nacido al abrigo de un modo de relación económico e ideológico dado: el sistema-mundo moderno/colonial.

La afirmación que antecede no tiende a menoscabar los logros conseguidos a partir de la consolidación internacional de los derechos humanos, sino a advertir que no hay un único horizonte a alcanzar para la consagración de los derechos culturales.

Los estudios de Aníbal Quijano (1992) llamaron la atención sobre el hecho de que el patrón de poder capitalista eurocentrado y global se cimienta sobre dos bases: la colonialidad del poder y la modernidad, demostrando que uno de sus ejes fundamentales es la clasificación social de la población mundial sobre la idea de raza, a la que Mignolo (2003) ha llamado ‘diferencia colonial’¹³ (por oposición a la retórica de la diferencia cultural que oculta la colonialidad del poder) y el otro el eurocentrismo como perspectiva y modo de construcción de conocimiento (Quijano, 2000).

El proceso de formación de dicho patrón de poder mundial, ha dado origen a estructuras hegemónicas que regulan diferentes aspectos de las relaciones sociales interdependientes entre sí, configurando un sistema-mundo.¹⁴

¹³Sobre la “diferencia colonial”, Mignolo ofrece la siguiente definición: “La diferencia colonial es el espacio en el que se articula la colonialidad del poder. Es también el espacio en el que se está verificando la restitución del conocimiento subalterno y está emergiendo el pensamiento fronterizo. La diferencia colonial es el espacio en el que las historias locales que están inventando y haciendo reales los diseños globales se encuentran con aquellas historias locales que los reciben; es el espacio en que los diseños globales tienen que adaptarse e integrarse o en el que son adoptados, rechazados o ignorados. La diferencia colonial es, finalmente, la localización tanto física como imaginaria desde la que la colonialidad del poder está operando a partir de la confrontación entre dos tipos de historias locales que se desarrollan en distintos espacios y tiempos a lo largo del planeta” (2003, p. 8).

¹⁴Sistema-mundo es una categoría de análisis acuñada por Immanuel Wallerstein (1974) que revoluciona el campo del pensamiento económico y la historia del capitalismo en virtud del impacto que ha causado en las ciencias sociales como modelo teórico-interpretativo, a partir del reconocimiento de la vinculación entre los aspectos económicos y políticos del sistema capitalista y su sistema de saber. Este modelo es recuperado luego por pensadores del campo social latinoamericano, entre otros.

Así, en el control del trabajo, de sus recursos y de sus productos, está la empresa capitalista; en el control del sexo, de sus recursos y productos, la familia burguesa; en el control de la autoridad, sus recursos y productos, el Estado– nación; en el control de la intersubjetividad, el eurocentrismo (Quijano, 2000).

La institución del Estado-Nación, concebida como estructura que regula el control de la autoridad y la violencia legítima en el sistema-mundo moderno/colonial, dio origen a los sistemas constitucionales de declaración de derechos. A partir de estos, también originó al derecho internacional, y junto a él al sistema hegemónico de protección de los derechos humanos.

A la vez, configuró las identidades nacionales como modos de homogeneización imaginaria de la población. Las políticas culturales han tenido a su vez un rol fundamental en la producción y reproducción de tales identidades, y consideramos pueden tenerlo en su transformación.

Walter D. Mignolo (2001, p. 21) señala “la vinculación entre el capitalismo y la constitución de una epistemología localizada en occidente”, afirmando que el capitalismo

impuso una epistemología de doble cara, una visible, la otra invisible. Una, la visible, la cara de la modernidad *desde* donde se comenzó a clasificar, describir y conocer el mundo. La otra, invisible, la colonialidad, *en* donde se ejerció el poder de la epistemología moderna. (Mignolo, 2001, p.24)¹⁵

Desde este punto de partida, se propondrá un desprendimiento epistémico, y la necesidad de construir un conocimiento ‘otro’, es decir una forma de conocer que se desamarra de la retórica de la modernidad y sus raíces imperiales (Mignolo, 2007, p. 29). Esta nueva forma de conocimiento que nace a partir de la conciencia sobre la diferencia colonial, es un pensamiento o *gnosis* fronterizo¹⁶, que “se construye a través de un diálogo con la epistemología desde conocimientos que fueron subalternizados en los procesos imperiales coloniales” (Mignolo, 2003, p. 71).

Las epistemologías del Sur¹⁷ ponen en evidencia la brecha entre la producción de conocimiento sobre las bases de la epistemología moderna y los resultados de esos conocimientos. Como lo ha dicho Boaventura de Sousa Santos (2006), se revela la presencia de una línea abismal

¹⁵Desde esta perspectiva, se contesta la afirmación de que la modernidad es un fenómeno intraeuropeo, para postular que existe un proceso de co-constitución mutua entre esta y la colonialidad.

¹⁶Sobre el pensamiento fronterizo, Mignolo señala que: “El último horizonte del pensamiento fronterizo no es sólo trabajar por un crítica de las categorías coloniales; es también trabajar por un enderezamiento de la subalternización de conocimientos y de la colonialidad del poder (...). El pensamiento fronterizo podría abrir las puertas en una lengua otra, un pensamiento otro, una lógica otra que superara la larga historia del mundo moderno/colonial, la colonialidad del poder, la subalternización de conocimientos y la diferencia colonial (2003, p. 418).

¹⁷“Entiendo por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo” (Santos, 2011, p.35).

que desde la modernidad ha creado dos mundos. El mundo central moderno, cuya tensión propia se da entre los procesos de regulación/emancipación. En esta exclusión hay derechos.

Otro mundo, el mundo colonial, donde la tensión es entre apropiación/violencia. Allí (acá) no hay derechos. Hay exclusiones ‘abismales’ porque no se permite estabilizar expectativas, es lo que Franz Fanon ha denominado ‘La zona de no ser’, las grandes ausencias. De este modo, una sociología de las ausencias es una sociología de los excluidos, de los olvidados del sistema mundo.

La sociología de las ausencias busca expandir el presente, esto es, recuperar las experiencias actuales que son desperdiciadas, desde la comprensión de que ‘pensar el mundo’ excede mucho la comprensión occidental del mundo, del tiempo y del espacio. A la vez, existen grupos excluidos luchan, resisten a la capitalista, colonialista y patriarcal, y al hacerlo construyen otros conocimientos, que no son los académicos. Es la lucha la que está en el centro del conocimiento. Estas son las sociologías de las emergencias, que contribuyen a contraer el futuro.

Para superar las separaciones abismales de la episteme moderna/colonial es necesario desplegar ‘ecologías de saberes’, es decir articulaciones del saber científico con conocimientos otros y ‘traducciones interculturales’.

Estos saberes contribuyen a la ruptura de uno de los mecanismos más básicos de la racionalidad occidental para legitimar sus estructuras del poder, que es la de contraer el presente y expandir el futuro. Las sociologías de las ausencias expanden el presente, las de las emergencias contraen el futuro. El reto es, entonces, recuperar las experiencias de lucha.

El campo del derecho, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, no es ajeno a la lógica modernidad/colonialidad que se expresa en dos sentidos: a) a través de un modo monolítico de analizar y producir conocimiento jurídico que se construye sobre las premisas epistemológicas del pensamiento moderno; b) mediante los efectos de las instituciones que, marcadas por la lógica inclusión/exclusión de la modernidad, resultan instrumentos de emancipación en Occidente¹⁸, es decir, el norte global, a la vez que operan como herramientas de opresión y desigualdad en el sur global.

En relación con este tópico Médici afirma que:

El paradigma occidental de los derechos humanos si por una parte es portador de las promesas del discurso jurídico y moral de la modernidad, por otra debe ser interpelado críticamente en su pretensión

¹⁸Siguiendo a Mignolo (2001), podemos decir que al hablar de occidente nos referimos a un marco relato que tiene sus límites cronológicos en el pasado en Grecia y en el presente en Estados Unidos y que geográficamente se ubica al norte del mediterráneo y del Río Bravo, y al Sur de Dinamarca. De manera tal que se piensa en una división geopolítica del mundo en términos de centro/periferia, según las categorías definidas por Prebisch y retomadas y reelaboradas por Wallerstein con su sistema mundo moderno capitalista. Ya hemos descripto antes al sur global. Para ello, véase la nota 1.

de equiparar su localismo globalizado con la universalidad. La crítica a la colonialidad epistémica en dicho paradigma desde la diferencia colonial constituye uno de los lugares de enunciación de esa interpelación que busca abrir los derechos humanos a una genuina interculturalidad para dar cabida al diálogo entre plurales formas (iguales y a la vez diversas), de entender la dignidad humana. (Médici, 2012, p. 25)

De este modo, a partir de 1990, los esfuerzos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al compás de la lucha de los movimientos sociales, se encaminaron a la protección e inclusión de grupos vulnerables como mujeres, niños, pueblos indígenas, personas con discapacidad, trabajadores migrantes. Lo que ocurre es que las teorías jurídicas dominantes de los derechos humanos confunden fines con medios, en el sentido de que consideran que los derechos humanos se satisfacen teniendo derechos (Herrera Flores, 2008, p. 21), es decir mediante enunciados normativos.

Las teorías hegemónicas sobre los derechos humanos, que los consideran categorías universales *a priori*, a-históricas, abstractas, desvestidas de todo ropaje ideológico o político, proponen un camino unidireccional, en el que paulatinamente se van ensanchando las distintas categorías de derechos humanos y visibilizando nuevos sujetos de tutela, a la vez que se perfeccionan los mecanismos de protección a los que los estados poco a poco van sometiendo.

Este camino se ha mostrado insuficiente en el campo de los derechos culturales, como lo demostraremos en el Capítulo II, que se encuentran deficientemente regulados y protegidos en los sistemas internacionales de protección.

La única solución que el sistema jurídico hegemónico propone frente a la emergencia de nuevas subjetividades es el reconocimiento normativo de sus derechos humanos en términos de incorporación a la promesa moderna de ciudadanía y democracia global¹⁹, pero pierde de vista que esas nuevas subjetividades interpelan no solo el modo en que las identidades son representadas sino también el propio discurso de los derechos humanos, proponiendo alternativas colectivas de acceso a bienes.

¹⁹Por “promesa moderna de ciudadanía” nos referimos a las expectativas que la modernidad occidental propone, como por ejemplo, la igualdad de derechos y oportunidades, que constituyen horizontes que, en el estado actual del capitalismo avanzado, aún no han sido alcanzados. En el campo de los derechos humanos, esas expectativas futuras se expresan en la política de aprobar, tenazmente, nuevas normas jurídicas, formuladas de modo general y abstracto, destinadas a la creación de nuevos/as ciudadanos/as. En algunas ocasiones, esas enunciaciones de derechos pueden desempeñar una función que, en lugar de dar respuesta a los reclamos de los sectores subalternos, contribuye a desarticular las luchas políticas, sin que los grupos hegemónicos retrocedan su control sobre los espacios de decisión institucional. La abstracción que produce la declaración formal de los derechos hace que las luchas sociales que las originaron resulten rápidamente olvidadas. De este modo, como lo señala Herrera Flores (2005, p. 60) “los contenidos éticos son privatizados por aquellos que ostentan la hegemonía política, económica y cultural, lo cual les permite auto-presentarse a sí mismos como los representantes en la tierra de la única generalidad con validez”. La superación del horizonte jurídico impuesto por occidente requerirá, como lo propone Boaventura de Sousa Santos (citado por Herrera Flores, 2005, p. 60), expandir “las luchas presentes y reducir el plano de las expectativas futuras”.

Como afirma Rajagopal (2005, p. 273), el surgimiento de los movimientos sociales, de los que la identidad es constitutiva, supone un desafío radical a los derechos humanos, ya que: a) establece desde la praxis un discurso alternativo de los derechos humanos; b) discute el origen exclusivamente estatal de los mismos; c) redefine las ideas de sociedad civil y democracia de modo de involucrar a la cultura, la identidad, la autonomía y el territorio; d) propugna el control local de la propiedad, lo que significa construir un concepto alternativo al de propiedad privada occidental.

Otra de las metáforas sobre las que se edifica el pensamiento hegemónico en materia de derechos humanos es la teoría de las generaciones, que explica en términos ‘evolutivos’ el desarrollo histórico de las diferentes categorías de derechos humanos.

Desde esta posición, se propone una división de los derechos humanos según pertenezcan a la primera generación (derechos civiles y políticos centrados en el valor libertad), a la segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales, enfocados en el valor igualdad) o a la tercera generación (derechos al desarrollo, a un medioambiente sano y a la paz, también denominados derechos de la solidaridad). No compartimos esta posición, en tanto se trata de una compartimentalización utilizada como fundamento para establecer jerarquías entre los derechos humanos que, además, no responde a razones históricas

Dichas jerarquizaciones se presentan también en la praxis, en la que no cabe sino reconocer junto a Fabián Salvioli, que:

La dificultad más importante con que nos encontramos en cuanto a la tutela está configurada por el ejercicio de los derechos humanos y los medios para proteger los mismos; toda vez que existen a nivel internacional mejores mecanismos de protección para los derechos de tipo civil y político que para los derechos económicos, sociales y culturales” (Salvioli, 1997 b).

Por su parte, los derechos de solidaridad, “constan –con sus diferencias– de una normativa protectiva más débil aún que los derechos económicos y sociales”. (Salvioli, 1997 b)

Como con acierto sostienen Abramovich y Courtis (2003, p. 5), la separación de los derechos humanos en categorías es dañina para la efectividad de los derechos humanos y se ha demostrado su artificialidad:

Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser prejuicios de tipo ideológico, antes que

argumentos sólidos de dogmática jurídica. Así, (...) se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles –o derechos de autonomía o, derechos– libertades–, que sí se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político pero poca virtualidad jurídica.

El mito programático que pretende diferenciar los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales por naturaleza de las obligaciones estatales (negativas para los primeros y positivas para los segundos), tampoco puede subsistir. Se ha demostrado que los distintos tipos de obligaciones pueden ser halladas en relación a derechos ubicados en cualquiera de las categorías mencionadas (conf. Van Hoof, 1984)

Desde la teoría crítica, se rechaza la teoría de las generaciones, a la vez que se propone que:

La dinámica histórica de los derechos no responde a generaciones que se complementan entre sí, ni a la expansión de la racionalidad interna de un concepto, sino a la posibilitación y generación de capacidades que la praxis histórica de liberación de los pueblos pueda dar de sí (Rosillo Martínez, 2013 a, p. 3).

En su artículo “Una reflexión filosófica de la dinámica histórica de los derechos humanos” (2013 a), Alejandro Rosillo desnuda los mecanismos a través de los cuales el pensamiento hegemónico en materia de derechos humanos, sin reconocerlo, concibe la historia de los derechos desde una concepción teleológica e idealista.

Los efectos de la teoría de las generaciones de los derechos humanos no se ven restringidos a ámbitos exclusivamente teóricos sino que se traducen en el rechazo a las experiencias que no responden al universalismo abstracto y eurocentrado que caracteriza al pensamiento jurídico hegemónico.

Las ‘generaciones’ se asumen como un modelo histórico racional y lineal, donde unos derechos tan sólo complementan a los anteriores (Pérez Luño, 1991). En efecto, no es la praxis de liberación de las víctimas de los sistemas –sistemas reforzados por y fundamentados en los derechos vigentes– los que generan ‘nuevos derechos’, sino tan sólo una expansión de los derechos humanos, un paso de la potencia al acto. De ahí que sea fácil invisibilizar las praxis de liberación de sujetos concretos por ‘valores’ y declarar que cada generación corresponde a un valor abstracto. (Rosillo Martínez, 2013 a, p. 14)

La resignificación de los derechos humanos que proponemos requiere entonces de una mirada crítica y superadora de los lugares comunes del pensamiento jurídico dominante.

3. Reconocer que los derechos humanos pueden desempeñar una función reguladora o emancipadora

Si volvemos una vez más a la propuesta del jusfilósofo Joaquín Herrera Flores (2005 a), pp. 19-20) de una concepción cultural de los derechos humanos, que los entiende como productos culturales surgidos en el contexto de la modernidad occidental, es necesario señalar que, a diferencia de otros modos de lucha por la dignidad humana, han tenido una vocación expansiva y globalizadora mucho mayor, de la mano de un modo hegemónico de producción de conocimiento.

Este entendimiento supone reconocer que, como cualquier otro producto cultural, los derechos humanos pueden desempeñar una función legitimadora del sistema de relaciones nacidas al abrigo del capitalismo, pero en otros momentos y en otros contextos, pueden también jugar un rol antagónico a las mismas.

Ello supone, metodológicamente, comprender los derechos humanos “desde su lugar y su función en la dinámica social, en la defensa de la dignidad humana, en la satisfacción de las necesidades y en el control de los diversos poderes” (Rosillo, 2010, p. 32).

En este sentido, la consolidación de los derechos culturales no se agota en el momento de elaboración normativa ni en el texto en que es enunciado. Ni siquiera se extingue en los mecanismos jurídicos de garantía de los que han sido dotados, sino que debe ser analizada dentro del contexto socio- histórico, cultural y económico en que nace, se reproduce y se transforma.

En efecto, la matriz eurocéntrica de los derechos humanos, marcada por sus notas monocultural, patriarcal, individualista y burguesa, supone una concepción muy restringida de la cultura jurídica y sus prácticas. Pensar los derechos humanos desde una matriz latinoamericana, implica reconocer que “la lucha por la dignidad humana ha adquirido un sentido pluricéntrico, pluricultural, comunitario y popular” y que los derechos se han pensado desde las clases más desfavorecidas, desde abajo, y en contextos concretos, evitando así formulaciones abstractas” (Rosillo, 2010, p. 30).

Al respecto, Herrera Flores sostiene que:

Los derechos humanos no sólo se logran en el marco de las normas jurídicas que propician su reconocimiento, sino también, y de un modo muy especial, en el de las prácticas sociales de ONGs, de Asociaciones, de Movimientos Sociales, de Sindicatos, de Partidos Políticos, de Iniciativas Ciudadanas y de reivindicaciones de grupos, sean minoritarios (indígenas) o no (mujeres), que de un modo u otro han quedado tradicionalmente marginados del proceso de positivación y reconocimiento institucional de sus expectativas. (2008, p. 65)

Ello implica también reconocer que los derechos humanos no son ideológicamente neutros y que, además, pueden dar lugar a prácticas emancipadoras o reguladoras. Los derechos humanos tenderán a la regulación, cuando sean funcionales al *statu quo* dominante o potencien procesos coloniales, autoritarios o democráticos reducidos a sus aspectos formales, y tendrán un sesgo emancipador, cuando estén abiertos a las posibilidades de transformación y cambio, y favorezcan procesos interculturales y democrático– radicales (Herrera Flores, 2005, p. 122).

En el mismo sentido, Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 11) afirma que la dialéctica entre regulación y emancipación es propia de la modernidad occidental y que, como producto de ella, la política de derechos humanos puede ser simultáneamente una política regulatoria y una política emancipatoria.

Situar a los derechos culturales en el campo de los derechos humanos, concebidos como procesos socio-históricos (Gallardo, 2008) y culturales (Herrera Flores, 2005) implica, a la vez, reconocer que el sitio social en que se fundamentan estos y los otros derechos humanos es la sociedad civil emergente o, lo que es lo mismo, sus movimientos sociales contestatarios (Gallardo, 2008 , p. 27) que pugnan por institucionalizar jurídicamente sus reclamos, cuestionando las lógicas del orden social existente y las identificaciones que ellas procuran.

En este sentido, el surgimiento de nuevos derechos puede inscribirse en luchas sociales por el reconocimiento²⁰ y constituir, en ese caso, un marco para la emancipación.²¹

En el plano del derecho,

El reconocimiento jurídico permite (...) una generalización del medio de reconocimiento que le es propio en las dos direcciones de ampliación material y social de los derechos: en el primer caso, el derecho gana en contenidos materiales, a través de los cuales se tienen cada vez más en cuenta también, desde el punto de vista jurídico, las diferencias en las posibilidades de realización de las libertades garantizadas intersubjetivamente; en el segundo caso, en cambio, el ámbito jurídico es universalizado en el sentido de que a un círculo creciente de grupos hasta entonces excluidos o discriminados les son concedidos los mismos derechos que a todos los demás miembros de la comunidad. A la relación de reconocimiento del derecho, por tanto, le es propio por principio un universalismo que alcanza su desarrollo a través de luchas históricas. (Honneth, 2010, p. 28)

La vinculación entre los derechos humanos y las luchas históricas que los fundamentan permite situarlos en sus contextos, y lleva a admitir que su fuerza emancipadora depende del reconocimiento de que son resultados siempre provisionales (Herrera Flores, 2008, p. 26) de esas luchas que asumen, así, diversas y plurales formas.

El surgimiento de nuevos derechos es un tópico que ha sido estudiado por Enrique Dussel (2001), quien propuso un análisis diacrónico del fenómeno. Según Dussel, el derecho vigente, es decir aquel que goza tanto de legalidad como de legitimidad en una sociedad dada, constituye un *a priori* desde el que se revelará en el tiempo y en su contenido un nuevo derecho. Los nuevos derechos son, entonces, ignorados por el derecho vigente, que atraviesa una crisis de legitimidad, al tiempo en que

²⁰La cuestión del reconocimiento ha asumido en el debate teórico contemporáneo dos posturas principales. La primera, concebida por Nancy Fraser (1997), se centra en la dimensión política del problema, ligada a la injusticia social, con una doble vertiente: la injusticia socio-económica, que da lugar a luchas de distribución basadas en la idea de igualdad, y la injusticia cultural o simbólica, que origina luchas de reconocimiento, basadas en la idea de diferencia. De este modo, y para esta postura, las soluciones a las injusticias sociales se encuentran en tensión generando el dilema distribución-reconocimiento. Desde esta perspectiva, las luchas por el reconocimiento se inscribirían en el contexto de las llamadas ‘políticas de identidad’ y se reducirían a cuestiones de diversidad cultural. Recogiendo las críticas a las ‘políticas de identidad’ y su reduccionismo de las luchas de reconocimiento al plano cultural, se sitúa una segunda postura, postulada por Axel Honneth (2010, p. 51), que considera al reconocimiento como un problema diferenciado de naturaleza moral y, al mismo tiempo, como una acción social que opera en distintas esferas (el amor, la ley y el logro). Es por ello que propone superar el dualismo sustentado por Fraser, afirmando que “la misma lucha por la distribución, contrariamente al supuesto de Nancy Fraser, se halla anclada en la lucha por el reconocimiento: representa un conflicto alrededor de las jerarquías de valores socialmente institucionalizadas, que regulan qué grupo social tiene derecho a exigir legítimamente —es decir, en función de su estatus y la apreciación que disfruta— un cierto grado de bienes materiales” (Honneth, 2010, p. 43).

²¹Joaquín Herrera Flores (2005, p. 122), desde su concepción de los derechos humanos como productos culturales, es decir, como procesos sociales que posibiliten la apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana, sostiene que estos no son neutrales, sino que pueden desempeñar un rol que tienda a la regulación o a la emancipación. En el primer caso, contribuyen al mantenimiento del statu quo; en el segundo, a la transformación. En el mismo sentido, Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 13) sostiene que los derechos humanos, en su complejidad, pueden desempeñar un rol hegemónico o contra-hegemónico. Este último requiere para el autor una concepción multicultural de los derechos humanos.

crece la legitimidad del nuevo derecho. La crisis del derecho vigente, condición de posibilidad del surgimiento de los nuevos derechos, se origina en la toma de conciencia por las víctimas de sus necesidades insatisfechas, es decir, de las desigualdades y negatividades que el derecho vigente naturaliza. En consecuencia, los nuevos derechos “se revelan necesariamente *a posteriori* de la lucha por su reconocimiento” (Dussel, 2010, p. 233), y esta última constituye la fundamentación sobre la que el nuevo derecho se asienta.

La relación “derecho vigente-nuevos derechos” es una relación conflictiva. Los nuevos derechos, para abrirse camino hacia el estatuto de un derecho vigente futuro deben frecuentemente negar otros derechos que han dominado y negado el nuevo derecho. Es entonces una contradicción deconstructiva, donde el nuevo derecho (como afirmación) deberá negar la negación que significa el antiguo derecho que será derogado. (Dussel, 2010, p. 234)

Este proceso de innovación del derecho, atravesado por arduas luchas sociales y tensiones políticas, se dinamiza al reconocer la importancia de la participación política, de manera tal que los derechos vigentes no operen como bastión de resistencia a la aparición de nuevos derechos, sino que formen parte de un *corpus*, cuyo contenido y ejercicio puedan ser continuamente revisados (Dussel, 2010, p. 235).

Si los derechos humanos en sus versiones hegemónicas contribuyen en la reproducción de las relaciones de poder presentes en la sociedad, sus alternativas emancipadoras permitirán transformarlos en herramientas de lucha contra las desigualdades.

4. Inscribir a los derechos culturales en el marco de las disputas a que da lugar la diferencia colonial, en tanto pone en tensión a la cultura global hegemónica

Uno de los lugares comunes de las políticas culturales hegemónicas es el establecimiento de un vínculo indisoluble entre cultura –expresada fundamentalmente a través del patrimonio cultural, pero también de otros bienes y prácticas culturales– e identidad.

Desde los estudios culturales se ha propuesto cuestionar la ‘relación necesaria’²² entre identidad y cultura, a partir del reconocimiento de que el concepto de identidad, tal como se lo utiliza en los discursos teóricos y políticos actuales, es un desarrollo moderno (Grossberg, 2003, p. 150).

²² Desde los estudios culturales, se propone un pensamiento ‘sin garantías’ (Hall, 2010) lo que se opone a ‘relaciones necesarias’. En este sentido, Grossberg afirma que “Los estudios culturales operan en el espacio que se ubica entre la restricción absoluta, el cierre, la comprensión completa y última, la dominación total, por un lado, y la absoluta posibilidad y libertad, la apertura y la indeterminación, por el otro. Rechazan cualquier reivindicación de ‘relaciones necesarias’ (garantizadas) así como de ‘no relaciones necesarias’ (también garantizadas), a favor de ‘relaciones no necesarias’ (y

La identidad moderna se encuentra ligada a la expansión mundial del capitalismo a partir del siglo XVI, con la emergencia del circuito comercial del Atlántico.²³ Antes de esto, Europa no era propiamente Europa y, por lo tanto, el resto del mundo no había sufrido aún las consecuencias de estar situado en el ‘lado oscuro de la modernidad’ (conf. Mignolo, 2001, p. 23).

Al analizar la ‘colonialidad del ser’, Maldonado Torres sostendrá que es en el contexto de la colonización europea en las Américas donde emergerán las identidades de la mano de la clasificación social de la población en base a la idea de raza, clasificación que no se expresará de modo horizontal, sino jerárquico, constituyendo la superioridad de algunas identidades sobre las otras,

Y tal grado de superioridad se justifica en relación con los grados de humanidad atribuidos a las identidades en cuestión. En términos generales, entre más clara sea la piel de uno, más cerca se estará de representar el ideal de una humanidad completa. (2007, p. 132)

La categoría analítica ‘colonialidad del ser’²⁴ que desarrolla Maldonado Torres se inscribe en la llamada perspectiva modernidad/colonialidad o giro decolonial. Desde este posicionamiento, la narración de identidades desde la epistemología moderna, que ha sido considerada un modo de pensamiento jerarquizado, contribuirá a configurar lo que este autor llama una ‘diferencia ontológica colonial’,²⁵ reafirmando que la identidad moderna es sobre todo, fabricante de diferencias.²⁶

Esta revelación no pretende debilitar un recurso que se ha mostrado eficaz en las luchas de diferentes sectores subalternos, sino echar luz sobre las complicidades del discurso identitario con los mecanismos de poder y (re)producción de desigualdades sociales, para contribuir a la construcción de una alternativa emancipadora.

aceptan, al mismo tiempo, que las relaciones son reales). Así, puede decirse que consisten en un análisis contextual de cómo los contextos o, mejor aún, un contexto específico, se constituye, se pone en tela de juicio, se deshace, se modifica, se rehace, etc., en cuanto estructura de poder y dominación” (Grossberg, 2012, p. 39).

²³ Stuart Hall también señala como primer momento de la racialización del ‘Otro’ “... el contacto en el siglo XVI entre los comerciantes europeos y los reinos de África occidental que fue una fuente de esclavos negros durante tres siglos. Sus efectos iban a ser encontrados en la esclavitud y en las sociedades post-esclavistas del Nuevo Mundo”, pero puntualiza otros dos momentos que contribuyen a la configuración de las ideas occidentales de la diferencia racial: “El segundo fue la colonización europea de África y la ‘rapiña’ entre las potencias europeas por el control del territorio colonial, los mercados y las materias primas en el período de ‘alto imperialismo’. El tercero fue la migración, después de la segunda guerra mundial, a partir del ‘Tercer Mundo’ hacia Europa y Norte América” (Hall, 2010, p. 424).

²⁴ Así como Aníbal Quijano se refirió a la colonialidad del poder, Walter Mignolo a la del saber y María Lugones a la del género, Maldonado Torres se centró en la colonialidad del ser.

²⁵ La ‘diferencia ontológica colonial’ es un concepto acuñado por Nelson Maldonado Torres (2007, p. 147), a partir de la idea de que colonialidad del ser produce “la diferencia sub- ontológica o diferencia ontológica colonial [que] permite una diferenciación clara entre la subjetividad humana y la condición de sujetos sin resistencia ontológica”.

²⁶ El pensamiento moderno se estructura a partir de una lógica de pares binarios: naturaleza/cultura, mente/cuerpo, sujeto/objeto, materia/espíritu, unidad/diversidad, civilización/barbarie. Esa lógica se traduce al campo de las identidades jerarquizando aquellas a las que se reconoce un conocimiento racional, culto, civilizado, y disminuyendo a las que se atribuye un modo de conocer mágico, supersticioso, orgánico.

La emergencia del sujeto moderno cartesiano, es decir, de una “concepción del sujeto consciente, racional y cogitativo como el centro del saber” (Hall, 2010 c, p. 371), oculta tanto la pregunta sobre el ser, como la colonialidad del saber.

El privilegio del conocimiento en la modernidad y la negación de facultades cognitivas en los sujetos racializados ofrecen la base para la negación ontológica. En el contexto de un paradigma que privilegia el conocimiento, la descalificación epistémica se convierte en un instrumento privilegiado de la negación ontológica o de la subalternización. ‘Otros no piensan, luego no son’. (Maldonado Torres, 2007, p. 145)

Ese nexo entre el modo occidental de conocimiento, considerado como el único verdadero, y la colonialidad del poder, es lo que posibilitó instalar a la identidad como un concepto fijo, vinculado con la centralidad, autenticidad y a la continuidad de una mismidad en el tiempo.

Luego, a partir del siglo XVIII cuando se complejizan las sociedades modernas, esta idea de sujeto de razón individual dará espacio a la emergencia de una concepción social del sujeto, a partir de la cual el individuo estará “situado dentro de las grandes estructuras y formaciones de soporte de la sociedad moderna”, esto es, el sujeto sociológico de la modernidad tardía (Hall, 2010 c), p. 372). Desde esta concepción social del sujeto, se acentuará la dimensión cultural de las identidades, una de cuyas fuentes centrales es la identidad nacional.

Lo que sucede es que estas identidades nacionales se construirán sobre las mismas premisas que originaron al sujeto cartesiano, es decir, centralidad, homogeneidad y coherencia. Esas ideas de identidad hoy han sido descentradas²⁷, lo que impide continuar pensándolas del mismo modo.

Las identidades nacionales²⁸ son una composición específicamente moderna. La institución del Estado-Nación, concebida como estructura que regula el control de la autoridad y la violencia

²⁷Stuart Hall (2010 c), pp. 374-379) señala cinco descentramientos que contribuyen a desestabilizar la cuestión de identidad: 1) el marxismo, en cuanto señala que hay condiciones de la identidad que el sujeto no puede construir; 2) el psicoanálisis, en tanto afirma los aspectos inconscientes de la identidad; 3) la lingüística saussuriana en cuanto reconoce los límites dentro de los que las identidades pueden ser habladas; 4) el trabajo de Michel Foucault, que introduce la noción de ‘poder disciplinario’, mostrando cómo las instituciones colectivas de gran escala de la modernidad tardía producen un mayor aislamiento, vigilancia e individuación del sujeto individual; 5) el feminismo, como crítica teórica y movimiento social, que contribuye al descentramiento de la relativización del mundo occidental mediante la introducción de la noción de diferencia sexual.

²⁸Como señala Grimson (2012, p. 161), existen tres perspectivas teóricas troncales sobre la cuestión de la nación. La primera, llamada esencialista, supone la correspondencia entre nación, territorio, cultura, identidad y un Estado (presente o querido). Esta concepción contribuye a una idea homogénea de la nación, en tanto considera que existen elementos objetivos (una lengua, una religión, un origen étnico, una organización del poder) que postulan la existencia de un ‘ser nacional’. Por oposición a estas concepciones, surge una segunda perspectiva, denominada constructivista, que niega la presencia de rasgos culturales objetivos previos, y considera a la nación una construcción imaginaria, a partir de procesos históricos en los que intervinieron ciertos sectores privilegiados de la población, junto al Estado, mediante la elaboración de dispositivos ideológicos y simbólicos. Finalmente, aflora una tercera perspectiva, que partiendo de la idea constructivista de que la identificación nacional es el resultado de un proceso histórico y político contingente, “enfatisa la sedimentación de esos procesos en la configuración de dispositivos políticos y culturales relevantes (Grimson, 2012, p. 163)”. Ahora bien, no estamos frente a una sociedad homogénea, sino frente a una diversidad contextualmente

legítima en el sistema-mundo moderno/colonial (Quijano, 2007), configuró las identidades nacionales como modos de homogeneización imaginaria de la población. Las políticas culturales han tenido a su vez un rol fundamental en la producción y reproducción de tales identidades.

La apropiación de esos recursos simbólicos determina las relaciones entre individuos y grupos, para constituir en definitiva relaciones de poder que los posicionan en la sociedad. A su vez, esa apropiación de repertorios culturales –de sentido–, interiorizados y objetivados (Bourdieu, 2000), construye identidades culturales, al desempeñar una función diferenciadora e identificadora.

Ahora bien, “Si la identidad es en cierto modo constituida por la modernidad y a la vez es constitutiva de esta, los discursos identitarios actuales omiten cuestionar su propia ubicación dentro de las formaciones del poder moderno y su implicación con ellas” (Grossberg, 2003, p. 151).

Si partimos de la idea de Hall según la que “... las identidades se construyen dentro del discurso y no fuera de él, [y que] debemos considerarlas producidas en ámbitos históricos e institucionales específicos en el interior de formaciones y prácticas discursivas específicas, mediante estrategias enunciativas específicas” (2003, p. 18), es necesario indagar sobre la relación entre estas y las políticas culturales presentes en las sociedades contemporáneas.

García Canclini – afirma que:

Aun en los países en que la legislación y los discursos oficiales adoptan la noción antropológica de cultura, que confiere legitimidad a todas las formas de organizar y simbolizar la vida social, existe una jerarquía de los capitales culturales: vale más el arte que las artesanías, la medicina científica que la popular, la cultura escrita que la oral. En los países más democráticos, o donde los movimientos revolucionarios lograron incluir saberes y prácticas de indígenas y campesinos en la definición de cultura nacional –como México–, los capitales simbólicos de los grupos subalternos tienen un lugar subordinado, secundario, dentro de las instituciones y los dispositivos hegemónicos. (1999, pp. 17- 18)

Las reflexiones anteriores demuestran que más que con las identidades esenciales que dicen preservar, las políticas culturales tienen que ver con las relaciones de poder que se tejen al interior de las sociedades, y en particular, “el poder simbólico para ordenar el conocimiento, alinearlos, clasificarlos y arreglarlos, y así para dar sentido a objetos y cosas a través de la imposición de esquemas de interpretación, erudición y la autoridad experticia” (Hall, 2005).

articulada, es decir, una heterogeneidad. Lo que sucede es que estos procesos no se dan solo en el plano simbólico como suponen los constructivistas, sino que entran en ‘formaciones nacionales de alteridad’ (Briones, 2004, p. 16), que producen no solo identidades y pertenencias sino *condiciones de existencia* diferentes para aquellos grupos de personas que son considerados “otros culturales” en relación con los grupos que se consideran representativos del mito de la “identidad nacional”.

En definitiva, los mecanismos legales de protección de bienes culturales, como representaciones simbólicas de los procesos de identificación, se orientan a asimilar y homogeneizar las diversas identidades existentes al interior de los Estados Nacionales, ocultando la diversidad y su potencialidad de conflicto, a la vez que, en el ámbito internacional, contribuyen a legitimar la primacía de la cultura europea por sobre las restantes, lo que conduce a impugnar la relación necesaria propuesta.

Los bienes culturales que integran el patrimonio cultural de un estado no remiten a lo que su sociedad ‘es’, en el sentido de una expresión auténtica que se origina en el pasado y que trasciende hacia el presente y futuro, sino más bien a cómo y por quiénes ha sido representada, lo que resulta imposible definir desde una visión esencialista de las identidades.

Las críticas que al concepto tradicional de identidad se han formulado desde los estudios culturales²⁹ (EC) no tienden a remplazarlo, sino a resignificarlo desde un enfoque deconstructivo.

La identidad es un concepto de este tipo, que funciona «bajo borradura» en el intervalo entre inversión y surgimiento; una idea que no puede pensarse a la vieja usanza, pero sin la cual ciertas cuestiones clave no pueden pensarse en absoluto” y aunque “...no funcionen ya dentro del paradigma en que se generaron en un principio (cf. Hall, 1995). La línea que los tacha permite, paradójicamente, que se los siga leyendo. (Hall, 2003, p. 14).

Si se parte de que “... [las identidades] son más un producto de la marcación de la diferencia y la exclusión que signo de una unidad idéntica y naturalmente constituida” (Hall, 2003, p. 18), es necesario construir una alternativa que renuncie a las dinámicas productoras de desigualdad del pensamiento moderno. “Aquí, el problema consiste en evitar partir de las cuestiones de la diferencia; una política contramoderna debe eludir la lógica de la diferencia y (re)capturar la posibilidad de una política de la otredad” (Grossberg, 2003, p. 158).

En este contexto, aparece la interculturalidad como concepto, práctica, proceso y proyecto (Walsh, 2009).

La interculturalidad significa –en su forma más general– el contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos; en condiciones de igualdad (...) [que] intenta romper con la historia hegemónica de una cultura dominante y otras subordinadas y, de esa manera, reforzar las identidades

²⁹Eduardo Restrepo sostiene que “(...) los estudios culturales refieren a ese campo transdisciplinario constituido por las prácticas intelectuales para comprender e intervenir, desde un enfoque contextual, en cierto tipo de articulaciones concretas entre lo cultural y lo político. El pluralismo metodológico y de las técnicas de investigación suponen, sin embargo, un método específico: escudriñar, en la densidad de lo concreto, la red de relaciones constitutivas de una problemática determinada por la intersección de lo cultural y lo político” (Restrepo, 2012, p. 148).

tradicionalmente excluidas para construir, tanto en la vida cotidiana como en las instituciones sociales, un convivir de respeto y legitimidad entre todos los grupos de la sociedad. (Walsh, 2009, p. 41)

La interculturalidad propone una transformación de las estructuras sociales, políticas, jurídicas y epistemológicas, desde la igualdad, el respeto por las diferencias y la convivencia democrática.

En este sentido, la interculturalidad debe ser diferenciada de la multiculturalidad, que es un término esencialmente descriptivo de las diferentes culturas existentes en un determinado espacio, sin contemplar el aspecto relacional. La multiculturalidad se expresa en una política de tolerancia respecto del ‘problema’ de las minorías, ocultando las desigualdades sociales existentes sin cuestionar las instituciones y prácticas hegemónicas que las sostienen.

Al comprender la interculturalidad desde la perspectiva de la diferencia colonial, se introduce de entrada la dimensión del poder, que generalmente es olvidada en las discusiones relativistas de la diferencia cultural (Escobar, 2003) y en el tratamiento de orientación liberal de la diversidad étnica y cultural que el multiculturalismo, particularmente en sus versiones oficial y académica, sostiene. Por otra parte, y tomada en conjunto, la interculturalidad y la diferencia colonial no son comprendidas por su carácter descriptivo –de identidad política o particularismos minoritarios–, sino más bien como indicativas de una realidad estructural histórica y sociopolítica necesitada de descolonización y transformación. Más aún, denota y requiere una acción transformadora, una acción que no se limite a la esfera de lo político, sino que infiltre un verdadero sistema de pensamiento. (Walsh, 2007, p. 56)

Se propone, entonces, una reconstrucción de las políticas culturales, que dé cuenta de los derechos de las comunidades y grupos en torno a lo cultural. De este modo, al pensar a la cultura en clave de derechos humanos, es posible entenderla como una herramienta que, a partir de una resignificación contrahegemónica, pueda el rol que las políticas culturales han desempeñado como reproductoras de las desigualdades sociales y les atribuya un nuevo papel, en el que se pongan en disputa los discursos dominantes sobre las identidades y las memorias nacionales, se impugnen las tradiciones culturales y las instituciones que las resguardan y, finalmente, se reivindicquen los colectivos humanos históricamente silenciados junto a sus bienes y prácticas culturales.

Los derechos culturales en clave emancipadora

El campo de los derechos culturales constituye una categoría descuidada (Symonides, 1998) en el concierto de los derechos humanos, en el que las declaraciones políticas de los diferentes

gobiernos sobre su importancia son inversamente proporcionales a las políticas que efectivamente los promueven y garantizan.

Es precisamente su postergación a la hora de su incorporación a instrumentos internacionales de derechos humanos, y su aplazamiento en las agendas de los órganos de protección, lo que ha contribuido a que cobren centralidad en el terreno de las luchas sociales.

Trabajar en la consolidación de los derechos culturales supone avanzar en la adopción de algunos acuerdos en cuanto a qué entendemos por cultura. Esto aportará en la definición del contenido de los derechos culturales y posibilitará el diseño de mecanismos jurídicos, políticos y sociales para su garantía.

La cultura, en un sentido sociológico, supone la existencia de un conjunto de creencias y prácticas comunes a un grupo social. También refiere a la red de símbolos que posibilitan la comunicación y da lugar a procesos de identificación cultural. Ello se expresa en procesos complejos que permiten la producción, la circulación y el consumo de símbolos y artefactos alrededor de los cuales se tejen relaciones de poder.

La cultura, desde otro punto de vista, impone un repertorio de modelos que contiene a los individuos y que opera como límite dentro del que la conducta social debe ser contenida constituyendo una tecnología de control. Así, la cultura es también un instrumento para garantizar la continuación y la reproducción de las estructuras que articulan el poder y la sociedad, con los efectos correspondientes de exclusión y la desigualdad (Ramoneda, 2014).

Para señalar esta dualidad, es que preferimos con Joaquín Herrera Flores hablar de procesos culturales, es decir “de estructuras dinámicas, abiertas a la interacción, plurales y, por supuesto, inmanentes a los diferentes contextos sociales, económicos, políticos y económicos” (Herrera Flores, 2005b, p. 52).

Si pensamos en las prácticas discriminatorias sustentadas en desigualdades de género, orientación sexual, raza, clase social, resulta evidente su imbricación con construcciones culturales. Así, gran parte de las luchas actuales por la inclusión y la igualdad se expresan en términos de derechos culturales, dado que se relacionan con reivindicaciones ejercidas colectivamente y relacionadas con imaginarios, identidades y modos de vida, que garantizan, de un modo u otro, el acceso a todos los derechos humanos.

En este sentido afirma Touraine (2000) que “la lucha social hoy, es por los derechos culturales”.

Ello es así, pues existen dos formas de comprender los procesos culturales:

desde una perspectiva reguladora, en función de la cual aceptamos un orden de cosas como si fuera el único realizable y posible, o desde una perspectiva emancipadora, desde que negamos que sólo exista una posibilidad de percibir y actuar en el mundo. (Herrera Flores, 2005b, p. 52)

Es aquí donde se articula la dimensión política de los procesos culturales:

Las políticas culturales, pues, deben elaborar espacios (públicos y privados) de construcción colectiva de la subjetividad y de la ciudadanía: es decir, espacios de construcción de universos simbólicos, plurales e interactivos, de prácticas sociales antagonistas a los órdenes hegemónicos monoculturales y de agendas políticas alternativas. (Herrera Flores, 2005b, p.136)

De este modo, la cultura es el espacio en el que se construye la hegemonía, pero también la zona en que nacen los procesos contrahegemónicos.

Se retoma el concepto gramsciano de hegemonía, desde la perspectiva propuesta por los EC. Si Gramsci destacó las dimensiones culturales de la dominación, visibilizando los consensos que favorecen su constitución, los EC destacaron la imbricación de la cultura con todas las prácticas sociales considerándola la suma de todas las interrelaciones (Hall, 2010 b, p. 32). Así, a partir del reconocimiento de la “interacción de todas las prácticas entre sí y dentro de las demás” (Hall, 2010 b, p. 33) se evita el problema de la determinación, destacando que la separación de la cultura de otras esferas de la actividad humana es un producto moderno (Raymond Williams,1980), y que, en definitiva, la importancia de la cultura radica en que “no existe ningún proceso social que carezca de significación (Grimson, 2012, p. 41)”. Las plusvalías semióticas presentes en todo proceso social originan contiendas entre diversos actores que pugnan por significarlas. En esa disputa son interpeladas las desigualdades sociales, sus legitimaciones y sus posibilidades de transformación (Grimson, 2012, p. 41), lo que permite pensar en articulaciones y procesos de constitución hegemónica.

La obra de Laclau y Mouffe (1987) es central en el desarrollo del concepto. Para ellos,

La hegemonía supone el carácter incompleto y abierto de lo social, que sólo puede constituirse en un campo dominado por prácticas articulatorias (...) Las dos condiciones de una articulación hegemónica son, pues, la presencia de fuerzas antagónicas y la inestabilidad de las fronteras que las separan. Sólo la presencia de una vasta región de elementos flotantes y su posible articulación a campos opuestos – lo que implica la constante redefinición de estos últimos– es lo que constituye el terreno que nos permite definir a una práctica como hegemónica. Sin equivalencia y sin fronteras no puede estrictamente hablarse de hegemonía. (Laclau y Mouffe, 1987, pp. 155-157)

Desde este punto de vista, la hegemonía establece los términos y la condición de posibilidad del conflicto, mediante “la producción de sentidos comunes y subalternizaciones naturalizadas” (Grimson, 2012, p. 46), de modo tal que los reclamos de los sectores subalternos se canalizan *dentro* de sus límites. Aquí surge entonces la pregunta de si lo subalterno puede hablar sin ser hablado por la hegemonía (Spivak, 2003), es decir si los sujetos subalternos pueden eludir posicionarse en los lugares de enunciación delineados por el dispositivo hegemónico. Para ello recurrimos al concepto de contrahegemonía.

En otro extremo, el concepto de contrahegemonía, eficazmente desarrollado por Boaventura de Sousa Santos (2008), refiere a los distintos modos de resistencia que aparejan las configuraciones hegemónicas. La contrahegemonía se diferencia de la hegemonía no solo porque se opone a ella, sino porque se construye como un lugar de enunciación que opera en los márgenes de la hegemonía, buscando transformarlos.

Como alternativa de emancipación social, la contrahegemonía, según Santos (2008), se expresa en los siguientes tópicos: 1. Democracia participativa. 2. Sistemas alternativos de producción. 3. Justicias y ciudadanía multiculturales emancipadoras 4. Biodiversidad, saberes rivales y derechos de propiedad intelectual. 5. Nuevo internacionalismo laboral. En consecuencia, se opone a los elementos característicos de la modernidad capitalista: 1. Republicanismo liberal, 2. Noción de progreso y acumulación ascendente, 3. Monoculturalismo, 4. Depredación de la naturaleza y 5. Pensamiento científico ilustrado. De este modo, y a partir de los movimientos que generan las sociedades civiles emergentes, “... el subalterno puede hablar, como certifica la historia de los movimientos de liberación del siglo XX” (Said, 2004, pp. 440-441), lo que implica no negar sino reforzar los aportes de Spivak, ubicándolos en un campo más amplio (Grimson, 2012).

Aplicando esas categorías al problema de los derechos culturales y su protección, la hegemonía supone una selectividad del circuito cultural, a la vez que los cambios de la hegemonía suponen un desplazamiento de ese punto de articulación, entre lo pensable y lo no pensable como producto, bien o práctica cultural. Ese desplazamiento va modificando no solo el contenido de lo valorable como cultura, sino también la memoria histórica, el legado cultural, el nosotros y el *a priori* histórico antropológico desde el que se construye.

La utilidad de la distinción analítica y conceptual entre hegemonía y contrahegemonía que proponemos, permite esquematizar por contraste entre dos polos antagónicos, para iluminar todo un espacio de oscilación donde se juegan discursos diversos acerca del rol de los derechos culturales, entre ellos su propia caracterización como derecho humano, que es el principal objeto de esta tesis.

Si, a la vez que se reconoce el carácter discursivo y cultural de los derechos humanos, se advierte que los derechos culturales se encuentran atravesados por prácticas y discursos hegemónicos sobre las memorias y las identidades de una región, es posible articular ambas problemáticas. La consolidación de los derechos culturales *desde* el Sur Global, requiere una resignificación y una reapropiación del marco desde el que se comprenden los derechos humanos, que deslegitime el rol que las políticas culturales estatales han desempeñado como reproductoras de las desigualdades sociales, y les atribuya un nuevo papel en la concreción de la dignidad humana.

Capítulo I: El Derecho Internacional de la Cultura. Trayectoria de las Políticas Culturales Internacionales.

1. Los orígenes

Las políticas culturales internacionales se encuentran fuertemente ligadas a las ideas de patrimonio cultural e identidad nacional. Como afirma Rubens Bayardo (2008, p. 18), se trata de un campo problemático construido en la segunda mitad del siglo veinte y al interior del sistema de Naciones Unidas (NU), donde se crean organizaciones para administrarlas y conferencias intergubernamentales que definen sus conceptos básicos y agendas comunes. “Las políticas culturales han nacido como políticas de los Estados nacionales, orientadas a su consolidación y legitimación dentro del espacio de su territorio y de las relaciones internacionales” (Bayardo, 2008, p. 18), de manera tal que fueron definidas inicialmente en torno al concepto de identidad nacional y a una noción patrimonialista de la cultura. La ampliación y complejidad de los derechos culturales es un fenómeno mucho más reciente, en el que se expresan derechos individuales y colectivos que se definen ahora en relación con la idea de pluralidad y diversidad de las culturas, como hemos señalado en la introducción.

Para comprender el modo en que se concibieron y llevaron adelante las políticas culturales internacionales, partiremos entonces de un recorrido sobre la idea y las estrategias de conservación del patrimonio cultural.

La conservación del patrimonio cultural nació en Europa, en el siglo XIX, cuando la antropología y la historia del arte se preocuparon por abordarla científicamente, y constituye un rasgo de la modernidad³⁰ (Galí Boadella, 2001; Hernández i Martí, 2008).

³⁰ ‘Modernidad’ es un término de difícil definición desde que ha suscitado debates e interpretaciones contradictorias. El significado más extendido la ubica como un fenómeno generado en occidente hace 500 años y luego extendido a otras sociedades y culturas, basado en ciertos principios organizativos: el capitalismo, la industrialización, la democracia liberal, el Estado-nación, el racionalismo, la familia burguesa. La modernidad se construye por oposición a lo tradicional (entendido como primitivo), desde un esquema de evolución progresiva que se autorrealiza, y se expresa en una serie de rupturas, que marcan una distancia histórica con el medioevo, y que contribuyen a explicar la dicotomía moderno/tradicional en distintos ámbitos. Así las categorías capitalista/pre-capitalista, pensamiento mágico/pensamiento científico, sagrado/secular, se constituyen en las claves de un trazado jerarquizado del espacio y del tiempo, donde Occidente es a la vez el pasado, en que se ubica el origen de la modernidad y el futuro, como horizonte al que todas las sociedades deberían aspirar. Estos procesos se expresan en distintos tiempos y en distintos lugares del mundo, por lo que también se ha hablado de ‘modernidades’ en plural (Szurmuk y Mckee, 1999). Desde América Latina, el grupo

Como aspecto común a varias definiciones tradicionales, es posible señalar que se consideraba patrimonio a aquel bien cultural, material o documental, al que la sociedad atribuía ciertos valores específicos, que podrían resumirse en: históricos, estéticos o de uso (Viladevall i Guasch, 2003, p. 17). Esta concepción de lo patrimonial llevó a la postre a una idea de puesta en valor económico de los bienes culturales susceptibles de ser admirados por su historia o belleza y al nacimiento de un mercado que mueve cifras astronómicas a su alrededor.

Si bien la idea tradicional del patrimonio se desarrolla con fuerza en la Europa del siglo XIX, es un fenómeno cuya genealogía en la cultura occidental es antigua. Deriva de las primeras formas de apropiación, vinculadas al coleccionismo de objetos y, por ende, se la relaciona a la idea de propiedad privada.

En la Antigüedad y durante la Edad Media, los bienes culturales se adquirían, en la mayoría de los casos, como botines de guerra. Por eso eran valorados solo desde su contenido económico, derivado de la rareza de sus materiales. Se los desligaba entonces de las expresiones culturales de los pueblos vencidos o conquistados. Su disfrute era individual o privado y se relacionaba con la expoliación (Llull Peñalba, 2005).

Como excepción a esta regla, se rescataban de la destrucción ciertos monumentos del mundo antiguo que tenían por objeto la rememoración de determinados héroes, personajes o hazañas (Galí Boadella, 2001, p. 35). De este modo, solo se reconocía protección a aquellos bienes artísticos y/o escritos elaborados intencionadamente para recordar.

En el Renacimiento, los objetos comenzaron a ser valorados como testimonio de la historia, dando lugar a un nuevo concepto: el de monumento, y a nuevas técnicas de estudio, inventario, catalogación y mecenazgo. Etimológicamente, monumento procede del latín *monere*, que significa recordar, lo que pone de relieve no solo la cualidad rememorativa sino sobre todo el valor documental de los bienes culturales y así se conecta al patrimonio con la capacidad de reflexión histórica. Ello llevará a sostener que fue durante el Renacimiento cuando se originó la moderna conservación de monumentos y la instauración de normas jurídicas para su protección.

modernidad/colonialidad, propone una mirada crítica sobre el fenómeno, señalando una relación de co-constitución mutua entre 'modernidad' y 'colonialidad', que se asocia al surgimiento del nuevo patrón de poder mundial, capitalista y eurocentrado en el que se inscriben relaciones de dominación que configuran el universo específico de la modernidad. Para esta perspectiva, la colonialidad, que nace y se mundializa con la conquista de América "Se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder, y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas, de la existencia cotidiana y a escala social" (Quijano, 2007, p. 93).

En la Edad Moderna, los bienes culturales no solamente sirvieron para recordar y documentar el pasado, sino que además se constituyeron en modelos estéticos de la cultura clásica europea.

Las primeras formas de valoración del patrimonio, entonces, se relacionaban con el coleccionismo de objetos y, por lo tanto, con su consideración como propiedad privada. A medida que las sociedades se enriquecieron en la producción de cultura material, se identifica una preocupación por lo patrimonial, cimentada en la conciencia de que la cultura objetivada puede dar testimonio de la continuidad de la comunidad en el tiempo, y de que el patrimonio constituye un legado narrativo de la memoria de las generaciones anteriores destinado a su transmisión a las venideras. En estas primeras experiencias de conservación no se reconoce el carácter público del patrimonio, sino un disfrute individual y restringido a ciertos sectores privilegiados de la sociedad.

El interés por el tratamiento jurídico y político del patrimonio cultural se institucionaliza junto con el nacimiento del Estado-Nación, período en el que inscribirá el movimiento conservacionista moderno basado en un proceso de catalogación y selección resuelto –en última instancia– en un dictamen experto (Ballart, 1997, p. 53). Sin embargo, esa primera institucionalización no logró colocar al patrimonio en el ámbito del dominio público. Desde los orígenes, su regulación estará marcada por la colisión de este interés con la propiedad privada, derecho estelar y omnicompreensivo del estado liberal. Este es uno de los conflictos de intereses que están, a nuestro juicio, en los cimientos de la exclusión del patrimonio cultural en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.³¹

La consideración del patrimonio nacional como bien público al que es preciso proteger por sus valores históricos, económicos y simbólicos, es decir como objeto de tutela estatal, eclosiona en los sistemas jurídicos de los Estados modernos de Europa y América, en el siglo XIX. Claro que la regulación del patrimonio nacional tendrá un rol diferente en la configuración de las identidades nacionales en Europa que el que desempeñó en América. Es aquí nuevamente ilustrativa la metáfora de la doble cara de la modernidad que plantea Mignolo (2001), porque en América, la idea de la identidad nacional, homogénea y genéricamente europea, narrada y reproducida mediante el patrimonio nacional, se sostiene sobre la cancelación violenta de la memoria y las culturas originarias (Segato, 2010; Briones, 2005).³²

³¹ Volveré sobre este tópico en el Apartado 3 c) de este capítulo.

³² Profundizaremos sobre esta cuestión en el Capítulo II.

Fue luego de la Revolución Francesa cuando se produjo un cambio de concepción del patrimonio, que lo llevó desde el dominio privado al público, poniendo el acento en su valoración como símbolo de la identidad nacional.

El Romanticismo, por su parte, se preocupó por dotar a los bienes culturales de una fuerte carga emocional, y por desarrollar el turismo cultural y la Historia del Arte.

En este contexto surgirán las primeras normas jurídicas que establecerán criterios de protección, órganos de expertos, restricciones al dominio destinadas a la conservación e incluso la expropiación de bienes culturales. Este proceso se enriquecerá con la incorporación, a los museos europeos, de numerosos bienes culturales saqueados durante la expansión colonial.³³

Hasta entrado el siglo XX, el patrimonio cultural fue de la mano de una concepción de la cultura asociada a la erudición o al virtuosismo más o menos logrado en alguna disciplina estética, es decir, fue descontextualizado y divorciado de toda interacción con la sociedad. Existiría en términos de cultura un único mundo: Europa, y un solo ser humano: el ser europeo.

En este contexto nacerá una de las obras fundantes sobre la conservación del patrimonio, cuyos conceptos conservan aún una fuerte influencia en las políticas públicas de preservación del patrimonio cultural: ‘El culto moderno a los monumentos’, del historiador Aloïs Riegl (1903).³⁴

El libro establece el origen y define los diferentes criterios de valoración de los monumentos, desde la consideración de que el culto a los monumentos es un producto de la modernidad.

Riegl categorizaba esos criterios en dos grupos: “Valores rememorativos: entre los que se encontraba el valor de antigüedad, el valor histórico o documental, y el valor rememorativo intencionado. Valores de contemporaneidad: entre los que citaba el valor instrumental o funcional, y el valor artístico propiamente dicho” (Llull Peñalba, 2005, p. 191).³⁵ Además, al hablar de valores “se

³³En el mismo sentido, Benjamin sostiene que el patrimonio cultural puede ser definido como un “documento de la barbarie” (1995, p. 52).

³⁴Aloïs Riegl (Linz, 1858 - Viena, 1905), fue un importante historiador del arte. Cuando escribió *El culto moderno a los monumentos*, se desempeñaba como presidente de la Comisión de Monumentos Históricos del imperio austrohúngaro. También se desempeñó como conservador del Museo de Artes Decorativas de Viena y catedrático en la Universidad de Viena. Si bien la obra data de 1903, su primera traducción al español fue en 1987 (*El culto moderno a los monumentos: caracteres y origen* / Aloïs Riegl; traducción de Ana Pérez López, 1 ed. Madrid: Visor, 1987, La balsa de la Medusa; 7, de allí su extendida influencia).

³⁵Para la definición de los valores rememorativos, Riegl parte de un pensamiento evolutivo, al que considera “el núcleo de toda concepción histórica moderna” (2008 [1903], p. 24), de modo tal que deberá reconocérsele valor a todo testimonio –sea monumento artístico o monumento escrito– que represente, en sus palabras, etapas destacadas de la evolución de la historia humana. Dentro de los valores rememorativos, se considera en primer término al ‘valor de antigüedad’ o ‘moderno culto a las ruinas’, que postula una relación de carácter evolutivo, que se evidencia a partir de la constatación de una apariencia no moderna. Esta última debe ser susceptible de manifestarse de modo inmediato por medio de la percepción sensorial. A diferencia del valor de antigüedad, el ‘valor histórico’ descansa, para Riegl sobre una base científica, y requiere para su apreciación de una reflexión intelectual, que traiga al presente una etapa específica de la historia evolutiva. Por último, el ‘valor rememorativo intencionado’, tendrá desde el momento de su creación la finalidad de permanecer vivo en la conciencia de la posteridad. Para la definición de los valores de contemporaneidad, es irrelevante

refería sobre todo a aquellas cualidades que la modernidad otorga a los monumentos” (Galí Boadella, 2001, p. 38), subrayando que el tiempo fundamental en el patrimonio es el presente, porque, en definitiva, el patrimonio cultural es siempre contemporáneo.³⁶

En consonancia con el carácter evaluable que se predica del patrimonio, y renovando las categorías de Riegl, noventa y cuatro años después Josep Ballart (1997)³⁷ definirá los valores atribuibles a los bienes culturales en ‘valores de uso’, ‘valores formales’ y ‘valores simbólico-significativos’, siempre considerados desde su dimensión histórica³⁸, ya que aun cuando incorpora la dimensión simbólica, lo hace en términos de evocación de hechos o personajes del pasado.

La atribución de valores, además de constituir el eje de las definiciones clásicas, compone una de las políticas más básicas en materia de patrimonio cultural, que se expresa en el procedimiento de selección, aspecto que es señalado por varios autores (Hernández y Tresserras, 2001; Llull Peñalba, 2005). Además, apareja una concepción estática del patrimonio basada en sentidos de autenticidad, materialidad y monumentalidad (Núñez, 2013, p. 5). En este sentido, Munjeri expresa que:

De los escritos de Aloïs Riegl a las políticas de la *Burra Charter*, estos valores se han ordenado en categorías tales como categoría estética, categoría política, es decir, tipologías que representan un enfoque reduccionista para estudiar la compleja cuestión de lo que constituye el patrimonio cultural. Más restrictivas aún eran las nociones de ‘autenticidad’ atribuidas a este patrimonio. Así, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural en la Guía Operativa para la aplicación de la Convención Mundial del Patrimonio, basada en la Carta de Venecia, definía la autenticidad reduciéndola a cuatro elementos, a saber: ‘autenticidad en los materiales’, referente a los valores físicos o fidelidad al objeto; ‘autenticidad en el trabajo’, coherente con la idea de que los productos materiales son portadores del genio creativo; ‘autenticidad en el diseño’, valores basados en la intención original del creador (arquitecto, ingeniero, etc.) y ‘autenticidad en el marco’ o fidelidad al contexto, es decir, valores contingentes basados en consideraciones locales y espaciales. En esencia, la cuestión del patrimonio cultural pasó a estar intrínsecamente relacionada con la cuestión de los valores y estos tenían mucho que ver con los atributos materiales. (Munjeri, 2004, p. 14)

su vinculación con el pasado. Riegl destacará en esta categoría aquellas creaciones modernas con capacidad de satisfacer necesidades espirituales o materiales. A las primeras, referirá el ‘valor artístico’ y a las segundas el ‘valor instrumental’.

³⁶En este sentido, Riegl afirmará que el valor de antigüedad “es el más moderno y tiene vocación de futuro, porque las ruinas son aquellos monumentos que pueden mostrar el ciclo de creación y destrucción, en consonancia con la lectura evolutiva de la historia.

³⁷Josep Ballart, catedrático en la Universidad de Barcelona es uno de los autores contemporáneos más importantes en español sobre museología y gestión del patrimonio cultural.

³⁸Señalan Ballart Hernández y Juan i Tresserras (2001, pp. 20-21) que la noción de valor, asociada al concepto de patrimonio, se acentúa que el patrimonio vale por aquello que atesora y que puede concretarse en tres categorías: a) el valor de uso, referido a la satisfacción de necesidades concretas; b) el valor formal, o estético, que se asocia al placer estético y la emoción y c) el valor simbólico, que evoca o representa un personaje, una cultura o un acontecimiento del pasado.

Si bien aún hoy los valores materiales siguen estando en el foco de las definiciones sobre el patrimonio cultural, marcando una continuidad conceptual, desde hace varias décadas se ha dado inicio a un cambio, a un replanteamiento de lo patrimonial, basado ahora –más que en valores o cualidades intrínsecas– en el sentido de las expresiones culturales.³⁹

2. La primera generación de políticas culturales

Paralelamente al desarrollo de la legislación interna sobre el patrimonio nacional, la regulación de los bienes culturales, y su valoración como bienes jurídicos protegidos ha sido materia de interés del Derecho Internacional, a instancia de los mismos Estados europeos. Este proceso de desarrollo internacional de normas jurídicas de protección, recomendaciones y políticas públicas en materia de patrimonio cultural, logrará expandir territorialmente y hacer hegemónicos los discursos y las políticas patrimoniales antes descriptos.

En esta primera generación de políticas culturales

(...)las intervenciones en las artes, las letras y el patrimonio, con las que preponderantemente se identificaba a la ‘cultura’, han tendido a conformar un cuerpo consagrado y cerrado de expresión ‘legítima’ y ‘auténtica’ de lo nacional, supuestamente compartido por la totalidad social dentro de un territorio dado. (Bayardo, 2008, p. 21)

Los primeros antecedentes datan del siglo XIX y se vinculan a la protección de bienes culturales durante los conflictos armados. Antes, la guerra era considerada por el derecho internacional un título legítimo de adquisición de los bienes del enemigo.

En 1874, durante la Conferencia de Bruselas, convocada por el fundador de la Cruz Roja Henry Dunant, se propusieron principios que ordenaban la protección e identificación de bienes culturales. Aunque el texto de la Declaración propuesta no fue ratificado, esas directrices fueron luego

³⁹Profundizaremos sobre esto más adelante, en este mismo capítulo.

incorporadas a instrumentos que emanaron de las Conferencias de Paz de La Haya de 1899⁴⁰ y 1907⁴¹, donde comienza a germinar la protección internacional del patrimonio cultural, sostenida en una concepción universal de la cultura y en la idea de patrimonio común de la humanidad.⁴²

Cuando las dos guerras mundiales estallan en el centro de Europa, y el saqueo de la cultura material se produce en su patio trasero, la preocupación por lo patrimonial logra cuajar en normas de carácter vinculante, aunque sin alcanzar un compromiso de restitución de bienes de las culturas saqueadas durante la expansión colonial⁴³, aspecto que constituirá uno de los reclamos centrales de los Estados nacidos de la explosión descolonizadora.⁴⁴

En la segunda posguerra, el Convenio para la Protección de la Población Civil en tiempos de guerra⁴⁵, conocido como IV Convenio de Ginebra de 1949, refuerza los principios de La Haya, al prohibir utilizar como objetivo a la población y a los bienes civiles, a la vez que considera como infracciones graves la destrucción y la apropiación de bienes no justificados por necesidades militares, con base en su lógica de distinciones duales.

⁴⁰El Reglamento anexo a la II Convención de La Haya sobre usos y costumbres de la guerra terrestre establece en su artículo 27 que: “En los sitios y bombardeos deberán tomarse todas las medidas necesarias para librar, en cuanto sea posible, los edificios consagrados al culto, a las artes, a las ciencias y a la beneficencia, los hospitales y los centros de reunión de enfermos y heridos, siempre que no se utilicen dichos edificios con un fin militar. El deber de los sitiados es señalar estos edificios o sitios de reunión con signos visibles y especiales, que serán notificados de antemano al sitiador”, luego, el artículo 56 referido a la ocupación del territorio enemigo dispone que “Los bienes comunales, los de los establecimientos consagrados al culto, a la caridad y a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun perteneciendo al Estado, serán tratados como la propiedad privada. Toda apropiación, destrucción o daño intencional de dichos establecimientos, de monumentos históricos, obras de arte y de ciencia están prohibidas y deben ser perseguidas”.

⁴¹En una fórmula que reproduce casi textualmente a su antecedente, el Reglamento anexo al IV Convenio de La Haya sobre usos y costumbres de guerra terrestre, también prevé en su artículo 27 que “En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares. Los sitiados están en la obligación de señalar esos edificios o lugares de asilo con signos visibles especiales que se harán conocer de antemano al sitiador”, y luego, en el artículo 56 referido a la ocupación de territorio enemigo, dispone que “Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada. Se prohíbe y debe perseguirse toda ocupación, destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas”.

⁴²Estas concepciones se evidencian en el preámbulo del Convenio de La Haya de 1954, donde se afirma que “los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial” y que “la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo y que conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional”.

⁴³La Convención de 1954 no tiene aplicación retroactiva.

⁴⁴La restitución de bienes robados o perdidos como consecuencia de una ocupación extranjera o colonial no se encuentra regulada por un tratado, ya que la Convención para la Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales aprobada en 1970 y el Convenio de UNIDROIT no resultan aplicables a esos supuestos. Pese a ello, y para dar cauce a los reclamos de los Estados antes sometidos a una dominación colonial, la Conferencia General de la UNESCO creó en 1978 como órgano subsidiario el Comité intergubernamental para la promoción del retorno de bienes culturales a sus países de origen o la restitución en caso de apropiación ilícita. Se trata de un órgano intergubernamental permanente, independiente de la Convención de 1970. Desde su creación hasta la fecha, el Comité –que no ejerce una función judicial ni decisoria, sino que estimula la negociación entre las partes–, solo ha resuelto con éxito seis (6) casos.

⁴⁵Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

Es importante señalar que los instrumentos hasta aquí analizados nacen de la mano del Derecho Internacional Humanitario⁴⁶, cuya consolidación es producto de la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja. Este se produjo al margen de la ONU como consecuencia de la decisión adoptada por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización durante su primer período de sesiones (1949) que decidía excluir al Derecho Internacional Humanitario de las materias, cuya codificación iba a tratar. Se entendía “que sus trabajos en esa materia serían interpretados por la opinión pública como un síntoma de falta de confianza en la eficacia de las Naciones Unidas” (Pastor Ridruejo, 1996, p. 675), que prohíben el uso de la fuerza armada como medio de solución de las controversias.⁴⁷

El paso más trascendente se logra con la Convención sobre la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954)⁴⁸, actualmente es el principal instrumento internacional para la protección de los bienes culturales⁴⁹ en esas situaciones.

La Convención de 1954 ha sido ratificada por un representativo número de Estados⁵⁰, por lo que sus principios se consideran aplicables a todos como parte del Derecho Internacional consuetudinario. Su mérito más loable es el de haber establecido una ‘protección general’ para los bienes culturales de carácter material, que se cimienta sobre los principios de salvaguardia y respeto (artículo 2), contra los efectos previsibles de un conflicto armado, absteniéndose de exponerlos a destrucción o deterioro y de todo acto de hostilidad o represalia respecto de estos. También se establece un sistema de ‘protección especial’, destinado exclusivamente a los bienes que hayan atravesado un procedimiento de inscripción en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial⁵¹, que gozarán de inmunidad (artículo 9), a la vez que se crea un emblema para

⁴⁶El Comité Internacional de la Cruz Roja, define al Derecho Internacional Humanitario como un conjunto de normas destinado a limitar, por razones humanitarias, los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades e impone restricciones a los métodos y medios bélicos.

⁴⁷Artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas (San Francisco, 1945).

⁴⁸En adelante, Convención de 1954. Aprobada y abierta a la firma en la Conferencia Internacional de La Haya celebrada el 14 de mayo de 1954. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁴⁹ El Artículo 1 contiene la siguiente definición de los bienes culturales: Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario: a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos; b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.; c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán «centros monumentales».

⁵⁰134 al 6 de abril de 2023.

⁵¹El artículo 8 de la Convención de 1954 establece que podrá colocarse bajo protección especial un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y

su identificación.⁵² Sin embargo, se deja un amplio margen de discrecionalidad a los estados, al establecerse que podrá dejar de cumplirse esta obligación de existir ‘una necesidad imperativa’ (artículo 4, inc. 2).

Este instrumento fue acompañado de dos protocolos facultativos. El primero⁵³, aprobado junto con la Convención de 1954, aunque con menos Estados parte que esta⁵⁴, establece el tratamiento de los bienes culturales ubicados en territorio ocupado, prohibiendo su exportación (artículo 1, inc. 1), ordenando el secuestro de los bienes culturales importados en su territorio, que procedan directa o indirectamente de cualquier territorio ocupado (artículo 1, inc. 2) y creando mecanismos de restitución en caso de que se los hubiere trasladado para su protección (artículo 2).

El segundo⁵⁵, abierto a la firma en 1999, y ratificado por un discreto número de Estados⁵⁶, contribuye a precisar y a fortalecer el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Convención de 1954. Uno de los aspectos centrales es la delimitación del concepto de ‘necesidad militar imperativa’ que autoriza excepciones al cumplimiento de la obligación de salvaguardia y respeto.⁵⁷ Otro, la instauración de un sistema de ‘protección reforzada’, destinado a los bienes que cumplan las siguientes condiciones: a) que sea un patrimonio cultural de la mayor importancia para la humanidad; b) que esté protegido por medidas nacionales adecuadas, jurídicas y administrativas, que reconozcan su valor cultural e histórico excepcional y garanticen su protección en el más alto grado; y c) que no sea utilizado con fines militares o para proteger instalaciones militares, y que haya sido objeto de una declaración de la Parte que lo controla, en la que se confirme que no se utilizará para esos fines (artículo 10). Esos bienes, que deberán inscribirse en un listado especial (artículo 11), gozarán de

otros bienes culturales inmuebles de *importancia muy grande*, con ciertas limitaciones vinculadas a necesidades militares que surgen del mismo artículo.

⁵² Conocido como Escudo Azul.

⁵³ Aprobado y abierto a la firma en la Conferencia Internacional de La Haya el 14 de mayo de 1954. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#SIGNATURE

⁵⁴ 111 al 24 de marzo de 2020.

⁵⁵ Aprobado y abierto a la firma en la Conferencia Internacional de La Haya del 26 de marzo de 1999. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁵⁶ 86 al momento de redactarse este capítulo (abril de 2023).

⁵⁷ En el artículo 6, relativo al ‘Respeto de los bienes culturales’, establece: A fin de garantizar el respeto de los bienes culturales de conformidad con el Artículo 4 de la Convención: (a) una derogación fundada en una necesidad militar imperativa conforme al párrafo 2 del Artículo 4 de la Convención solo se podrá invocar para dirigir un acto de hostilidad contra un bien cultural cuando y durante todo el tiempo en que: i) ese bien cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar; y ii) no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrece el hecho de dirigir un acto de hostilidad contra ese objetivo; b) una derogación fundada en una necesidad militar imperativa conforme al párrafo 2 del Artículo 4 de la Convención solo se podrá invocar para utilizar bienes culturales con una finalidad que pueda exponerlos a la destrucción o al deterioro cuando y durante todo el tiempo en que resulte imposible elegir entre esa utilización de los bienes culturales y otro método factible para obtener una ventaja militar equivalente; c) la decisión de invocar una necesidad militar imperativa solamente será tomada por el oficial que mande una fuerza de dimensión igual o superior a la de un batallón, o de menor dimensión cuando las circunstancias no permitan actuar de otra manera; d) en caso de ataque basado en una decisión tomada de conformidad con el apartado a), se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.

inmunidad.⁵⁸ Es también un rasgo a destacar que el Protocolo II de 1999 regulará la participación de la UNESCO en tareas de asesoramiento.

Si bien sobran los ejemplos antiguos y recientes de destrucción de patrimonio cultural como consecuencia de conflictos armados, el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario es demostrativo de la trascendencia que la cuestión fue adquiriendo en la sociedad internacional.

Además de los actores estatales, existen otros, de carácter no gubernamental, que impulsaron la adopción de los instrumentos normativos en el ámbito de Naciones Unidas que configuran actualmente el núcleo de la protección internacional del patrimonio, también llamado Derecho Internacional de la Cultura.⁵⁹ En este caso, nos referimos al sector profesional y técnico constituido por arquitectos y expertos en monumentos históricos localizados principalmente en Europa. Estos actores, que a lo largo de una serie de Congresos Internacionales lograron colocar el tópico del patrimonio cultural en la agenda internacional, tuvieron una marcada influencia en el contenido de los instrumentos normativos que estamos describiendo, al producir un *corpus* documental no jurídico, que constituye una expresión doctrinaria plasmada en la base de las Convenciones.

Así, la Carta emanada de la Conferencia de Atenas (1931) sobre la restauración de monumentos históricos, adoptada en el Primer Congreso de Arquitectos y Técnicos de Monumentos Históricos, organizado por la Oficina Internacional de Museos, sentó las bases para considerar al patrimonio como una cuestión de interés público que requiere de la cooperación internacional. A su vez, otra Carta de Atenas (1933), aprobada por la Cuarta Asamblea de Congresos Internacionales de Arquitectura Moderna (1933), redactada y publicada por Le Corbusier anónimamente en París (1941), es considerada un manifiesto urbanístico moderno, que señala la preocupación de los profesionales en torno a la cuestión. Este ciclo se verá completado por la Segunda Conferencia Internacional de Arquitectos y Técnicos de Monumentos Históricos, del que emanará la Carta de Venecia (1964), que recoge los principios de las dos Cartas de Atenas y expresa la necesidad de crear una asociación de especialistas en el área de conservación de monumentos, que se verá concretada al año siguiente, con la creación del ICOMOS.⁶⁰ Este organismo será el responsable de enriquecer, posteriormente, ese corpus documental, con una serie de directrices, recomendaciones y guías operativas que sentarán las bases para las políticas hegemónicas en materia

⁵⁸ Artículo 12.- Inmunidad de los bienes culturales bajo protección reforzada: Las Partes en un conflicto garantizarán la inmunidad de los bienes culturales bajo protección reforzada, absteniéndose de hacerlos objeto de ataques y de utilizar esos bienes o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares.

⁵⁹ Ver cronología normas del sistema de naciones unidas y del sistema interamericano en el Anexo. Este último exhibe un desarrollo mucho más moderado en cuanto a acción normativa refiere.

⁶⁰ Consejo Internacional de Monumentos y Sitios, por sus siglas en inglés, creado en Cracovia (1965), es una ONG que se desempeña como uno de los tres órganos asesores del Comité del Patrimonio Mundial (autoridad de aplicación de la Convención de 1972), junto con la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN) y el Centro Internacional de Estudios de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (ICCROM)

de patrimonio cultural.⁶¹ El origen disciplinar y geopolítico de este sector permite explicar que durante el siglo XX la idea de patrimonio se encuentre íntimamente ligada a los grandes inmuebles y monumentos.

Dentro del Sistema Universal de la ONU, el patrimonio cultural ha sido encomendado a uno de sus organismos especializados, la UNESCO⁶², que diseña las políticas mundiales en torno a su conservación, cuya influencia se ha extendido de modo contundente en Latinoamérica.

En el ámbito de la UNESCO, se aprobó en 1970 la Convención sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia e Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales⁶³, pero el desarrollo más importante llegaría en 1972.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (1972)⁶⁴, norma estelar de la protección internacional del patrimonio cultural, apoyada en la Carta de Venecia establece un dispositivo de protección basado en un sistema de listados de bienes culturales y naturales que son elegidos en base al criterio del ‘valor universal excepcional’, de otros catálogos de bienes propuestos por los Estados Parte en la Convención.

La incorporación de bienes culturales al listado de lo que conocemos como Patrimonio Cultural Mundial de la Humanidad es definida por un órgano intergubernamental, cuya creación y funcionamiento regula la propia Convención de 1972, denominado Comité del Patrimonio Mundial, integrado actualmente por veintiún representantes elegidos entre los Estados partes de acuerdo con una representación equitativa “de las diferentes regiones y culturas del mundo” (artículo 8).⁶⁵ Este carácter intergubernamental es otra marca del fuerte rasgo estatal de la definición y gestión del

⁶¹Una selección de esos documentos, entre los que se encuentran las Normas de Quito, la Carta para la conservación de lugares de valor cultural o ‘Carta de Burra’ y la Carta Internacional para la conservación de ciudades históricas y áreas urbanas o ‘Carta de Washington’, puede consultarse en Cabeza y Simonetti (2005). Para nuestro relevamiento, ver la cronología de acción normativa de ICOMOS en el anexo.

⁶²Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, por sus siglas en inglés.

⁶³La Convención de 1970 se refiere en particular a la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales, a las que considera una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes. Desde ese punto de partida, exige a los Estados miembros la adopción de medidas preventivas (inventarios, certificados, sanciones, difusión), procedimientos en materia de restitución (se desarrolla entre estados miembros de la convención, previa indemnización a los adquirentes de buena fe y bajo reserva de las disposiciones de derecho interno, con lo que su aplicación es discrecional) y medidas de cooperación internacional. Las disposiciones de la Convención de 1970 se verán complementadas y reforzadas por el Convenio de UNIDROIT, de 1995. La indemnización previa a los poseedores de buena fe de bienes culturales robados, los plazos breves de prescripción de las acciones en relación con la mayoría de los bienes culturales (existen plazos extensos e incluso imprescriptibilidad para ciertos bienes sagrados excepcionales), la circunstancia en las que los sucesores son considerados poseedores de buena fe y el criterio de la “importancia cultural significativa”, son factores que perjudican a los Estados exportadores, en favor de los Estados importadores, situación que ha generado serias críticas.

⁶⁴En adelante, Convención de 1972.

⁶⁵En el Comité podrán participar con voz, pero sin voto, con un rol consultivo, un representante del Centro Internacional de estudios para la conservación y restauración de los bienes culturales (Centro de Roma), un representante del Consejo internacional de monumentos y lugares de interés artístico e histórico (ICOMOS), organizaciones no gubernamentales de fuerte influencia en todas las políticas patrimoniales de UNESCO, que han contribuido a acentuar las notas de monumentalidad, materialidad y autenticidad que han caracterizado la acción del organismo especializado.

patrimonio, que constituye, a nuestro juicio, otro de los factores que obturaron su consolidación como derecho humano.

El concepto de patrimonio, reducido al patrimonio material, que sostiene el artículo primero de la Convención de 1972 y que, a partir de ella, se difunde a las normas de derecho interno de sus Estados signatarios, es el siguiente:

A los efectos de la presente Convención se considerará ‘patrimonio cultural’: – los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, *que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia*, – los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un *valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia*, – los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un *valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico*.⁶⁶

La plataforma de estos mecanismos consiste entonces en que los bienes culturales que resultarán incorporados a los listados, y que en consecuencia recibirán el financiamiento, la difusión y la asistencia técnica de la Organización, deben pasar por un doble tamiz: el de la ‘identidad nacional’ (al ingresar al listado de propuestas del Estado donde se encuentran) y el del ‘valor universal excepcional’ (para adquirir el carácter de patrimonio común de la humanidad).

Sin embargo, dicho ‘valor universal excepcional’, que aspira a constituirse en un criterio abstracto de selección (Tello, 2010, p. 119), no es otra cosa que un localismo globalizado, entendido como “el proceso por el cual determinada condición o entidad local extiende su influencia a todo el globo y, al hacerlo, desenvuelve la capacidad de designar como local otra condición social o entidad rival” (Santos, 2009, p. 12).

En efecto, los listados revelan un marcado carácter eurocentrado no solo en cuanto a la prevalencia de bienes culturales europeos (Tello, 2010; Hernández i Martí, 2008), sino también respecto de la elaboración de criterios para alcanzar tal categoría, al sujetar la incorporación al Listado de Patrimonio Mundial Cultural y Natural al punto de vista de la historia, el arte o la ciencia, disciplinas cuya raigambre se inscribe en un patrón moderno/colonial del poder y del saber. Conforme a dicho patrón, en los considerandos de la Convención de 1972 se anuncia que es indispensable “un sistema eficaz de protección colectiva del patrimonio cultural y natural de valor excepcional organizada de una manera permanente, y según métodos científicos y modernos”, lo que implica

⁶⁶El destacado es nuestro.

sustraer el proceso de selección a los pueblos soberanos que construyeron y dieron sentido a ese patrimonio.

En esta dirección, Tello afirma que:

[el] listado actual del Patrimonio Común Mundial de la Humanidad (...), se basa en un supuesto criterio de ‘valor universal excepcional’ desde un punto de vista histórico, estético, científico y antropológico. Sin embargo, este listado no ha hecho sino afirmar una supuesta primacía cultural europea por sobre el resto de los continentes y culturas, a tal punto que sólo siete países europeos llegan a tener más nominaciones en esa lista que todo el continente americano.⁶⁷ (2010, p. 118)

En el mismo sentido, Vidargas (2010) da cuenta de la presencia desequilibrada de América Latina y el Caribe en la Lista de Patrimonio Mundial de la UNESCO, y atribuye ese vacío de representatividad al desconocimiento de la región por los técnicos que realizan las evaluaciones, a las deficiencias técnicas, metodológicas y argumentales de las solicitudes, que suman a la región el mayor número de rechazos. Por su parte, López Morales y Tavares (2004, pp. 157-159) señalan como factor central para revertir esta situación, la construcción de modelos propios de investigación y valoración, no supeditados a estándares externos.

La Convención de 1972 subordina la protección del patrimonio cultural en el derecho internacional, a la inclusión de ciertos bienes culturales a los listados de patrimonio mundial de la UNESCO, a valores que se pretenden absolutos, pero no son otra cosa que mecanismos que favorecen la reproducción y legitimación de poder de sectores hegemónicos, cuyo capital cultural resulta jerarquizado frente a los bienes y prácticas de otros. Es necesario reconocer, entonces, que los procesos de incorporación de bienes en dichos listados tienen hondas consecuencias económicas, lo que conlleva al desarrollo de importantes emprendimientos turísticos o de la llamada industria del ocio, y también políticas que contribuyen a la formación de discursos hegemónicos en torno de la ‘identidad nacional’. Al mismo tiempo, la exclusión de bienes y prácticas culturales de dicha categoría implica la segregación de los grupos humanos que los han producido.

Pese a las críticas señaladas, la Convención de 1972 ha sido fructífera en instalar en ciertos sectores de la sociedad –académicos, científicos, técnicos– la cuestión de la conservación patrimonial, de modo que ya desde las reuniones previas a su adopción, los estados miembros de UNESCO comenzaron a discutir y a sancionar legislaciones internas que reproducían los conceptos y mecanismos allí previstos. Si bien esta circunstancia dejó a masivos colectivos sociales al margen de

⁶⁷ Por ejemplo, en América Latina solo existen seis paisajes culturales inscritos como tales en las Listas del Patrimonio Mundial: (<http://whc.unesco.org/en/culturallandscape>), resultando la región con menor representatividad en esta categoría

la discusión sobre lo patrimonial, el tema comenzó a ubicarse lentamente en la agenda pública, lo que posibilitaría, décadas más tarde, una reapropiación y resignificación del patrimonio.

Sin embargo, aún en la actualidad, la protección del patrimonio cultural en el derecho internacional continúa inscribiéndose en una relación Estado/Estado o Estado/Organizaciones Internacionales, con la nota de discrecionalidad que ello apareja a la hora de ejercer la reclamación contra el Estado responsable, y con la disponibilidad del resultado de esa reclamación internacional, negándose a los individuos la posibilidad de acceder a esas acciones.

3. La segunda generación de políticas culturales

Los trascendentes desarrollos tecnológicos que se vienen produciendo desde la década del '70 en el mundo desarrollado, en particular los del campo de la informática y las telecomunicaciones, aceleraron y profundizaron las tendencias globalizantes del capitalismo, favoreciendo su impacto geográfico a nivel mundial (Borón, 1999, p. 223). La preocupación por estas cuestiones da lugar a una segunda generación de políticas culturales, orientada hacia las industrias culturales y los medios de comunicación. En este contexto, la UNESCO aprueba en 1976 la Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural, cuyas estrategias se orientaban a la formulación de “Políticas Nacionales de Comunicación en los países periféricos, promoviendo el pluralismo, la participación y la eliminación de los desequilibrios existentes” (Bayardo, 2008, p. 23). Sin embargo, la agenda internacional estuvo marcada más que por la democratización de la cultura en tanto posibilidad de participar en la generación de contenidos, por la masividad del acceso, la concentración del mercado de las comunicaciones en favor de los países desarrollados y la protección de los derechos intelectuales como derechos individuales.⁶⁸ Las diferentes propuestas regulatorias ensayadas desde las organizaciones intergubernamentales y desde los propios estados se han mostrado impotentes frente a un esquema de concentración que se les escapa, lo que ha significado la utilización de los medios masivos de comunicación para la configuración de una dinámica en que los sujetos individuales y colectivos resultan meros receptores de contenidos hegemónicos.

⁶⁸Ver cronología de normas de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) en el Anexo.
Mg. Lucía C. Colombato

4. La tercera generación de políticas culturales

Es entonces que surge una tercera generación de políticas culturales que plantea una imbricación entre diversidad cultural y desarrollo (Bayardo, 2008, p. 22). En esta generación deben ubicarse la “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial” de 2003 y el “Convenio para la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales” de 2005 que, como hemos dicho antes están basadas en “La concepción de la diversidad cultural como patrimonio común de la humanidad y como motor del desarrollo sostenible, el reconocimiento del aporte de los saberes de pueblos autóctonos y tradicionales, la plena realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y los riesgos de los desequilibrios entre países ricos y pobres” (Bayardo, 2008, p. 25).

En efecto, en el año 2003 se produjo “un cambio significativo en las nociones que configuraron el discurso y las políticas patrimoniales por más de cincuenta años a nivel internacional” (Tello, 2010, p. 120), merced a la aprobación, en la 32ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO, de la “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”.⁶⁹ Este cambio de concepción, había comenzado a gestarse con la *Burra Charter*⁷⁰, que incorpora la definición de significación cultural y se profundizó con la aprobación del Documento o Carta de Nara sobre la Autenticidad en 1994.⁷¹

La Convención de 2003 define al “patrimonio cultural inmaterial” como:

(...) los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover

⁶⁹En adelante, Convención de 2003.

⁷⁰Carta del ICOMOS Australia para Sitios de Significación Cultural. Adoptada el 19 de agosto de 1979 en Burra, Australia del Sur, y actualizada el 23 de febrero de 1981, el 23 de abril de 1988 y el 26 de noviembre de 1999. Esta carta define la significación cultural de un sitio (en el sentido de bien cultural inmueble) como el valor estético, histórico, científico, social o espiritual para las generaciones pasadas, presentes o futuras (punto 1.2).

⁷¹Documento de Nara sobre Autenticidad. Adoptado en la Conferencia realizada en Nara, Japón, 1-5 noviembre 1994. El concepto de significación cultural incorporado con la Carta de Burra ha sido reiteradamente referenciado por el Comité del Patrimonio Mundial y las reglas de Nara sobre autenticidad son consideradas obligatorias por las *Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial* (UNESCO, 2008).

el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A su vez, en el siguiente párrafo, establece que:

2. El “patrimonio cultural inmaterial”, según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes:

- a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;
- b) artes del espectáculo;
- c) usos sociales, rituales y actos festivos;
- d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;
- e) técnicas artesanales tradicionales (artículo 2, ap. 2).

Esta definición ha sido celebrada por varios autores (Bouchenaki, 2004; Tello, 2010), que la consideran un triunfo en cuanto a la democratización y ampliación del concepto de patrimonio. En este sentido, se ha destacado “la profunda interdependencia que existe entre el patrimonio cultural inmaterial y el patrimonio material cultural y natural”, que se postula en el preámbulo del texto.

Así, se entiende ahora que los bienes culturales no se convierten en patrimonio como consecuencia de sus valores intrínsecos, sino por lo que nos dicen de las personas y comunidades que los produjeron y que los conservan con vocación de transmitirlos.

La búsqueda de significado requiere la identificación de los sistemas de ideas y creencias de aquellos grupos humanos que han creado y se apropian cotidianamente de bienes y prácticas culturales. Entonces, a partir de la definición de patrimonio cultural inmaterial y el reconocimiento de su trascendencia con la aprobación de la Convención para salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial (UNESCO, 2003), se extenderá dicha noción en contenido y complejidad.

En este sentido, Bouchenaki señala que “La definición de patrimonio cultural inmaterial y la mayor valoración de éste como fuente de identidad, creatividad y diversidad, han contribuido, pues, enormemente a ampliar nuestro enfoque del patrimonio, que se aplicará ahora tanto al material como al inmaterial” (2004, p. 8).

Si se admite el contexto de surgimiento de la conservación patrimonial, debe indicarse también que diversas culturas reconocen expresiones que pueden encuadrarse, en mayor o menor medida, en la idea occidental de patrimonio cultural (Ballart, 1997, p. 51) –hoy extendida a todo el planeta de la mano de las políticas globales de UNESCO–.⁷² En consecuencia, se complejiza la

⁷²Aunque gran parte de los textos sitúan el origen del ‘sentimiento de historia’ que sería el germen del conservacionismo en la Grecia antigua, lo que puede explicarse en la lógica eurocéntrica del pensamiento moderno, Ballart (1997, p. 51) da cuenta de experiencias en que se conservaba material histórico original con fines pedagógicos en China, en Babilonia, en Larsa y otras civilizaciones de oriente próximo.

definición del patrimonio y se identifica un proceso permanente de ensanchamiento de lo patrimonial que alcanza a todo tipo de manifestaciones culturales y que demarca la necesidad de superar las concepciones previas, por otras que piensen al patrimonio como un bien social, dotado de un sentido y un valor social (Viladevall i Guasch, 2003).

El éxito de la Convención se explica también por el hecho de que para todas las culturas el patrimonio material y el inmaterial están íntimamente relacionados. El patrimonio cultural actúa dentro de una relación sincronizada que implica a la sociedad (los sistemas de interacciones que conectan a la gente), las normas y los valores (los sistemas de ideas y creencias que definen la importancia relativa). Los objetos de patrimonio son la prueba material de las normas y los valores subyacentes. Así, pues, establecen una relación simbiótica entre lo material y lo inmaterial. El patrimonio inmaterial debe considerarse como un marco más amplio dentro del cual asume su forma y significado el patrimonio material (Bouchenaki, 2004, pp. 9– 10).

Ahora bien, es necesario detenerse a analizar cuál es el contexto de surgimiento de la Convención de 2003, ya que “la muy reciente preocupación que gira en torno al patrimonio cultural inmaterial a nivel nacional e internacional, se desprende sin duda a raíz del fenómeno de la globalización y sus transformaciones económicas y sociales, que afectan a todas las culturas locales y sus identidades específicas” (Tello, 2010, pp. 121-122).

En efecto, en el preámbulo de la Convención de 2003 se establece que el patrimonio inmaterial es “crisol de la y garante del desarrollo sostenible”, y se sostiene que los fenómenos de mundialización y transformación social aparejan “graves riesgos de deterioro, desaparición y destrucción del patrimonio cultural inmaterial”.

De modo tal que esta norma debe vincularse estrechamente con el “Convenio para la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales”⁷³, aprobado en 2005, que en su artículo 4.1 define a la diversidad cultural como:

la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades.

La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados (artículo 4, ap. 1).

⁷³ En adelante Convenio de 2005, Adoptado y abierto a la firma en la 33ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO, París, 3 al 21 de Octubre de 2005.

También en su preámbulo expresa que:

los procesos de mundialización, facilitados por la evolución rápida de las tecnologías de la información y la comunicación, pese a que crean condiciones inéditas para que se intensifique la interacción entre las culturas, constituyen también un desafío para la diversidad cultural, especialmente en lo que respecta a los riesgos de desequilibrios entre países ricos y países pobres.

Pero, ¿en qué sentido se afirma que la globalización constituye un riesgo para el patrimonio cultural?, ¿cuál ha sido el rol de las organizaciones internacionales al respecto?

Para responder estos interrogantes comenzaremos por señalar que existen diferentes formas de explicar el fenómeno de la globalización en sus diversas dimensiones, dando cuenta de la complejidad que este proceso supone. Situándonos en dos extremos explicativos, claramente diferenciales, podríamos mencionar la postura, sostenida entre otros por Octavio Ianni (1996), que considera la globalización como una nueva etapa histórica, por lo que centra su análisis en las transformaciones que esta conlleva y su correlato en el campo de las ciencias sociales en tanto ruptura epistemológica. En una posición diametralmente opuesta, desde la perspectiva modernidad/colonialidad, se considera que “La globalización en curso es, en primer término, la culminación de un proceso que comenzó con la constitución de América y la del capitalismo colonial/moderno y eurocentrado como un nuevo patrón de poder mundial” (Quijano, 2000, p. 246).

Las políticas globales de UNESCO, en gran medida, han contribuido a profundizar la homogeneización cultural, que luego se enuncia como amenaza al patrimonio inmaterial y a la diversidad cultural.

Hernández i Martí (2008, p. 30) señala como factores apoyados por UNESCO los siguientes: a) el predominio en los listados oficiales de patrimonio cultural occidental o vinculado a la religión cristiana; b) el establecimiento de un concepto de patrimonio cultural que surge de las convenciones internacionales como producto de la cultura moderna occidental vinculado a la idea de Nación, que se ha extendido a los territorios coloniales que obtuvieron su independencia durante los procesos de descolonización; c) la creación ficcional de una “especie de cultura global común (...) de orígenes localizados pero asumida como universal en atención a su propia desterritorialización, si bien construida por la diversidad cultural que emana de sus propios componentes” (Hernández i Martí, 2010, p. 31); d) la aparición en la escena internacional de “instituciones y saberes expertos (técnico-científicos) que, además de la UNESCO, difunden una concepción homogénea de lo que cabe entender por patrimonio, y de cómo este ha de ser estudiado y preservado. Es el caso de instituciones o redes institucionales como el Consejo de Europa, la Unión Europea, ICOM, ICCROM, ICOMOS, UICN o Forum Unesco Universidad y Patrimonio”); e) en conexión con lo anterior, la formulación

de conceptos y categorías instrumentales uniformes que esparcen mundialmente —como bien cultural, museo, parque natural, paisaje cultural, reserva ecológica, centro urbano histórico, parque cultural, cultura popular, tradición, patrimonio inmaterial— que homogeneizan la selección, la valoración, la gestión, la protección y la explotación comercial del patrimonio cultural.

Ahora bien, los últimos instrumentos mencionados, de igual forma, contribuyen a la diferenciación, mediante la enunciación de identidades locales de las que el patrimonio cultural también es indudable testimonio. La diferenciación se expresa no solo en la readaptación a la modernidad avanzada de diversas expresiones de la cultura popular, sino también en el fuerte surgimiento de organizaciones de la sociedad civil que se movilizan para reivindicar determinados bienes y prácticas culturales, desde su vinculación con las memorias e identidades colectivas, con los territorios, y con la mejora en la calidad de vida que se desprende de la búsqueda de una dignidad común con sentido histórico (Hernández i Martí, 2010, p. 31).

Desde esta mirada, el fenómeno de la globalización puede ser visto como amenaza, por sus efectos homogeneizantes en relación con la cultura, pero también como oportunidad, en tanto moviliza las capacidades de supervivencia de las distintas culturas, estimulando la creatividad expresiva en la narración de sus identidades y nuevas posibilidades de agencia.

Es entonces, desde la diversidad cultural de las historias nacionales y los territorios regionales, desde las etnias y otras agrupaciones locales, desde las distintas experiencias y las memorias, desde donde no solo se resiste sino que se negocia e interactúa con la globalización, y desde donde se acabará por transformarla (Martín– Barbero, 2008).

Durante las últimas décadas, la noción de patrimonio ha cambiado sustancialmente y los sentidos de autenticidad, materialidad y monumentalidad, en los cuales estaba basada, han perdido fuerza. Ahora, se empieza a reconocer, desde las instituciones, que la cultura es dinámica, que el patrimonio debe hablar a través de los valores que la gente le otorga y no al revés. De esta manera, se empiezan a visibilizar, desde lo institucional, significados y expresiones culturales que no producen obras materiales monumentales o altamente estéticas, pero que son referentes simbólicos importantes para las sociedades que operan al margen de la lógica occidental y le dan mayor importancia a otras dimensiones sensoriales y de pensamiento (Núñez, 2013, p. 6).

A su vez, este cambio conceptual producirá una ruptura en las ideas sobre el propósito de la conservación. De allí que postulemos junto a Villadevall i Guasch, que la conservación no es un fin en sí mismo, sino que “debe servir en primera instancia para mejorar la vida de aquellos que lo han heredado y lo hacen posible día a día con su cotidianidad” (2003, p. 17).

[...] un campo en el que se dirimen cuestiones teóricas, éticas y axiológicas, generalmente con un alto contenido ideológico. Y es también un ámbito donde la sociedad opina y decide sobre las formas de selección de aquellos aspectos culturales que merecerían formar parte del denominado 'patrimonio nacional'. (Lagunas y Ramos, 2007, p. 123)

En este sentido, es importante resaltar que las políticas públicas en materia de patrimonio cultural se encuentran atravesadas por intensas luchas por el dominio de los sentidos de identidad y pertenencia, donde los sectores hegemónicos que controlan los mecanismos de selección del patrimonio, resultan permanentemente interpelados por otros grupos, que cuestionan el modo en el que las identidades son representadas en el discurso patrimonial. Como sostiene Tello

[...] el trabajo hegemónico del patrimonio cultural y sus políticas, consiste en una disposición legitimadora de discursos y prácticas organizadas en torno a una 'narratividad específica', que convierte determinados productos culturales en memoria del pueblo o memoria nacional. Es en este montaje ficcional y hegemónico donde se juega parte importante del antagonismo social y cultural entre los grupos dominantes y los sectores subalternos. (Tello, 2007, p. 3)

Ese antagonismo, dará lugar a

[...] procesos de resignificación y reapropiación del patrimonio cultural, donde grupos identitarios tratan de reproducir, valorar, conservar y divulgar, aquellas prácticas y bienes culturales que tienen importancia para la memoria colectiva. Entendiendo por 'grupos identitarios' no solo a los grupos étnicos, sino también de todo tipo de comunidades, virtuales, tribus urbanas, mestizos, etc., que se reúnen alrededor de elementos o prácticas que los hace identificarse y sentirse en sociedad. (Núñez, 2013, p. 7)

5. Conclusiones preliminares:

Este breve recorrido da cuenta del modo en que las retóricas del patrimonio cultural y sus políticas, nacidas en un particular contexto histórico y geopolítico y de la mano de los Estados nacionales, han logrado instalarse hegemónicamente en gran parte del globo, merced a los esfuerzos del derecho internacional y organizaciones internacionales como la UNESCO, para ser luego apropiadas y resignificadas por las sociedades civiles en el marco de la globalización, como elemento central en las disputas por la preservación de las culturas y las identidades locales.

Aún así, el Derecho Internacional de la Cultura se ocupó de la protección de los bienes y prácticas culturales, pero no de la enunciación de los derechos de individuos, comunidades y grupos en relación con éstos, ni de los mecanismos necesarios para garantizar que su producción, reproducción y transmisión sean posibles.

El ingreso de la sociedad civil como actora central de la cuestión patrimonial estará en el núcleo de la vinculación que proponemos entre los derechos culturales y los derechos humanos.

Capítulo II. De la protección internacional a los Derechos Culturales. La cultura como derecho humano.

1. Los derechos culturales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La trayectoria de las políticas culturales que hemos descrito a lo largo del capítulo previo se produjo contemporáneamente con el desarrollo de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, pese a lo cual, la incorporación de derechos culturales en los diversos instrumentos normativos ha sido insuficiente.

Es que:

(...) cuando la UNESCO, tras adoptar en la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales en México (1982) una definición amplia y antropológica de la cultura, quiso lanzar un decenio mundial sobre el desarrollo y sus finalidades culturales, esta organización no tardó en darse cuenta de lo evidente: ni los Estados miembros, ni las diferentes Agencias del sistema de las Naciones Unidas estaban listos para seguirla en esta aventura. (Yao, 2014)

Es así que, más allá de los esfuerzos de UNESCO, otros espacios al interior de las grandes organizaciones internacionales de fines generales, no fueron permeables a la recepción de esta problemática.

A la fecha, los derechos culturales no han alcanzado un tratamiento orgánico en el sistema universal de protección de los derechos humanos que se lleva a cabo en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, ni de los sistemas regionales, como el Sistema Americano que concretiza la OEA, el Sistema Europeo en el seno del Consejo de Europa, o el Sistema de la Liga de Estados Árabes.⁷⁴ La excepción está dada por el enriquecedor camino emprendido por el Sistema Africano que se da en el marco de la Unión Africana (UA), como luego analizaremos.

⁷⁴ Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos replican el sistema universal. Se basan en instrumentos que otorgan la máxima protección a los derechos civiles y políticos, y conceden mecanismos más débiles a los derechos económicos, sociales y culturales, que se incorporan más tarde a textos de carácter vinculante. Como excepción, es necesario mencionar la Carta por el Renacimiento Cultural de África, que no ha entrado en vigor por no haber recibido el mínimo de ratificaciones necesario. Solo registra seis (6) al momento de redactar esta nota (julio de 2018).

La complejidad de la temática y las dificultades para alcanzar consensos en aspectos tan elementales como la definición misma de cultura han sido obstáculos que impidieron crear las herramientas y condiciones para que los derechos culturales resulten efectivos.

En las últimas décadas, diversos grupos han comenzado a reivindicar a los derechos culturales en el marco de las amenazas de la globalización frente a la diversidad cultural, lo que ha dado lugar a un lento pero firme proceso de incorporación de estos derechos en diferentes normas constitucionales nacionales y subnacionales.⁷⁵

En este contexto, la perspectiva de derechos humanos ha precipitado la necesidad de pensar las políticas culturales desde las necesidades de los pueblos y grupos, y no al revés, articulándolas a la vez con la idea de desarrollo sustentable, de manera tal que puedan confluir en un proyecto posible no solo para las generaciones presentes sino también para las que vendrán.

Analizaremos ahora el tratamiento de los derechos culturales en los principales instrumentos de los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, para avanzar luego en la aplicación que de dichas normas han efectuado los órganos de protección del sistema universal y del sistema americano, por tratarse de aquellos con impacto directo en nuestro sistema jurídico.

2. Trayectoria normativa

a) Los derechos culturales en el sistema de protección de derechos humanos de NU

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁷⁶, punto de partida del sistema universal de protección de los derechos humanos, contempla los derechos culturales en su artículo 27 que prescribe:

⁷⁵ Un análisis sobre la incorporación de derechos culturales en la Constitución Nacional Argentina y en el derecho público provincial, abordando tanto las constituciones provinciales como la legislación estadual puede verse en: Colombato, L. (2016), *El derecho humano a los patrimonios culturales. Avances, frenos y retos de su consolidación desde La Pampa*, Santa Rosa: EdUNLPam.

⁷⁶ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, por resolución 217 A (III). <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)⁷⁷ adopta una fórmula similar en su artículo 15:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural.

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

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

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁷⁸ contiene una única referencia a los derechos culturales en su artículo 27, respecto de los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Los instrumentos específicos del sistema, es decir, aquellos que abordan formas específicas de violación de los derechos humanos o bien, la situación de colectivos especialmente vulnerables, también abordan los derechos culturales.

⁷⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ceschr.htm>.

⁷⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

Así, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)⁷⁹, los incluye en su artículo 5:

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...)

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: I / El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; II / El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; III / El derecho a la vivienda; IV / El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; V / El derecho a la educación y la formación profesional; VI / El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales; f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

También el artículo 7, obliga a los Estados parte a:

(...) tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)⁸⁰ incorpora a los derechos culturales en su artículo 13:

Artículo 13 Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: (...) c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

⁷⁹En adelante, CEDR. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

⁸⁰En adelante, CEDAW. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989)⁸¹ dedica sus artículos 29 y 30 a los derechos culturales. El primero se vincula con la protección de la identidad cultural y el segundo con la protección de este derecho respecto de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o la pertenencia a un pueblo indígena.

Artículo 29 1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: (...) c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

Artículo 30. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

A su vez la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)⁸² contiene normas referidas a los derechos culturales, como el artículo 30, que está especialmente dedicado al derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte y sostiene:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida cultural y adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar que las personas con discapacidad: a) Tengan acceso a material cultural en formatos accesibles; b) Tengan acceso a programas de televisión, películas, teatro y otras actividades culturales en formatos accesibles; c) Tengan acceso a lugares en donde se ofrezcan representaciones o servicios culturales tales como teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos y, en la medida de lo posible, tengan acceso a monumentos y lugares de importancia cultural nacional.

2. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, no solo en su propio beneficio sino también para el enriquecimiento de la sociedad.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales. 4. Las personas con discapacidad tendrán derecho, en igualdad

⁸¹En adelante, CDN. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁸²En adelante, CDPD. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General, el 30 de marzo de 2007. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

de condiciones con las demás, al reconocimiento y el apoyo de su identidad cultural y lingüística específica, incluidas la lengua de señas y la cultura de los sordos.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)⁸³ contiene normas que garantizan el ejercicio del derecho a la identidad cultural y el acceso a la vida cultural. De este modo, el artículo 31 establece:

1. Los Estados Partes velarán porque se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y de sus familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus Estados de origen. 2. Los Estados Partes podrán tomar las medidas apropiadas para ayudar y alentar los esfuerzos a este respecto.

Además, el artículo 45 inciso d), garantiza la igualdad de trato a los trabajadores migratorios respecto de los nacionales en relación con el acceso a la vida cultural y la participación en ella.

Finalmente, aunque no se trata de un tratado internacional sino de una declaración, no queremos dejar de mencionar a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁸⁴, por la relevancia de las normas relativas a derechos culturales que contiene. Presentamos aquí los principales artículos que las contienen, aunque serán objeto de nuestro análisis en los capítulos de la segunda parte de esta tesis.

Los artículos 8 y 9 consagran el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas:

Artículo 8.– 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; 6 c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

⁸³ En adelante, CDTM. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>

⁸⁴ En adelante, DNU DPI. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 61/295, del 13 de septiembre de 2007. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>

Artículo 9.– Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Los artículos 11, 12 y 13 refieren al derecho humano a los patrimonios culturales, como derecho colectivo de los pueblos indígenas:

Artículo 11.– 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas. 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12.– 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos. 2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13.– 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

El artículo 14 contiene normas referidas al derecho a la educación:

Artículo 14.– 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. 2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación. 3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

El artículo 15 reconoce la diversidad cultural como valor vinculado a la lucha contra la discriminación hacia los pueblos indígenas:

Artículo 15.– 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Por su parte, el artículo 16 consagra el derecho a la comunicación:

Artículo 16.– 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

La trayectoria que hemos podido describir en este punto nos muestra de modo elocuente las dificultades que han existido en el sistema universal de protección de los derechos humanos para alcanzar definiciones concretas en torno a los derechos culturales. Los avances más importantes son recientes y se vinculan con la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento que ha logrado condensar los múltiples aspectos que involucra el tema de los derechos culturales, así como sus fuertes articulaciones con objetivos más amplios como el desarrollo y la paz.

b) Los derechos culturales en el sistema americano de protección de los derechos humanos

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁵, piedra de toque del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, contempla estos derechos en su artículo XIII, con el título “Derecho a los beneficios de la cultura”, con una fórmula superadora de las anteriores pero aun así insuficiente.

Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

⁸⁵Aprobada en la IX Conferencia Interamericana, Bogotá, 1948. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos1.htm>
Mg. Lucía C. Colombato

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁸⁶, en su Capítulo III referido a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece.

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Se trata del principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, del que se desprende la prohibición de regresividad, de creación jurisprudencial⁸⁷, aunque también ha sido receptado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, y en las “Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 1997, Directriz N° 14.e.

El principio suscita dos posturas. Una que lleva a la negación de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida que los considera normas objetivas dirigidas al Estado, pero no verdaderos derechos subjetivos. Otra que entiende que los estados tienen la obligación inmediata de asegurar las condiciones que permitan gradual y constantemente la realización de estos derechos, “en la medida de los recursos financieros y económicos de los que se disponga para el cumplimiento del referido compromiso internacional adquirido”⁸⁸.

La segunda postura, que defendemos, implica que, como la existencia de los derechos humanos “...no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma” (Nikken, 1987, p. 25). Es por ello

⁸⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁸⁷ Véase, Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 01/07/2009, Serie N°198, párrafos 102/103.

⁸⁸ Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 01/07/2009, Serie N°198, párrafos 102/103.

que una vez que han quedado formalmente reconocidos no puede convalidarse su retroceso tornándose irrevocables.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)⁸⁹ escoge una fórmula que cabalga entre la de la Declaración Americana y la del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 14, “Derecho a los Beneficios de la Cultura”:

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:
 - a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
 - b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
 - c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

Finalmente, la reciente Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2016⁹⁰, incluye los derechos culturales como derechos colectivos, lo que supone la afirmación de los pueblos como sujetos de derechos humanos, que adquieren de este modo una dimensión personal de carácter colectivo. Al igual que lo que sucede con la DNUDPI, no nos encontramos frente a un tratado internacional, sino ante una declaración sin carácter vinculante para los estados.

En efecto, el artículo VI de la DAPI denominado “Derechos colectivos” reza:

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los

⁸⁹ Adoptado y abierto a la firma y ratificación en el décimo octavo período de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 17 de noviembre de 1988.

⁹⁰ En adelante DAPI, aprobada por la Asamblea General de la OEA mediante Resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), del 14 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

Si bien el esquema propuesto al interior del sistema interamericano no concreta un reconocimiento consolidado, orgánico y sistemático de los derechos culturales, ha permitido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrollara una enriquecedora jurisprudencia en materia de derechos culturales que se orienta en dos sentidos: a) por un lado, hacia el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como derecho en sí misma y como medio instrumental para la satisfacción de otros derechos expresamente reconocidos; b) por el otro, hacia el establecimiento de un vínculo entre los derechos culturales, las medidas de reparación simbólica frente a violaciones de derechos humanos y las garantías de no repetición. Volveremos sobre este punto en el Capítulo V.

c) Los derechos culturales en el sistema europeo de protección de derechos humanos

A diferencia de lo que hemos descrito respecto de la protección de los derechos culturales al interior de los esquemas universal e interamericano, en el ámbito europeo la protección regional de los derechos humanos se expresa en tres dimensiones, que han abordado de manera diversa –y escasa como factor común a todas ellas– la problemática de los derechos culturales.

La primera dimensión, que podríamos llamar *de Estrasburgo*, por la ubicación de su sede, tiene lugar en el ámbito del Consejo de Europa⁹¹, donde se desenvuelve el sistema regional más antiguo de protección de los derechos humanos. El instrumento genérico sobre el que se edifica el sistema es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁹², adoptado en Roma en 1950 y en vigor desde 1953. El Convenio de Roma, dedicado sustancialmente a derechos civiles y políticos, no contiene ninguna norma vinculada a derechos culturales, que además no han sido incorporados a través de los múltiples protocolos que han

⁹¹ El Consejo de Europa es una organización intergubernamental de fines generales y de ámbito regional, creado en 1949, con el propósito de promover, mediante la cooperación de los estados de Europa, la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentado sobre los valores de la democracia, los derechos humanos y el Imperio de la ley.

⁹² Adoptado y abierto a la firma por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

enriquecido y ampliado el catálogo de derechos reconocidos.⁹³ Tampoco se encuentran presentes los derechos culturales en la Carta Social Europea, adoptada en Turín en 1961 ni en su versión revisada de 1996.⁹⁴

Existe también en esta región una segunda dimensión que se ocupa de la problemática de los derechos humanos, aunque no como su objetivo específico, que podríamos denominar *comunitaria*, en tanto se enmarca en la estructura de la Unión Europea (UE). El principal instrumento de esta estructura es la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, adoptada en Niza, en el año 2000.⁹⁵ Este instrumento contiene solo dos referencias a la cultura, como valor a respetar, sin definición alguna sobre el alcance de los derechos y obligaciones involucrados. Nos referimos a los artículos 13 y 22 del mencionado instrumento.

Artículo 13: *Libertad de las artes y de las ciencias*. Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.

Artículo 22: *Diversidad cultural, religiosa y lingüística*. La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

Finalmente, podemos dar cuenta de una tercera dimensión al interior de Europa en lo referido a la protección internacional de los derechos humanos, que tiene su marco de expresión en la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE). Los principales documentos de la OSCE no consagran derechos culturales en sus catálogos de derechos humanos, aunque sí contienen pautas que orientarán políticas de cooperación en materia cultural. Así ocurre, por ejemplo, en el Acta

⁹³ El Protocolo 1, de 1952, incorpora los derechos a la propiedad, a la educación y a la celebración de elecciones libres. El Protocolo 4, de 1963, prohíbe la prisión por deudas, regula la libertad de circulación y prohíbe la expulsión de nacionales y las expulsiones colectivas de extranjeros. El Protocolo 6, de 1983, prohíbe la pena de muerte, excepto en caso de guerra. El Protocolo 7, de 1984, establece garantías de procedimiento en el caso de expulsión de extranjeros, reconoce el derecho a la doble instancia en materia penal y el derecho a indemnización en caso de error judicial, establece el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito e instituye la igualdad entre cónyuges. El Protocolo 11, de 1998 modificó el procedimiento de protección de los derechos. Suprimió la Comisión Europea de los Derechos Humanos y reformó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), permitiendo el acceso directo de los individuos ante este último órgano, a la vez dejó sin efecto los protocolos 2, 3, 5, 8 y 9, a la vez que el Protocolo 10 nunca entró en vigor ya que su contenido carece de sentido al aprobarse el Protocolo 11. El Protocolo 12, de 2000, incorporó la prohibición general de discriminación en el goce y garantía de todos los derechos. El Protocolo 13, de 2002, extiende la abolición de la pena de muerte y la prohíbe en cualquier circunstancia, incluso en tiempos de guerra. El Protocolo 14, de 2004, modifica y completa los mecanismos de control del Convenio. Finalmente los protocolos 15 y 16, de 2013, modifican el procedimiento ante el TEDH en cuestiones relativas a admisibilidad, subsidiariedad y competencia consultiva.

⁹⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación en Estrasburgo, el 3 de mayo 1996. Disponible en: <https://rm.coe.int/168047e013>

⁹⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación en Niza, el 7 de diciembre de 2003. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Final de Helsinki (1975)⁹⁶, que promueve el intercambio entre culturas, y en la Carta de París para una Nueva Europa (1990)⁹⁷ que ubica la diversidad cultural como una problemática de las minorías nacionales.

Se trata de una omisión paradójica. Como hemos analizado en el Capítulo I, toda la protección internacional del patrimonio cultural y gran parte del desarrollo de las políticas culturales se edifica sobre el trabajo llevado a cabo en ámbitos académicos y culturales europeos. Sin embargo, esa protección no ha sido pensada en términos de derechos humanos. De este modo, el sujeto titular de los bienes culturales que integran el patrimonio nacional es el Estado, y no se reconocen derechos de individuos ni de grupos vinculados a él. La idea de derechos colectivos sobre bienes indivisibles resulta ajena a la protección europea de los derechos humanos.

d) Los derechos culturales en el sistema africano de protección de derechos humanos

La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981)⁹⁸, principal instrumento del sistema africano prevé normas sobre derechos culturales en sus artículos 17 y 22 que transcribimos a continuación:

Artículo 17

1. Todo individuo tendrá derecho a la educación.
2. Todo individuo podrá participar libremente en la vida cultural de su comunidad.
3. La promoción y protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad serán deberes del Estado.

Artículo 22

1. Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad.

⁹⁶ Aprobada por la Reunión de Jefes de Estado o de Gobierno de la OSCE en Helsinki, el 1 de agosto de 1975. Disponible en: <https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>

⁹⁷ Aprobada por la Reunión de Jefes de Estado o de Gobierno de la OSCE en París, el 21 de noviembre de 1990. Disponible en: <https://www.osce.org/es/mc/39521?download=true>

⁹⁸ Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

2. Los Estados tendrán el deber, individual o colectivamente, de garantizar el ejercicio del derecho al desarrollo.

Como podemos observar la cultura aparece como uno de los pilares del derecho al desarrollo, y este, a su vez, se expresa en una dimensión individual y en otra colectiva, es decir, como derecho de los pueblos.

Esta inclusión es el resultado de una extensa trayectoria de trabajo de artistas, intelectuales, grupos políticos y movimientos de liberación africanos que, desde el comienzo de la explosión descolonizadora vieron la cultura como un arma de lucha contra la política de asimilación y la opresión colonial (Kovács, 2009, p. 24). Para el momento de su independencia política, los estados africanos habían discutido, desarrollado y consolidado un extenso corpus documental que contuvo los elementos estructurales de su política cultural. Desde el Manifiesto Cultural Panafricano (1969), estos actores sociales llamaron la atención sobre la realidad de la cultura africana de cara a su aniquilación por el poder colonial, pero también sobre el rol de esta en el proceso descolonizador, en la consolidación de la unidad africana y en el desarrollo social y económico de África.

Es así que estos tópicos van a lograr imponerse en la agenda de los estados organizados en la Organización para la Unidad Africana (OUA), actual Unión Africana (UA). En 1975 la UNESCO convocó junto a la OUA una Conferencia Internacional sobre Políticas Culturales en África (AFRICULT), cuyos “documentos y conclusiones todavía siguen siendo considerados como punto de referencia fundamental” (Kovács, 2009, p. 31).

Un año después, Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana adoptó la Carta Cultural para África⁹⁹ (1976), que constituyó el principal documento de base para el desarrollo de los diversos planes y políticas públicas culturales del continente.¹⁰⁰

En 2005, la Primera Conferencia de Ministros de Cultura de la UA celebrada en Nairobi en 2005 aprobaría el texto de la Carta por el Renacimiento cultural de África¹⁰¹, que sería ratificada más tarde por los Jefes de Estado y de Gobierno de la unión en enero de 2006. Inspirada en la Carta Cultural para África, la Carta por el Renacimiento Cultural de África refuerza los principios

⁹⁹Adoptada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana durante su decimotercera sesión ordinaria, en Port Louis, Mauricio, que se celebró del 2 al 5 de julio de 1976.

¹⁰⁰Nos referimos al Plan de Acción de Lagos (1985), al Plan Regional de Desarrollo de la OUA (1986), Plan de Acción de Dakar sobre industrias culturales (1992), entre otros.

¹⁰¹Ratificada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, durante su quinta sesión ordinaria (Jartum, 23-24 de enero de 2006).

originales, pero los adapta a la luz de la nueva realidad regional. Así, la Carta propone en su Parte II relativa a Diversidad cultural, identidad y renacimiento africano, que:

Para conservar y promover la diversidad y la identidad cultural africana, en el contexto del renacimiento africano, los Estados africanos han de: a) Reconocer que la diversidad cultural es un factor de enriquecimiento mutuo para los pueblos y las naciones; b) Defender a las minorías, sus culturas, sus derechos y sus libertades fundamentales; c) Reconocer que la diversidad cultural es esencial para la identidad nacional y en la creación del panafricanismo; d) Fomentar el entendimiento mutuo, coordinar el diálogo entre diferentes culturas y diferentes generaciones, y mostrar la contribución que ha hecho África y su diáspora a la creación de la civilización universal; e) Comprometerse a trabajar por el renacimiento africano. (Kovács, 2009, p. 52)

Uno de los aspectos más interesantes del tratamiento que las normas de la UA hacen de los derechos culturales se vincula con la articulación entre estos y la idea de desarrollo sustentable. De este modo, no se subordinan los derechos culturales al desarrollo económico, sino que se plantea que este no es posible sin la cultura.

e) Los derechos culturales en el sistema árabe de protección de derechos humanos

La Liga de los Estados Árabes, cuya fundación se remonta a 1945, no dedicó en sus comienzos mayor atención a los derechos humanos. Desde la creación en 1968 de la Comisión Árabe Permanente por los Derechos Humanos, la problemática fue ganando importancia al interior de la organización. Los expertos de la Comisión, elaboraron en 1971 un primer borrador de Carta Árabe de los Derechos del Hombre. Este instrumento fue adoptado recién en 1994, aunque jamás entró en vigor, ya que no resultó ratificada por ningún estado. Es así que, el único mecanismo de supervisión previsto, los informes a presentarse ante un Comité de expertos, nunca alcanzó a practicarse.

En 2004, la Liga Árabe adoptó una versión revisada de la Carta Árabe de los Derechos del Hombre. Hoy, el texto ha incorporado disposiciones similares a las principales Convenciones Internacionales sobre derechos humanos. Tras la ratificación por diez estados miembros de la Liga

¹⁰²Árabe , la versión de 2004 entró el 15 de marzo de 2008. En 2009, se crea la Comisión Árabe por los Derechos Humanos como órgano encargado de examinar la aplicación de la Carta, a través de un mecanismo de informes periódicos que con frecuencia trienal deberán presentar los estados miembros. No se prevé mecanismo de denuncias individuales, lo que torna a este sistema como el más débil de la región.

En lo referido, específicamente, a derechos culturales, el texto del artículo 42 expresa:

Artículo 42.– a) Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural y de beneficiarse con los frutos del progreso científico y sus aplicaciones. b) Los Estados parte se comprometen a respetar la libertad de la investigación científica y la creatividad y garantizan la protección de los intereses morales y materiales ligados a la producción científica, literaria o artística. c) Los Estados parte se esforzarán por fortalecer la cooperación entre sí en todos los niveles con la plena participación de intelectuales, inventores y de sus organizaciones, en orden a la elaboración y aplicación de programas recreativos, culturales, artísticos y científicos.

Como puede observarse, se escoge una fórmula clásica, al estilo de los primeros instrumentos generales de protección internacional de los derechos humanos.

El recorrido que hicimos en este párrafo muestra a la problemática de los derechos culturales como un tópico presente en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos en los distintos ámbitos del sistema, pero también subraya las dificultades para que los principios y normas programáticas incluidas se traduzcan en herramientas concretas para la definición del contenido de los derechos culturales y sus modos de garantía y ejercicio.

Señalaremos ahora los principales rasgos del tratamiento de los derechos culturales en los órganos de protección de derechos humanos al interior del sistema universal y del sistema interamericano.

¹⁰²Jordania, Baréin, Argelia, Siria, Palestina, Libia, Qatar, Arabia Saudita, Yemen y Emiratos Árabes Unidos de acuerdo con la información disponible en: <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-internationaux/regionaux/arabe/>, consultada el 15/05/2018.

3. Tratamiento de los derechos culturales en los órganos internacionales de protección de derechos humanos

a) Los derechos culturales en los órganos del sistema universal de protección de los derechos humanos.

Esta descripción de las normas referidas a derechos culturales da cuenta de que los derechos culturales han recibido un mínimo tratamiento en instrumentos de carácter obligatorio del derecho internacional de los derechos humanos. A la vez, los esfuerzos de distintas organizaciones internacionales en el sentido de lograr la adopción de un texto específico sobre derechos culturales han fracasado.

El campo de los derechos culturales constituye una categoría descuidada (Symonides, 1998) en el concierto de los derechos humanos, en el que las declaraciones políticas de los diferentes gobiernos sobre su importancia son inversamente proporcionales a las políticas que efectivamente los promueven y garantizan.

Aunque desde las organizaciones internacionales como la ONU se ha proclamado la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos¹⁰³, no cabe sino reconocer que en pleno siglo XXI continúan las disparidades en cuanto a su eficacia.

La decisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, en 1951, de elaborar dos proyectos de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y no uno, que diera origen a la adopción en 1996 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁴, por un lado, y del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁵, por el otro, marcó un tratamiento desigual en cuanto a los mecanismos de implementación y aplicación.

Por ejemplo, el PIDCP crea un órgano, el Comité de Derechos Humanos, que recibe los informes periódicos presentados por los Estados (artículo 40) y entiende en materia de comunicaciones interestatales (artículo 41 y sigs.). A su vez, el Protocolo Facultativo del PIDCP regula el mecanismo de comunicaciones individuales, que legitima a los individuos a presentar denuncias contra los Estados partes, en caso de violación de los derechos en él comprendidos. En

¹⁰³Declaración de Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993: "...Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí".

¹⁰⁴En adelante, PIDCP.

¹⁰⁵En adelante, PIDESC.

cambio, el PIDESC solo establece, en su parte IV, un sistema de informes, sin prever mecanismos de comunicación de violaciones (Abramovich y Courtis, 2003, p. 27).

Recién en 1985 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁶, para desempeñar las funciones asignadas en el capítulo IV del PIDESC, es decir la recepción de los informes periódicos. Es a partir de ese momento que comenzó a desarrollarse una labor interpretativa, con carácter de recomendación, que no debe desvalorizarse, tendiente a esclarecer el contenido de esta categoría de derechos y de las obligaciones de los Estados. Sin embargo, el propio Comité ha descuidado los derechos culturales.¹⁰⁷

Mucho tiempo después, en 2008, se adoptó el texto del Protocolo Facultativo al PIDESC, que establece la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones individuales. Este último recién entró en vigor en 2013 al haber alcanzado el mínimo de diez ratificaciones. Actualmente lo han ratificado 49 Estados.¹⁰⁸

Otro de los factores que ha incidido en esta disparidad en cuanto a la efectividad de los DESC, se vincula a la fórmula “hasta el máximo de los recursos disponibles”, que inaugura el PIDESC en su artículo 2 apartado 1.

Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*¹⁰⁹, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La fórmula referida se repite en otros instrumentos del sistema universal; así, la CDN la incluye en su artículo 4, que reza:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas *hasta el máximo de los*

¹⁰⁶Res. 1985/17, del 28 de mayo de 1985, ECOSOC.

¹⁰⁷Así, por ejemplo, en el programa de su 18º período de sesiones se previó un debate general sobre la mundialización y su efecto sobre el disfrute de los derechos económicos y sociales, sin tener en cuenta sus efectos sobre el disfrute de los derechos culturales (Symonides, 1998, p. 2).

¹⁰⁸ Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en, consultado el 11/7/2018.

¹⁰⁹ El destacado es nuestro.

110

recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

También la CDPD la receta en el apartado 2 de su artículo 4, referido a las obligaciones generales que asumen los estados:

Artículo 4: 2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas *hasta el máximo de sus recursos disponibles* y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

112

En su Observación General N°3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, analiza la índole de las obligaciones asumidas por los Estados parte. Así, en la referida observación, el Comité destaca que el PIDESC impone obligaciones de resultado y con efecto inmediato. De ellas, dos resultan de carácter sustancial: la obligación estatal de garantizar los derechos previstos en el Pacto “sin discriminación”, y la obligación estatal de “adoptar medidas” legislativas, judiciales, administrativas y políticas, que a su vez deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia la satisfacción de los objetivos de esta norma.

A su vez, partiendo del reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos económicos, sociales y culturales no se logrará de manera inmediata, sino que estos objetivos se alcanzarán progresivamente, no se ha de interpretar como una autorización para privar a las obligaciones de todo contenido significativo. En especial, el Comité ha señalado que resulta insuficiente la mera invocación de la carencia de recursos presupuestarios para justificar la violación de derechos derivados del PIDESC. Así, no cumple con sus obligaciones y es pasible de responsabilidad internacional el Estado Parte que no asegure la satisfacción mínima de “por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°3). Y, si bien es cierto que a la hora de acreditar esos niveles esenciales, podrá invocar sus limitaciones presupuestarias, “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe

¹¹⁰El destacado es nuestro.

¹¹¹El destacado es nuestro.

¹¹²Aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Sexto período de sesiones (1991). Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html, consultado el 11/7/18.

demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°3).

La observación general bajo análisis, se basa a su vez en las recomendaciones sintetizadas en el documento llamado “Los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales”¹¹³, cuyo propósito es realizar un aporte a la interpretación de la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la Parte IV del Pacto.

El documento es el resultado de las deliberaciones que un grupo de expertos en Derecho Internacional llevó a cabo en Maastricht, Países Bajos, del 2 al 6 de junio de 1986 y fue aprobado por unanimidad.

La convocatoria fue efectuada por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EE.UU). Los 29 participantes venían de Alemania, Australia, España, Estados Unidos de América, Hungría, Irlanda, México, Noruega, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Senegal, Yugoslavia, del Centro de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de la Secretaría de Commonwealth y de los organismos patrocinadores. Cuatro de los participantes eran miembros de la Comisión sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC).

Así, en lo referido a la obligación de “lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos”, el principio 21 establece que:

(se) requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.

¹¹³Disponible en: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-economicos-sociales-culturales/Los%20principios%20de%20Limburg.pdf>, consultado el 11/7/2018.

También los principios refieren a que la obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos, lo que requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga (principio 23). Por ello, al interpretarse la expresión “hasta el máximo de los recursos de que disponga” incluida en el artículo 2 del PIDESC es necesario considerar que:

25. Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas.

26. “Los recursos de que disponga” se refieren a los recursos con que cuenta un Estado así como también los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y asistencia internacionales.

27. Al determinar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, se tendrá en cuenta el acceso y uso equitativos y eficaces de los recursos disponibles.

28. En la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales.

El documento bajo examen llama la atención sobre el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos, señalando la necesidad de que los estados presten la misma atención y consideración urgente a los DESC que la que brindan a los derechos civiles y políticos.

En este sentido, se preocupa en señalar las disparidades en la implementación y en el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a los DESC.

En lo referido, específicamente, a los derechos culturales, recién en el año 2009, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se abocó al análisis del inciso 1 del artículo 15 del PIDESC, emitiendo su Observación General N°21¹¹⁴, destinada al derecho a participar de la vida cultural, único contenido en el instrumento.¹¹⁵

Respecto del contenido normativo del párrafo 1 a) del artículo 15, señala el Comité que:

el derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. Para realizarlo, es necesario que el Estado parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que

¹¹⁴Observación General N°21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, noviembre de 2009. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc>

¹¹⁵Hemos analizado antes esta Observación (Colombato, 2016), con una lectura crítica en lo referido, específicamente, a la recepción del derecho humano a los patrimonios culturales. En esta ocasión, lo hacemos desde una perspectiva más amplia que comprende sus alcances respecto del derecho a participar de la vida cultural, único derecho cultural contemplado en el PIDESC.

existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos), por la otra (ap. 6).

Más adelante, a la hora de definir el contenido de este derecho, identifica en el apartado 15 tres componentes principales relacionados entre sí: a) la participación en la vida cultural; b) el acceso a la vida cultural, y c) la contribución a la vida cultural. Consideramos demasiado estrecho el enfoque que deja afuera aspectos relevantes del contenido los derechos culturales ya incorporados en normas de *soft law*.

Cuando la Observación General N°21 describe las obligaciones a cargo de los Estados, resulta también insuficiente. Si bien enuncia los deberes de respeto, protección y cumplimiento (ap. 48), no incorpora adecuadamente contenidos centrales de los derechos culturales como el consentimiento previo, libre e informado, la participación en la gestión cultural y las relaciones con el derecho de propiedad.

Pese a estos límites, a la hora de concretar el contenido del deber estatal de respeto en relación con este derecho, hace una enunciación de medidas concretas a adoptar por los Estados, que puede resultar orientadora de acciones que contribuyan a la definición de los contenidos específicos de derechos culturales. Así, en el apartado 49 enumera el derecho de toda persona, individualmente o en asociación con otros, dentro de una comunidad o un grupo, a:

- a) Elegir libremente su propia identidad cultural, pertenecer o no a una comunidad y que su elección sea respetada (...).
- b) La libertad de opinión, la libertad de expresión en el idioma o los idiomas que elija y el derecho a buscar, recibir y transmitir información e ideas de todo tipo e índole, incluidas las formas artísticas, sin consideración de ninguna clase de fronteras (...).
- c) La libertad de creación, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o un grupo, lo que implica que los Estados partes deben abolir la censura de actividades culturales que hubieran impuesto a las artes y otras formas de expresión (...).
- d) Tener acceso a su patrimonio cultural y lingüístico y al de otras personas (...).
- e) Participar libremente de manera activa e informada, y sin discriminación, en los procesos importantes de adopción de decisiones que puedan repercutir en su forma de vida y en los derechos que les reconoce el párrafo 1 a) del artículo 15 (...).

En cuanto a las obligaciones de protección, en el apartado 50 incluye las de:

- a) Respetar y proteger el patrimonio cultural en todas sus formas, en tiempos de paz o de guerra, e incluso frente a desastres naturales (...).

- b) Respetar y proteger en las políticas y los programas medioambientales y de desarrollo económico el patrimonio cultural de todos los grupos y comunidades, en particular de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados (...).
- c) Respetar y proteger la producción cultural de los pueblos indígenas, con inclusión de sus conocimientos tradicionales, medicamentos naturales, folklore, rituales u otras formas de expresión (...).
- d) Promulgar y hacer cumplir leyes que prohíban la discriminación sobre la base de la identidad cultural, así como la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, teniendo en cuenta los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...).

En lo vinculado al acceso a la vida cultural de grupos especialmente vulnerables, es de destacar que el Comité contiene normas específicamente referidas a las mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad, trabajadores migrantes, indígenas y pobres. Aun así, las medidas propuestas están orientadas a la remoción de los obstáculos vinculados al disfrute de bienes culturales, no así a los mecanismos de participación.

Por último, en relación con la obligación de cumplimiento, a la que se subdivide en facilitar, promover y proporcionar (ap. 51), si bien se sostiene que los Estados tienen el deber de disponer todo lo necesario para hacer realidad el derecho a participar en la vida cultural (ap. 54), luego, lo limita a la promulgación de legislación, a la creación de programas de protección y al acceso libre a la vida cultural, pero, una vez más no establece el deber de garantizar el derecho a participar democráticamente en los procesos de decisión sobre políticas culturales, ni en los órganos de gestión.

Una de las omisiones centrales de la Observación General N°21 es la ausencia de problematización de las disputas que sobre los sentidos de identidad y pertenencia se dan en torno a los bienes y prácticas culturales, no solo en relación a sectores mayoritarios o minoritarios de la población de los Estados, sino al interior de los mismos.

Si bien señala la vinculación entre diversidad cultural y derechos de las minorías al respeto y protección de sus culturas, no postula una sola recomendación tendiente al desarrollo de políticas que deslegitimen los roles de los grupos hegemónicos en los procesos de selección y disposición narrativa del patrimonio cultural, que rechacen expresamente las políticas de asimilación, que reconozcan la existencia de otros sistemas de conocimiento, otras relaciones con el territorio y que provoquen una apertura a la participación de sectores contrahegemónicos.

El debate sobre los derechos culturales a partir de la reivindicación de la diversidad cultural por los movimientos sociales del Tercer Mundo y el creciente número de ratificaciones que ha logrado la Convención sobre la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 lograron llamar la atención del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que mediante Resolución 10/23, y con base en los resultados de consultas previas con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, decidió establecer en el año 2009, y por un período de tres años, un nuevo procedimiento especial¹¹⁶ titulado “Experto independiente en la esfera de los derechos culturales”, con mandato para:

a) Identificar las mejores prácticas en la promoción y protección de los derechos culturales a nivel local, nacional, regional e internacional; b) Detectar los obstáculos que pueden existir para la promoción y protección de los derechos culturales y presentar propuestas y/o recomendaciones al Consejo acerca de posibles medidas para superarlos; c) Trabajar, en cooperación con los Estados, para fomentar la adopción de medidas de promoción y protección de los derechos culturales a nivel local, nacional, regional e internacional, mediante propuestas concretas destinadas a intensificar la cooperación subregional, regional e internacional a este respecto; d) Estudiar la relación entre derechos culturales y diversidad cultural, en estrecha colaboración con los Estados y otros actores pertinentes, entre ellos, en particular, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con el fin de promover aún más los derechos culturales; e) Integrar en su labor la perspectiva de género y de la discapacidad; f) Trabajar en estrecha coordinación, evitando las duplicaciones innecesarias, con las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, otros procedimientos especiales del Consejo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, así como con otros actores pertinentes que representen la gama más amplia posible de intereses y experiencias, dentro de sus respectivos mandatos, en particular asistiendo a las conferencias y reuniones internacionales pertinentes y procediendo a su seguimiento”. (Res. 10/23, ap. 9)

Farida Shaheed inició sus funciones como Experta Independiente en la esfera de los derechos culturales en 2009, desde 2015 fue reemplazada por Karima Bennoune mediante resolución 28/9 del Consejo de Derechos Humanos. En octubre de 2021, la Relatoría Especial está a cargo de Alexandra Xanthaki.

Para el cumplimiento de su labor, las *rapporteurs* escogieron diversos enfoques sobre los derechos culturales que dieron origen a una serie de informes temáticos sobre desafíos para una puesta

¹¹⁶Los procedimientos especiales son mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos que dentro del Sistema Universal lleva a cabo el Consejo de Derechos Humanos, para hacer frente a situaciones de países o a cuestiones temáticas. Los mandatos son desempeñados por expertos independientes. La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos coordina la labor de los diferentes mandatos.

en marcha de los derechos culturales (2010), el acceso al patrimonio cultural y su disfrute (2011), el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones (2012), derechos culturales de las mujeres (2012), derecho a la libertad artística (2013), derecho a la memoria (2013-2014), el impacto de la publicidad y el marketing sobre el goce de los derechos culturales (2014), los derechos intelectuales (2015), la destrucción intencional de los patrimonios culturales (2016) y las repercusiones del fundamentalismo y el extremismo en el disfrute de los derechos culturales (2017), la aportación de las iniciativas artísticas y culturales a la creación y el desarrollo de sociedades que respeten los derechos humanos (2018), la universalidad de los derechos humanos basado en los derechos culturales y la estrecha relación entre la universalidad y la diversidad cultural (2018), la importancia de los espacios públicos para el ejercicio de los derechos culturales (2019), defensores de los derechos culturales (2020), cambio climático, cultura y derechos culturales (2020), impacto de la pandemia de COVID- 19 en las culturas y los derechos culturales (2021), mezcla de culturas y derechos culturales (2021) y, desarrollo y derechos culturales: los principios (2022). En el año en curso (2023), la experta trabaja sobre dos enfoques temáticos derechos culturales y migración y, derechos Culturales y la gobernanza del desarrollo

Además de constituir insumos trascendentes que aportan a la definición de los contenidos y a la construcción de herramientas que garanticen la efectividad de los derechos culturales, los informes de la Relatoría en la esfera de los Derechos Culturales contribuyen a destacar los vínculos existentes entre ejercicio de los derechos culturales y el disfrute de otros derechos humanos universales.

b) Los derechos culturales en los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 silenció a los DESC que no fueron enunciados hasta la adopción, en 1988, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por otro lado, el único mecanismo de protección que establece es el de informes periódicos que deberán presentarse ante el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, autorizando las denuncias individuales con intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte, cuando proceda, solo en caso de violación de los derechos de asociación sindical y educación. Ello significa privar a los derechos culturales de las invaluable sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), en cuanto a su contenido e interpretación.

En este escenario, la invocación y aplicación en por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de las normas del sistema que contienen derechos culturales ha sido escasa. Aun así, la CoIDH ha avanzado firmemente en el hallazgo de nuevos cauces, que de modo indirecto, aportan a la concreción de los derechos culturales. Estos avances se observan a través de dos líneas de acción fundamentales, de un lado, la referida a los derechos de los pueblos indígenas, que incorpora el tópico de la diversidad cultural a la agenda de derechos humanos de la región. De otro, la vinculada a las medidas de reparación simbólica, donde la preservación de la memoria se articula con los derechos culturales para constituirse en una garantía de no repetición.

La trascendente doctrina jurisprudencial de la CoIDH ha visibilizado y hecho exigibles los derechos políticos de los pueblos indígenas, junto con los derechos sobre sus territorios, estrechamente vinculados a la subsistencia de sus sociedades y sistemas culturales.¹¹⁷

En el primer asunto en que abordó la cuestión de los reclamos de las comunidades indígenas sobre sus territorios ancestrales, el emblemático Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), la Corte destacó la existencia de “una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.¹¹⁸

Asimismo, resaltó que

la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹¹⁹

¹¹⁷Entre otros podemos mencionar los siguientes: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2007. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia 27 de junio de 2012. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 08 de octubre de 2015. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

¹¹⁸Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, § 149.

¹¹⁹Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, § 149.

De este modo, y como analizaremos más adelante, de la mano de la idea de propiedad comunitaria de las tierras indígenas, se ha ingresado al análisis de dimensiones vinculadas a derechos culturales.

Lo mismo sucede con las reparaciones simbólicas. En el continente americano, la cuestión de la preservación de la memoria histórica ha influido en los procesos judiciales de reparación por las violaciones masivas de los derechos humanos, a partir de la tendencia marcada por la CoIDH, que desde sus primeras sentencias se ha preocupado por la producción de medidas de reparación que actúen en el plano simbólico y de la memoria, construyendo una verdadera doctrina jurisprudencial en la materia.¹²⁰ En los últimos años, este criterio se ha desarrollado en el sentido de ordenar medidas de satisfacción referidas a la conmemoración de las víctimas, incluyendo la denominación de distintos espacios públicos con el nombre de las víctimas o la erección de monumentos¹²¹, a partir de la consideración de que estas contribuirán no solo a su desagravio, sino a despertar la conciencia pública y otorgar garantías de no repetición.

De este modo, los derechos culturales han logrado ingresar a la agenda de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

¹²⁰La Corte Interamericana de Derechos Humanos (órgano jurisdiccional de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969) tiene un ámbito convencional más amplio que el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que le ha permitido un desarrollo mucho más profundo en materia de reparaciones. En efecto, mientras el Tribunal Europeo solo puede ordenar una ‘satisfacción equitativa’ cuando el derecho interno del estado no pueda reparar la violación o lo haga de manera imperfecta (artículo 41 Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950), la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede disponer, si fuera procedente, “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, sin sujeción al derecho interno del Estado condenado (artículo 63, 1 Convención Americana de Derechos Humanos, 1969). Por otro lado, los contextos que informan los casos que resuelve la Corte Interamericana, en especial aquellos que se enmarcan en situaciones de violaciones masivas y graves de los derechos humanos, han obligado a esta a ir más allá, realizando investigaciones tendientes a conocer la verdad de lo ocurrido y a pronunciarse sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la responsabilidad del Estado, lo que ha llevado a afirmar que la propia Sentencia del tribunal es en sí misma una medida de reparación. Pero además de esto la Corte ha ordenado en distintos casos, un reconocimiento público de la responsabilidad del Estado (v. gr. En Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay), la disculpa pública, el desagravio a las víctimas, la publicidad de la Sentencia, y diversas formas de conmemoración

¹²¹Ver *Molina Theissen vs. Guatemala*, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 108, ¶ 88, conmemorando a los niños desaparecidos durante el conflicto armado con una placa en tributo a la víctima de este caso; *Los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 110, ¶ 236, estableciendo que un Centro Educativo lleve el nombre de las víctimas para despertar la conciencia pública sobre la necesidad de evitar la repetición de los hechos; *19 Comerciantes vs. Colombia*, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 109, ¶ 273, ordenando un monumento con sus nombres en un lugar elegido por el Estado y los familiares de las víctimas; *Huilca Tecse vs. Perú*, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 121, ¶ 115, requiriendo al Estado peruano erigir un busto en memoria de la víctima en un lugar público de la ciudad de Lima); *La Comunidad Moiwana vs. Suriname*, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 124, ¶ 218, dirigiendo la construcción de un monumento cuyo diseño y ubicación fueran designados en consulta con los representantes de las víctimas; *Gelman vs. Uruguay*, 2010 Corte I.D.H. (ser. C) No. 221, ¶ 267, ordenando colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar.

c) Otras iniciativas para la codificación de los derechos culturales

A diferencia de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos y sociales, los que se encuentran consolidados en el derecho positivo, a partir de la aprobación de múltiples instrumentos jurídicos internacionales que definen su contenido y mecanismos de aplicación, los derechos culturales –entre que se encuentran como derechos sustantivos el derecho humano a los patrimonios culturales, el derecho a la autoidentificación cultural, el derecho a las memorias y como derechos instrumentales el derecho a ser sujeto individual y colectivo de los derechos culturales, y el derecho a un territorio– no han sido objeto de una regulación sistemática en tratados internacionales.

De este modo, su reconocimiento es aún más débil y remite en algunos casos a normas de *soft law*¹²², a valores y principios de la Sociedad Internacional, a normas de derecho constitucional o derecho subnacional y, en otros, a las demandas de diferentes sectores sociales.

Entonces, ¿cuáles son las razones de la reserva demostrada por la doctrina y la práctica estatal en relación con los derechos culturales? Son múltiples. Los derechos culturales están dispersos en un gran número de instrumentos blandos, tanto universales como regionales, aprobados por las Naciones Unidas y por los organismos especializados. La carencia de un tratado de codificación o declaración da lugar a diversas maneras de articulación y agrupación (Symonides, 1998, p. 3).

En el campo de los derechos culturales, principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia se reducen a meras aspiraciones cuando se traducen a la praxis política, y ello se debe a prejuicios ideológicos fuertemente arraigados y reiterados como válidos en el campo jurídico, como la distinción entre derechos operativos y programáticos, u obligaciones de abstención o de acción positiva del Estado.

¹²²Los órganos deliberativos de las organizaciones interestatales como la Asamblea General de Naciones Unidas se encuentran privados de facultades legislativas. Una resolución de esta última o de la Asamblea de la UNESCO, por ejemplo, carece en sí misma de obligatoriedad jurídica, y no crea obligaciones jurídicas para los Estados miembros (hayan votado a favor o en contra). Ello no significa que no posean de valor jurídico, en tanto expresan las aspiraciones de política jurídica de la comunidad internacional, de ahí que se hable de un *soft law* (Carrillo Salcedo, 1991, pp. 130-135).

Se ha señalado que no nos encontramos frente a un problema de desarrollo progresivo de esta peculiar categoría de derechos, en tanto y en cuanto los instrumentos internacionales los enumera de manera relativamente exhaustiva, sino que se trata más bien de una desidia en su exigibilidad y tratamiento cotidianos (Symonides, 1998, p. 2). En este caso, disentimos con dicha postura.

Aunque hemos expuesto un proceso de reconocimiento de derechos culturales en diversos instrumentos internacionales, se ha podido evidenciar que se trata de una categoría problemática. El contenido de los derechos culturales no se encuentra debidamente identificado, así como tampoco lo han sido sus sujetos titulares, los deudores y el alcance de las obligaciones a su cargo.

Si bien existen catálogos más o menos completos de derechos culturales en recomendaciones de la UNESCO, los Estados se han mostrado circunspectos a la hora de especificar esos contenidos en normas de carácter obligatorio que definan sus contenidos específicos como derechos humanos y que impongan obligaciones concretas de respeto y garantía.

A partir de la conciencia sobre los límites de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, los esfuerzos de los grupos históricamente segregados como los pueblos originarios y los afrodescendientes se orientaron con mayor acento a partir de la década del 90' a instalar la diversidad étnico-cultural en la agenda política y jurídica de los Estados latinoamericanos, en particular de la región andina (Briones, 2004, p. 32). Ese proceso contribuyó en gran medida al desarrollo de las últimas convenciones de UNESCO aprobadas en los primeros años del siglo XXI.

En esta dirección, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003) vuelve a ser un hito importante, porque por primera vez introduce en un texto internacional de carácter vinculante la unión entre patrimonio cultural y derechos humanos.

En efecto, en el preámbulo de la Convención (2º párrafo) se hace una referencia expresa a los instrumentos internacionales existentes en materia de derechos humanos y, en particular, a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 como antecedentes y, luego, en el articulado se establece que:

A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible (artículo 2, ap. 1).

Por su parte, la Convención sobre la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005), también en su preámbulo (6° párrafo), señala la importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los derechos humanos, a la que considera uno de sus principios rectores:

Sólo se podrá promover y proteger la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación (artículo 2, ap.1).

Sin embargo, aun señalándose ese ligamen entre las expresiones y prácticas culturales, diversidad cultural y derechos humanos, no se llega a explicitar que estos constituyen en sí mismos derechos humanos. A su vez, se presenta a la cultura como enemiga de los derechos humanos universales, en medio de la polémica entre universalismo y relativismo cultural a la que ya hemos referido.

En este contexto, se ha presentado a la comunidad internacional un proyecto conocido como Declaración de Friburgo, adoptada en 2007, para su aprobación por la Asamblea General de la UNESCO que reúne y hace explícitos estos derechos que ya están incorporados de forma dispersa en numerosos instrumentos internacionales, poniendo de resalto la importancia actual de los derechos culturales, como también de las dimensiones culturales de los demás derechos humanos. Esta declaración menciona, entre otros, los siguientes derechos culturales: a la identidad cultural, a la identificación con la comunidad cultural, a la participación en la vida cultural, a la enseñanza y la formación, a la información, a los patrimonios culturales, a la libertad de investigación, actividad creadora y propiedad intelectual, a la participación en la formulación, aplicación y evaluación de las políticas culturales. Además, consagra los principios de gobernanza y sostenibilidad cultural.

Paralelamente, desde otro sector de la sociedad civil se ha propuesto también la aprobación de la Declaración de Derechos Humanos Emergentes¹²³, elaborada en 2009, que

(...)se inscribe como respuesta a los procesos de globalización cuya naturaleza parcial y desigual excluye de sus beneficios a amplias capas de la población mundial, en particular a los países

¹²³ En adelante, DUDHE.
Mg. Lucía C. Colombato

subdesarrollados, pero también en los desarrollados, diseñando como marco de relación global un escenario de pobreza, violencia y exclusión.

En esta declaración se incluyen normas referidas a derechos culturales en el artículo 5 referido al derecho a la democracia plural.¹²⁴

Ambos instrumentos han sido elaborados por catedráticos, académicos e intelectuales europeos¹²⁵ para el resto del mundo y son legitimadores del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, y de sus principios rectores de universalidad de los derechos humanos, democracia y educación para la paz, pero aún desde este lugar, no se ha logrado su aprobación.

Creemos que este es un objetivo que no debe ser abandonado, ya que solo con la aprobación de una declaración primero, y de una Convención después se logrará que los derechos culturales se consoliden y se hagan efectivos, tal como sucedió con las restantes categorías de derechos humanos.

Al mismo tiempo que avanzan las acciones que buscan ampliar y sistematizar el listado de derechos culturales reconocidos en el derecho internacional, otras iniciativas para la codificación de los derechos culturales se han producido en el plano del derecho constitucional.

En esta dirección es imprescindible referir a los procesos constitucionales recientes del Estado Plurinacional de Bolivia (2009) y de la República de Ecuador (2008) “para hacer justicia a la

¹²⁴ Artículo 5. Derecho a la democracia plural. “Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho al respeto de la identidad individual y colectiva, así como el derecho a la diversidad cultural”. Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos: 1. El derecho a la interculturalidad, que garantiza el derecho a vivir en un entorno de riqueza cultural, de conocimiento recíproco y respeto mutuo entre personas y grupos de distintos orígenes, lenguas, religiones y culturas. Todas las lenguas, religiones y culturas deben ser igualmente protegidas. 2. El derecho individual a la libertad cultural, que supone el derecho de toda persona a conocer, vivir, preservar y desarrollar su propia identidad cultural incluyendo su identidad lingüística. 3. El derecho al reconocimiento y protección de la identidad cultural común, que reconoce a todo grupo humano y toda comunidad dotado del sentimiento de estar unido por una solidaridad histórica, cultural, religiosa, lingüística u otra, el derecho a ver protegida su identidad común y a obtener el estatuto colectivo de su elección en el seno de la comunidad política más amplia, sin que la defensa de la propia identidad justifique en ningún caso violaciones a derechos fundamentales de las personas. 4. El derecho al honor y la propia imagen de los grupos humanos, que reconoce a todo grupo humano y toda comunidad, unida por una solidaridad histórica, cultural, religiosa, lingüística u otra, la igualdad en dignidad y honor y el derecho al respeto de su honor e imagen por parte de los medios de comunicación y las autoridades públicas. 5. El derecho de los pueblos indígenas, los afro-descendientes, las minorías y las personas que los integran a medidas especiales de reconocimiento de sus características distintivas para que se beneficien plenamente de sus recursos culturales, intelectuales y naturales.

¹²⁵ La Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales fue presentada por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales, cuyas oficinas centrales se encuentran en el Instituto Interdisciplinario de Derechos Étnicos y Humanos en la Universidad de Friburgo, juntamente con la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO. La Declaración de Friburgo fue apoyada por más de cincuenta expertos en derechos humanos, así como por una plataforma de ONG europeas. La DUDHE es un instrumento programático de la sociedad civil internacional dirigido a los actores estatales y a otros foros institucionalizados que surge de un proceso de discusión que tiene como origen un diálogo organizado por el Institut de Drets Humans de Catalunya en el marco del Foro Universal de las Culturas Barcelona 2004, titulado “Derechos Humanos, Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos”.

relevancia y necesidad de desarrollo que el derecho a los patrimonios culturales tiene” (Médici, 2016, p. 20).

Médici (2016) indica que entre los desarrollos en materia de derechos culturales, la constitución boliviana consagra: El derecho a la autoidentificación cultural (Art. 21 Constitución de Bolivia); El reconocimiento de la diversidad cultural como base esencial del estado plurinacional comunitario, con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones (98.1 CB); El reconocimiento estatal de la existencia de culturas indígenas originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones (98.2); el carácter inalienable, inembargable e imprescriptible del patrimonio cultural del pueblo boliviano (99.1); Garantiza el registro, protección, recuperación, revitalización, enriquecimiento, promoción, difusión de su patrimonio cultural (99.2); establece la responsabilidad estatal de otorgar una especial protección al patrimonio material e inmaterial de los pueblos indígenas, de las comunidades campesinas, de las comunidades interculturales y afrobolivianas, que forma parte de la expresión e identidad del estado (100.1 y 100.2).

En el caso de la Constitución ecuatoriana adoptada en la ciudad de Montecristi en 2008, se reconoce el derecho de las personas a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones, a la libertad estética, a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir las expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas (21 CE); a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad, el derecho a difundir en el espacio público las propias producciones culturales (23); a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales (25).

Estos derechos culturales deben ser puestos en la sistemática de sus textos constitucionales como producto de procesos sociales y políticos que al operar una redistribución de poder social hacia los grupos históricamente subalternizados dentro de la matriz estatal moderna/colonial, fueron concomitantes con un cambio profundo en la autocomprensión de la nación que paso a valorizar su pluralismo cultural y a redefinir su historia e identidad. Basta echar un vistazo a los respectivos preámbulos (...) para comprender la centralidad de los derechos culturales en esta nueva etapa del constitucionalismo regional y el porqué del amplio desenvolvimiento de los mismos en estas nuevas constituciones. (Médici 2016, p. 21)

Todos estos procesos se ven acompañados por el surgimiento de organizaciones de la sociedad civil que se movilizan para reivindicar determinados bienes y prácticas culturales, desde su

vinculación con las memorias e identidades colectivas, con los territorios, y con la mejora en la calidad de vida que se desprende de la búsqueda de una dignidad común con sentido histórico (Hernández i Martí 2008, p. 31). El ingreso de la sociedad civil como actora central de la cuestión cultural está en el núcleo de la liga que proponemos entre los derechos culturales y los derechos humanos.

5. Conclusiones preliminares

Hasta aquí, hemos expuesto el estado actual del tratamiento de los derechos culturales en el derecho internacional, tanto desde el punto de vista del desarrollo de políticas culturales, como desde la trayectoria normativa y su aplicación en órganos internacionales de protección de derechos humanos.

Nuestro hallazgo principal es la confirmación de la postergación que existe en relación con el tratamiento orgánico y sistematizado de los derechos culturales en los instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter general. Aunque en las últimas dos décadas se ha incrementado el análisis y tratamiento de los derechos culturales en los órganos de protección de derechos humanos, los avances en cuanto a la definición de sus contenidos y obligaciones son aún incipientes.

En el próximo capítulo, procuraremos avanzar hacia la definición del objeto y el campo de los derechos culturales.

Capítulo III: ¿Son los derechos culturales derechos humanos?

En los capítulos precedentes hemos descripto el entramado de políticas culturales y hemos evidenciado los límites en la recepción normativa de los derechos culturales en el derecho internacional de los derechos humanos.

Es así que la respuesta al interrogante de si son los derechos culturales derechos humanos se construye sobre un itinerario histórico, político y jurídico que ha contribuido a dotarlos de la enorme proyección a futuro que, a nuestro criterio, hoy poseen.

Sin embargo, todavía existen posiciones que niegan a los derechos culturales su condición de verdaderos derechos humanos, considerando que se trata de intereses que pueden ser protegidos a través de la ampliación de otros derechos individuales (libertad de expresión y de pensamiento) o colectivos (autonomía, autogobierno) (Galeotti, 1999, p. 10– 12)

Como señala Noel

Los derechos culturales tienen un estatus paradójico. Comparten con los derechos económicos y sociales las mismas debilidades conceptuales, jurídicas e institucionales: su formulación es insuficiente y, en algunos casos, poco clara; su reconocimiento jurídico –generalmente a nivel constitucional– se presenta como una declaración de principios desprovista de garantías que los hagan efectivos; y, como consecuencia de lo anterior, los Estados no suelen contar con instituciones que promuevan y protejan los derechos culturales. (2016,)

Aun cuando advertimos las flaquezas en cuanto al reconocimiento normativo de los derechos culturales en el plano internacional, así como las insuficiencias de su desarrollo y exigibilidad –que surgen del recorrido que hemos descripto en los capítulos anteriores–, entendemos con Arroyo Yañez que:

(...) aunque estemos ante un concepto controvertido y no exento de polémica, (...) su utilización se impone como necesaria, y no sólo por cuanto tiene a nuestro juicio más argumentos a favor que en contra, sino porque, casi con toda seguridad, no puede llegarse a alcanzar los objetivos a los que se aspira en la nueva sociedad de integración social de miembros de distintas culturas con una mera

relectura de los derechos existentes (principios de igualdad y de respeto de las libertades individuales, derechos sociales, etc.). (2006, p. 265)

Si por un lado han sido soslayados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que los reducen al derecho individual de participar en la vida cultural y de los beneficios del progreso científico; por el otro, han alcanzado un notable protagonismo en el terreno de las luchas políticas y sociales (Noel, 2016).

Entonces, resulta imprescindible avanzar hacia la definición de los derechos culturales, su contenido, sus alcances, sus mecanismos de garantía, así como su impacto en la realización plena de los derechos humanos a partir de los principios de indivisibilidad e interdependencia.

1. Aportes a la definición de los derechos culturales

Las dificultades en torno a la definición de la categoría derechos culturales son de distintos órdenes.

Siguiendo a Patrice Meyer- Bisch¹²⁶ podemos señalar que:

La comprensión de la función y de la especificidad de los derechos culturales en el sistema indivisible de derechos humanos no es separable de un análisis fundamental de la cultura del orden político y jurídico de la democracia. Transversalmente la indivisibilidad comporta al menos tres momentos: a. la clarificación de los derechos culturales propiamente dichos, lo que implica una definición del campo y del objeto; b. una clarificación de las dimensiones culturales de otros derechos humanos que son lo contrario al relativismo, lo que implica la definición de la extensión del campo; c. la interpretación de las diferencias sociales, todas culturalmente construidas (mujeres, niños, personas con discapacidad, trabajadores migrantes...) que fundamentan los instrumentos consagrados a la protección de las personas vulnerables”. (2008, pp. 4-5)

¹²⁶Doctor en Filosofía, coordinador del Instituto Interdisciplinario de Ética y Derechos Humanos (IIEDH) y de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Democracia, Universidad de Friburgo; fundador del Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales (programa IIEDH). Coordinó durante más de veinte años el llamado “Grupo de Friburgo” que produjo el proyecto conocido como “Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales”. El texto completo de la declaración puede consultarse en: https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf

Retomando la propuesta del filósofo suizo, analizaremos, en primer lugar, los problemas para la definición del objeto y el campo de los derechos culturales.

En cuanto al objeto de los derechos culturales es necesario comprender que, a diferencia de lo que sucede con los derechos civiles y políticos, el bien jurídico protegido no es individual sino colectivo. Esto nos permite diferenciar a los derechos culturales de otros derechos individuales con los que se los confunde habitualmente, como los derechos de autor. Los bienes que modulan y dan contenido a los derechos culturales son bienes comunes, que además han sido construidos de modo relacional, y articulados en torno a la idea de identidad(es), lo que no impide la titularidad de un derecho individual sobre ellos que coexiste con una titularidad colectiva más amplia. Profundicemos esta cuestión.

Como afirma Cançado Trindade (1994, p. 63), todos los derechos humanos tienen una dimensión individual y una colectiva, en tanto son ejercidos en el contexto social. Sin embargo, ciertos derechos se relacionan más íntimamente con la vida en comunidad, lo que ha llevado a las y los juristas a hablar de una nueva categoría de derechos, no comprendida en los instrumentos generales de derechos humanos, a la que la doctrina mayoritaria ha llamado ‘nuevos derechos humanos’ o ‘derechos de solidaridad’¹²⁷, también denominados ‘derechos fundamentales colectivos’ (Santos, 2007, p. 42) y que preferimos llamar, junto con Alejandro Médici (2011), ‘derechos sobre bienes públicos relacionales’.

Estos derechos, entre los que se encuentran los derechos ambientales, los derechos culturales, el derecho humano al desarrollo, son analizados por Médici (2016, p. 238), quien los describe según las siguientes características: a) su titularidad es amplia, derivada de su carácter colectivo y de interés público, que coexiste con una posible dimensión personal que puede ser homogénea, referida a derechos individuales en sentido estricto o una unión de estas situaciones; b) son derechos conglobantes, que actúan como condición de otros derechos más específicos y dependen de la generación de bienes públicos relacionales, originando como contrapartida deberes públicos y privados; c) los bienes públicos relacionales, son condición y modulan el contenido de estos derechos que, en consecuencia, resultan indisponibles para el estado, el mercado e incluso para sus propios titulares; d) son transgeneracionales, trascienden el tiempo de su producción y su conservación requiere solidaridad entre las generaciones presentes y las futuras; e) requieren garantías pluridimensionales, es decir, no solamente jurídicas (estas son indispensables), sino también políticas

¹²⁷ “Los derechos de solidaridad interactúan con los derechos individuales y sociales y no los sustituyen. Hoy cuando se impone una visión integral de los derechos humanos, abarcándose todos los dominios de la actividad humana, estos nuevos derechos se suman a los preexistentes, igualmente importantes, para ampliar y fortalecer la protección debida, sobre todo a los más débiles y vulnerables” (Cançado Trindade, 1994, p. 63).

y sociales; f) finalmente, estos derechos para desarrollarse en plenitud, necesitan de “regulaciones públicas democráticas que, según los casos, eliminen, minimicen y vinculen jurídicamente a los poderes fácticos innominados privados, estatales o paraestatales que apropian o impiden la generación de los bienes públicos relacionales condición y contenido de esos mismos derechos” (Médici, 2016, p. 241).

La existencia de derechos colectivos es un dato incontestable en el derecho internacional (López Calera, 2001, p. 20), que los contempla en principios y en textos legales y políticos. Este mismo orden jurídico reconoce también a los sujetos colectivos, que son sus titulares.¹²⁸ Sin embargo, ello no impide su coexistencia con una titularidad individual, porque en definitiva, los individuos son los destinatarios finales de las normas sobre derechos humanos.¹²⁹

Esta condición de derechos individuales y a la vez colectivos, con las peculiaridades descriptas, es característica también de otros derechos humanos, como el derecho al desarrollo, que ha sido definido en su doble dimensión personal, en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho al Desarrollo (1986).¹³⁰ Allí también se destaca que los individuos, además de destinatarios deben ser participantes activos y sujetos centrales del derecho (artículo 2.1); que su satisfacción requiere asumir responsabilidades y deberes para con la comunidad, entendida como único ámbito donde su realización es posible (artículo 2.2) y que el Estado debe desarrollar políticas que, sobre la base de la participación activa, libre y democrática de los individuos, contribuyan a mejorar las condiciones de vida de todos y a una distribución equitativa de los beneficios de este derecho (artículo 2.3).

También esta doble dimensión es atribuida al derecho humano al medio ambiente.¹³¹ Este derecho, que tampoco se ha consolidado en una norma vinculante de derecho internacional de aplicación universal, sí ha tendido un desarrollo a nivel regional y estatal. En el continente americano, el Protocolo de San Salvador (1986) lo regula en su artículo 11 como derecho individual, al establecer que: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Sin embargo, otros instrumentos, como la Declaración de Naciones Unidas sobre

¹²⁸No hay que olvidar que todo el Derecho Internacional es un orden, principalmente, protagonizado por sujetos colectivos, los estados, las organizaciones internacionales y los pueblos.

¹²⁹ Opinión Consultiva 2 CoIDH

¹³⁰Declaración sobre el derecho al desarrollo. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/desarrollo.htm>

¹³¹Existen otros ejemplos como el derecho humano al agua, cuyo desarrollo si bien se ha centrado en su dimensión individual como derecho al acceso al agua potable, principalmente en el ámbito de Naciones Unidas, también reconoce aspectos colectivos, vinculados con el medioambiente, al desarrollo y a la cultura, como lo destaca la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia en sus artículos 373 a 377.

Medioambiente y Desarrollo, emanada de la Conferencia homónima celebrada en Río de Janeiro en 1992, señalan el carácter individual y colectivo de este derecho, en particular en los principios 1 y 3.¹³²

La CoIDH también hace referencia la dimensión individual y colectiva del derecho al medio ambiente sano en su Opinión Consultiva número 23 de 2017:

El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. (CoIDH OC 23/17, § 59)

Asimismo, la CoIDH (OC 23/17 nota 88) identifica en el mismo instrumento las constituciones de Estados Americanos que consagran el derecho a un medio ambiente sano: 1) Constitución de la Nación Argentina, art. 41; 2) Constitución Política del Estado de Bolivia, art. 33; 3) Constitución de la República Federativa del Brasil, art. 225; 4) Constitución Política de la República de Chile, art. 19; 5) Constitución Política de Colombia, art. 79; 6) Constitución Política de Costa Rica, art. 50; 7) Constitución de la República del Ecuador, art. 14; 8) Constitución de la República de El Salvador, art. 117; 9) Constitución Política de la República de Guatemala, art. 97; 10) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 4; 11) Constitución Política de Nicaragua, art. 60; 12) Constitución Política de la República de Panamá, arts. 118 y 119; 13) Constitución Nacional de la República de Paraguay, art. 7; 14) Constitución Política del Perú, art. 2; 15) Constitución de la República Dominicana, arts. 66 y 67, y 16) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 127.

El derecho constitucional argentino contempla expresamente el derecho al medio ambiente a la vez que lo liga a los derechos culturales. Esto ocurre cuando el artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina, incorporado en la reforma de 1994, alude al derecho al medio ambiente,

¹³²Principio 1: Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Principio 3: El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras (Declaración de UN sobre Medioambiente y Desarrollo, 1992). Disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

incluyendo en este al patrimonio cultural, como un ‘derecho de todos los habitantes’. Crea, a su vez, una situación jurídica subjetiva que implica su reconocimiento como derecho humano que se ubica en esta peculiar categoría de derechos. La inclusión, aunque deficiente en cuanto a su técnica legislativa, del patrimonio cultural dentro de esta categoría de derechos, significa básicamente dos cosas: que el patrimonio cultural es de la comunidad y que, en consecuencia, es incompatible con un disfrute ejercido a título exclusivo por sus dueños.

El derecho ambiental ha sido pionero en el reconocimiento de derechos humanos cuyo objeto no recae ya sobre bienes individuales, sino que lo hace sobre bienes colectivos. En este sentido, la CoIDH ha señalado que:

(...) considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medioambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos humanidad. (CoIDH OC 23/17, § 62)

Los antecedentes aquí reseñados nos permiten formular sin hesitación una primera afirmación respecto del objeto: los derechos culturales son derechos humanos que recaen sobre bienes comunes indivisibles y que, por lo tanto, pueden ejercerse tanto individual como colectivamente. Hay una dimensión individual –vinculada al acceso y al disfrute de los bienes y prácticas culturales– y una dimensión colectiva –relacionada a la posibilidad de participar en la construcción y transmisión de los bienes públicos relacionales (recursos materiales y simbólicos)– que son el contenido medular de estos derechos.

Ahora bien, como comparten esta característica sustancial con otros derechos, es necesario profundizar más sobre el campo de los derechos culturales, para poder diferenciarlo de otros derechos sobre bienes comunes ya tutelados.

En este sentido, el la Convención sobre la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales propone en su artículo 4 una serie de definiciones que contribuyen a delimitarlo.

III. Definiciones.– Artículo 4 – Definiciones.– A efectos de la presente Convención:

1. Diversidad cultural: La “diversidad cultural” se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados. 2. Contenido cultural: El “contenido cultural” se refiere al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales o las expresan. 3. Expresiones culturales: Las “expresiones culturales” son las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural. 4. Actividades, bienes y servicios culturales: Las “actividades, bienes y servicios culturales” se refieren a las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener. Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o contribuir a la producción de bienes y servicios culturales. 5. Industrias culturales: Las “industrias culturales” se refieren a todas aquellas industrias que producen y distribuyen bienes o servicios culturales, tal como se definen en el párrafo 4 supra. 6. Políticas y medidas culturales: Las “políticas y medidas culturales” se refieren a las políticas y medidas relativas a la cultura, ya sean éstas locales, nacionales, regionales o internacionales, que están centradas en la cultura como tal, o cuya finalidad es ejercer un efecto directo en las expresiones culturales de las personas, grupos o sociedades, en particular la creación, producción, difusión y distribución de las actividades y los bienes y servicios culturales y el acceso a ellos. 7. Protección: La “protección” significa la adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales. “Proteger” significa adoptar tales medidas. 8. Interculturalidad: La “interculturalidad” se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo.

No existe en el derecho internacional de los derechos humanos una definición sobre derechos culturales, ya hemos referido a la relativa al acceso a la vida cultural y protección de los derechos autorales¹³³. Sin embargo distintos estados han incluido definiciones en sus legislación interna¹³⁴. En un reciente trabajo en que se relevan todas las leyes federales de cultura de Latinoamérica, Mercedes Chapman (2022) identifica aquéllas que incluyen definiciones de derechos culturales. Las legislaciones de El Salvador y Panamá, dedican la definición a subrayar la ubicación de los derechos

¹³³ Nos referimos al artículo 27 de la DUDH, artículo 27 del PIDCyP y artículo 15 del PIDESC. También al artículo XIII de la DADH y al artículo 14 del Protocolo de San Salvador.

¹³⁴ Hemos hecho referencia ya a la recepción de los derechos culturales en el constitucionalismo latinoamericano reciente. Ver capítulo II, apartado 3.

culturales en el marco del sistema de derechos humanos¹³⁵. La normativa interna de la República Bolivariana de Venezuela, por su parte, opta por definirlos a partir de una enunciación de derechos involucrados en la categoría al señalar:

Toda persona tiene el derecho irrenunciable al pleno desarrollo de sus capacidades intelectuales y creadoras, a la divulgación de la obra creativa, así como acceso universal a la información, bienes y servicios culturales; sin menoscabo de la protección legal de los derechos de la autora o del autor sobre sus obras. Las personas privadas de libertad, con discapacidad general, adultas y adultos mayores, gozarán de atención especial.

Existen diversas propuestas de definiciones doctrinarias de los derechos culturales.

José Alfonso Da Silva, partiendo de las dificultades para su definición, realiza una categorización en núcleos. Es así que identifica:

Categorías relacionadas a la *creación* (incluyendo ciencia, arte y tecnología), al *acceso*, a la *difusión*, a las *libertades* (relativas a las formas de expresión y manifestaciones culturales) y al “*derecho deber estatal de formación del patrimonio cultural brasileño y de la protección de los bienes de cultura*” (1993, p.280)¹³⁶

Humberto Cunha Filho por su parte, sostiene:

Los derechos culturales son aquéllos relacionados a las artes, a la memoria colectiva y al flujo de los saberes que aseguran a sus titulares el conocimiento y uso honesto del pasado, una interferencia activa en el presente y la posibilidad de previsión y decisión referentes al futuro, buscando siempre, en lo relativo a la persona humana, la dignidad, el desarrollo y la paz. Si encontramos un derecho en que tales elementos convivan simultáneamente, aunque uno pueda estar en mayor escala que los otros, se trata de un derecho cultural. (2022, p.41)

En efecto, los derechos culturales no se limitan a garantizar el acceso y disfrute individual – y, por ende, a la protección– de ciertos bienes culturales, sino que suponen la posibilidad de experimentar la cultura, es decir de acceder a una serie de referencias y recursos culturales que le permitan participar del proceso de construcción y de transmisión de la cultura, en tanto “Las

¹³⁵ Así, en La Ley de Cultura de El Salvador “Se reconocen los derechos culturales como derechos humanos, en consecuencia, deberán interpretarse según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia”. La legislación de Panamá, los define del siguiente modo: “Los derechos culturales son esenciales para la dignidad humana, por ello forman parte integral de los derechos humanos y se interpretarán y aplicarán según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Nadie puede invocar los derechos culturales para menoscabar un derecho reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos o en otros instrumentos de derechos humanos”.

¹³⁶ Destacado en el original

referencias culturales constituyen la fuente de toda identificación, personal y común” (Meyer-Bisch, 2008, p. 3).

Es por ello que Meyer-Bisch propone la siguiente definición doctrinaria

Los derechos culturales designan los derechos, libertades y responsabilidades para una persona, sola o en común, con y para otros, de elegir y de experimentar su identidad; eso implica las capacidades de acceder a referencias culturales, como así también a los recursos que son necesarios para su proceso de identificación. (2008, p. 6)

Partiremos de este concepto para avanzar en el análisis de la pregunta que da inicio a este capítulo, sin perjuicio de que propondremos en las conclusiones nuestra propia definición de derechos culturales como contribución al campo de estudio.

Los derechos culturales requieren para su concreción de un complejo entramado de derechos derivados y de garantías jurídicas, políticas y sociales que viabilice el empoderamiento de individuos y grupos de manera tal que resulte posible para unos y otros la construcción de referencias simbólicas, de prácticas y de bienes culturales, como así también su transmisión transgeneracional, en un círculo virtuoso que alimente a su vez el nacimiento un nuevo proceso cultural. En este sentido, son también sujetos beneficiarios de los derechos culturales las generaciones futuras.¹³⁷

Es necesario garantizar la posibilidad de su construcción y su transmisión, pero aun así no es suficiente.

No es posible avanzar hacia la vigencia plena de los derechos culturales sin partir del reconocimiento de las profundas diferencias en el acceso a bienes y prácticas culturales, y sin advertir que las desigualdades sociales son culturalmente construidas, lo que nos conduce, inexorablemente, a la necesidad de ampliar o expandir el campo de los derechos culturales.

¹³⁷ En el derecho internacional público, existen algunos instrumentos que proclaman a la subjetividad internacional de las generaciones futuras como titulares de derechos. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 establece en su artículo 4° el deber de los Estados parte de adoptar medidas para proteger el patrimonio natural y cultural de la humanidad con el objetivo de asegurar su transmisión a generaciones futuras. También es posible encontrar este reconocimiento en fuentes secundarias. Entre las más relevantes podemos mencionar la Declaración de UN sobre Medio Humano emanada de la Conferencia Estocolmo de 1972; el Informe Brundtland, Nuestro futuro común (1987), elaborado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de UN, la Declaración de Río de Janeiro adoptada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), También cabe mencionar la la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras adoptada en el seno de la UNESCO el 12 de noviembre de 1997, en Paris.

Para su consolidación, es preciso reconocer, identificar y proteger las dimensiones culturales de todos los derechos humanos.

Esto nos conduce a otros dos interrogantes que intentaremos comenzar a responder a continuación: ¿cómo se garantizan los derechos culturales? y ¿cómo contribuyen los derechos culturales a la realización plena de todos los derechos humanos?

2. ¿Cómo se garantizan los derechos culturales?

La eficacia de los derechos culturales depende de, al menos, dos órdenes de garantías: las garantías jurídicas y las garantías políticas y sociales.

a) Las garantías jurídicas

El primer plano, es decir, el normativo y sus debilidades, ya ha sido analizado en capítulos anteriores, en los que fue posible demostrar la insuficiencia de la recepción normativa de estos derechos. Sin embargo, los límites presentes tienen también vías de superación, a través de algunas instituciones jurídicas que permiten avanzar hacia la concreción de los derechos culturales con las herramientas normativas e interpretativas existentes. Nos referimos especialmente a la noción de *corpus iuris* internacional.

La primera referencia al *corpus iuris* de los derechos humanos aparece en la Opinión Consultiva número 16 de 1999, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que continuó desarrollando el instituto, transformándolo en uno de sus principales aportes a la doctrina internacional.

La CoIDH señala que:

El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución

de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo. (OC-16/1999, § 115)

En consecuencia, y de conformidad a lo previsto en los incisos a) y b) del apartado 2 del artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, una norma jurídica prevista en un tratado (como, por ejemplo, el derecho a tomar parte libremente de la vida cultural, previsto en el artículo 15 del PIDCyP), debe interpretarse considerando otros instrumentos relacionados con este y con el sistema dentro del cual se inscribe.

Para construir esta noción hace referencia explícita a un precedente de la Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva referida al asunto “*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*”, en la que se indicó que:

(...) la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho (...). Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años (...) han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el *corpus juris gentium* se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones. (Advisory Opinión, I.C.J. Reports, 1971, pp. 16-31)

Posteriormente, la CoIDH continuó desarrollando y fortaleciendo la idea de *corpus iuris* internacional, transformándola en una herramienta que permite tejer una red de contenidos que contribuyan a consolidar un derecho humano, a partir de instrumentos presentes en todo el derecho internacional, incluso con un distinto valor jurídico, conectando tratados internacionales, declaraciones y decisiones de órganos internacionales de los distintos sistemas de protección.

Además de eso, en numerosos antecedentes los órganos internacionales de protección de los derechos humanos se nutren de fuentes internas, presentes en el derecho constitucional, o en normas jurídicas inferiores. De este modo, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno no se expresa solamente en una dirección vertical, desde ‘arriba’ hacia ‘abajo’, sino en un sentido espiralado, alrededor del principio *pro persona*¹³⁸, para encontrar o, en su caso, construir la solución más tuitiva de los derechos en cuestión.

¹³⁸ El principio, *pro persona* o *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de

En la segunda parte de esta tesis, pondremos en práctica la noción de *corpus iuris* para hacer un aporte a la definición del contenido de los derechos culturales que abordaremos de modo particular.

Para ello, nos serviremos de insumos que hemos analizado y sistematizado en los Capítulos I y II, es decir, aquellos presentes en los instrumentos de los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, junto con el corpus conocido como “derecho internacional de la cultura” que se conforma por los tratados y declaraciones desarrollados en el ámbito de UNESCO que recogen un conjunto relevante de normas y principios protectivos de bienes y prácticas culturales. Sumaremos, además, las producciones (informes, opiniones, jurisprudencia) de los distintos órganos internacionales de protección de derechos culturales.

b) Las garantías políticas y sociales

La dimensión colectiva de los derechos culturales requiere de garantías políticas, lo que pone de resalto la interdependencia con la participación democrática en sus diversos grados de cooperación e interacción ciudadana, a saber: a) la participación como derecho de acceso a la información, b) la participación como consulta, c) la participación como co-decisión y d) la participación como co-gestión (Médici, 2011, p. 234).¹³⁹

Esas garantías refieren a la conexión entre las distintas formas de asociación y organización social y comunitaria.

En efecto, los derechos colectivos requieren mecanismos de innovación institucional, que garanticen que las políticas públicas se orientarán a la concreción de las obligaciones estatales involucradas, en clave de derechos humanos. Ello implica el compromiso de los gobiernos de innovar las formas de legitimarse, lo que supone un ejercicio de democracia participativa, que construye

establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Esta pauta se encuentra consagrada positivamente en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, que establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos. Entre otros, el art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

¹³⁹ Profundizaremos sobre este aspecto al analizar el principio de participación en relación a los derechos culturales escogidos para la segunda parte de esta tesis.

“procesos de legitimación a través de *consensos exigentes*, no presupuestos sino renovados en forma continua y cotidiana a través de la codecisión con la ciudadanía” (Médici, 2011, pp. 232-233).¹⁴⁰

En el marco del Derecho Internacional de la Cultura, la Convención de 2003 sobre Patrimonio Cultural Inmaterial contempla la participación en diversas normas. Así, el artículo 11, a la hora de definir la obligación estatal de salvaguardia, indica que los estados parte deben: “identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes”.

Por su parte, el artículo 15 establece que,

en el marco de sus actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, cada Estado Parte tratará de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo.

Estas normas son el resultado de un profundo debate y una dura crítica a la gestión del patrimonio cultural, edificados alrededor de la Convención de Patrimonio Mundial Natural y Cultural de 1972.

Hemos dicho antes que las garantías políticas no forman parte del imaginario occidental y hegemónico de derechos humanos, que orienta las luchas sobre derechos humanos al plano de lo normativo y judicial. Sin embargo, los esfuerzos de los grupos históricamente segregados los pueblos indígenas y los afrodescendientes, se orientaron con mayor acento a partir de la década del ‘90 a instalar la diversidad étnico-cultural en la agenda política y jurídica de los Estados latinoamericanos, en particular de la región andina (Briones 2004, p. 32).

La piedra de toque en el derecho internacional sobre esta cuestión ha sido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –adoptado en 1989 con 22 ratificaciones, la mayoría de estados latinoamericanos–, que además de poner de relieve la invisibilización y subestimación de los estados hacia los pueblos indígenas, establece como núcleo fundamental el derecho de consulta, previsto en su artículo sexto.

La consulta previa nace como un derecho específico de los pueblos indígenas, que establece la obligación estatal de realizar una consulta con los pueblos indígenas en todos los casos que pudieran afectarlos directamente, como la adopción de medidas legislativas o administrativas (artículo 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo

¹⁴⁰ Destacado en el original.

(artículos 6 y 7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (artículo 15). La consulta debe hacerse de buena fe (artículo 6) y su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad, aunque su ausencia no debe ser interpretada como un ‘derecho a veto’.¹⁴¹ De este modo, la consulta es un derecho humano en sí mismo y, a la vez, un mecanismo para el ejercicio colectivo de todos los otros derechos humanos de estos colectivos.

Los alcances limitados del derecho de consulta resultan profundizados por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), lo que constituye una norma de *soft law*, es decir, no se trata de una norma internacional jurídicamente vinculante, aunque sí de un compromiso político importante para los estados que participaron en su aprobación.¹⁴²

La Declaración establece en su artículo 32 lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

En este sentido, la Declaración recupera la noción de derecho de consulta, cuyo germen es el Convenio 169 de la OIT, en un sentido mucho más extenso, para desarrollar la obligación estatal correspondiente de obtener el consentimiento previo, libre e informado.

La distinción entre consulta y consentimiento previo ha sido objeto de análisis por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia en el Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), en la que destacó que:

¹⁴¹ Esta es la interpretación que surge de la Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT, p. 15. Disponible en: <http://www.indigenas.oit.or.cr/conten.htm>

¹⁴² La declaración de los Pueblos Indígenas fue adoptada por Resolución 61/295 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del 2007 con 143 países a favor y cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania), mientras que 34 estados no estuvieron presentes en la votación. Recientemente, los estados que habían votado en contra, modificaron su posición lo que ha generado expectativas respecto de la posibilidad de que esta declaración se transforme en un tratado.

organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.¹⁴³

Las instituciones a las que refiere la sentencia son, entre otras, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, el Foro Permanente para las cuestiones indígenas de Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Existe consenso en el sentido de que la consulta implica que la participación de las comunidades involucradas debe darse desde el comienzo del procedimiento, y debe contemplar su participación en la decisión acerca de cuáles serán los mecanismos de consulta a desarrollar y cómo van a desarrollarse. Es imprescindible que la consulta previa se lleve a cabo con las comunidades afectadas y que sus representantes sean las personas u organizaciones que ellas mismas designen para tal efecto. A su vez, el estado debe suministrarles la información necesaria y respetar sus costumbres y tradiciones, de modo que estas puedan desarrollar sus propios mecanismos comunitarios de toma de decisión. Es por ello que se ha considerado que el otorgamiento de un plazo muy exiguo resulta violatorio del principio.

Sin embargo, los efectos de la consulta previa “sigue(n) siendo uno de los asuntos más polémicos en las discusiones jurídicas y políticas sobre esta cuestión” (Garavito y Morris 2010, p. 83), debido a la ambigüedad de estándares al respecto.

La diferencia práctica central entre este concepto de consentimiento y la figura predominante de la consulta previa consiste en los efectos contrastantes de cada una en los casos en los que las comunidades afectadas se oponen a la medida o proyecto en cuestión. En tanto que algunos pronunciamientos de derecho internacional resaltan que el fin de la consulta es llegar a un acuerdo entre las partes (lo que se acerca a la idea del consentimiento previo, libre e informado), otros establecen que solo existe un deber de incorporar algunos de los criterios de las comunidades consultadas en los planes de acción o mitigación de impactos de los proyectos o medidas realizadas (lo que se acerca a la concepción dominante de la consulta) (Garavito y Morris 2010, p. 80).

¹⁴³ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2007.
Mg. Lucía C. Colombato

La reciente Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2016¹⁴⁴, profundiza el camino hacia el consentimiento previo, libre e informado, que se encuentra reconocido en esos términos –no como mera consulta– en normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio, recursos naturales y patrimonio cultural.

Pero quizá la transformación más importante viene de la mano del reconocimiento de que los derechos de los pueblos originarios del continente americano son derechos colectivos, lo que implica poner en pugna la matriz individual de la concepción occidental de derechos humanos y la afirmación de los pueblos como sujetos de derechos humanos, que adquieren de este modo una dimensión personal de carácter colectivo.

En efecto, el artículo VI de la DAPI denominado “Derechos colectivos” reza:

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

Por otro lado, es imprescindible no dejar de mencionar aquí la trascendente doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha visibilizado y hecho exigibles los derechos políticos de los pueblos indígenas, junto a los derechos sobre sus territorios, estrechamente vinculados a la subsistencia de sus sociedades y sistemas culturales.¹⁴⁵

¹⁴⁴Al momento en que se escribe esta ponencia no se ha publicado el texto oficial de la Declaración Americana de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, de modo que trabajamos sobre el Proyecto de Resolución acordado por el Consejo Permanente en la sesión celebrada el 7 de junio de 2016 AG/doc.5537/16.

¹⁴⁵Entre otros podemos mencionar los siguientes: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2007. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia 27 de junio de 2012. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 08 de octubre de 2015. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

En el primer asunto en que abordó la cuestión de los reclamos de las comunidades indígenas sobre sus territorios ancestrales, el emblemático Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), la Corte destacó la existencia de “una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.¹⁴⁶

Asimismo, resaltó que

la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹⁴⁷

De este modo, el territorio no es solo el lugar en que se vive, es el elemento que da sentido a la existencia misma de ese sujeto colectivo que es el pueblo (y, por lo tanto, de los individuos que se autoidentifican como sus integrantes), es la razón de la lucha por los derechos y es, además, un legado a ser transmitido.

Este mecanismo político de garantía puede hacerse extensivo a todas las comunidades locales cuando se trate de emprendimientos o actividades que involucren un impacto cultural o ambiental en sentido amplio (comprensivo no solo del ambiente natural sino también el cultural), o la realización de megaproyectos que puedan afectar la sustentabilidad del modo de vida de una comunidad.

Otra institución que se orienta en este sentido es la de las audiencias públicas.

En Argentina el procedimiento de audiencias públicas tiene raigambre constitucional en el principio de debido proceso sustantivo¹⁴⁸, receptado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Si bien en su concepción original, esta garantía se reconocía solo en su faz individual, es decir, como el deber del órgano jurisdiccional de oír a la persona involucrada antes de tomar la decisión que pudiera afectarlo¹⁴⁹; hoy, es pacíficamente aceptada por la doctrina su extensión a la dimensión colectiva, en

¹⁴⁶Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, § 149.

¹⁴⁷Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, § 149.

¹⁴⁸El debido proceso es una garantía constitucional que protege a los individuos frente a la arbitrariedad del Estado. En su faz adjetiva, refiere a la necesidad de que los procedimientos judiciales se realicen de acuerdo a la ley, En su faz sustantiva, refiere a la regla de razonabilidad, que exige la concordancia de las normas de cualquier grado, y los actos públicos y privados con la Constitución Nacional.

¹⁴⁹ Este principio implica también el acceso al expediente y su pleno conocimiento, el derecho a la defensa, la prueba, a alegar y a que la decisión sea revisada por otro órgano.

aquellos casos en que no solo part la decisión judicial, sino también la decisión legislativa o administrativa involucre cuestiones de gran impacto social, económico, ambiental o cultural para la comunidad, con arraigo en la interpretación armónica de los artículos 18, 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional.

La Acordada 30/07, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció el régimen para las audiencias públicas y su aplicación a algunos casos de su competencia, siendo las más notables por su difusión pública, las celebradas en los casos “Verbitsky”¹⁵⁰, “Riachuelo”¹⁵¹ y “Ley de Medios”¹⁵².

Nos interesa señalar la filiación constitucional y convencional del derecho de la comunidad a ser oída en audiencia pública, ya que ello permite su aplicación aún en aquellos casos en los que la ley específica que regula la materia no la prevé.

Es necesario recordar también que la participación política está reconocida como derecho humano en los principales instrumentos internacionales genéricos de protección, y que no se limita a los derechos electorales: Pacto de San José de Costa Rica, art. 23.1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XIX y XX. En consecuencia, el estado se encuentra obligado internacionalmente a adoptar las medidas necesarias para su concreción.

Son varias las normas que contemplan expresamente el mecanismo de audiencias públicas. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo regula en su artículo 63, reglamentado por la Ley N° 6. A nivel nacional, también lo receptan la Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, la Ley 26675, conocida como Ley General del Ambiente, a la vez que varias provincias reconocen otras normas que regulan el procedimiento.

Los principios que informan la audiencia pública son el debido proceso, publicidad, oralidad, informalismo, contradicción, participación, instrucción e impulso de oficio, economía procesal y gratuidad.¹⁵³

Señala Gordillo (2007, pp. 454-455) que:

¹⁵⁰CSJN, “Verbitsky H. s/ Habeas Corpus”.

¹⁵¹CSJN, “MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”.

¹⁵²CSJN, “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ Acción Meramente Declarativa”.

¹⁵³Para un análisis detallado, ver Gordillo (2007), Capítulo XI.

el fundamento práctico del requisito de la audiencia pública o privada dentro de la garantía del debido proceso es múltiple. Sirve a) al interés público de que no se produzcan actos ilegítimos, b) al interés de los particulares de poder influir con sus argumentos y pruebas antes de la toma de una decisión determinada y sirve también, empíricamente, c) a las autoridades públicas para disminuir posibles errores de hecho o de derecho en sus decisiones para mayor eficacia y consenso de sus acciones en la comunidad, y para evitar reacciones imprevistas de la comunidad en contra de una determinada acción administrativa; d) al sistema democrático para impedir la concentración excesiva del poder en una autoridad hegemónica como hemos visto tantas veces en nuestra historia.

El autor citado analiza también “la doble naturaleza pública de la audiencia pública”. Al respecto, destaca que el procedimiento combina, por un lado, “la publicidad y transparencia misma del procedimiento, su oralidad e intermediación, asistencia y registro gráfico y filmico a través de los medios de comunicación” y, por el otro, “el acceso del público en general, asociaciones, partidos políticos, a tales procedimientos, como sujetos activos y partes en sentido procesal de ellos; la participación social o popular en suma (...)” (Gordillo, 2007, p. 456).¹⁵⁴

De este modo, como lo afirma Médici (2011, p. 222), la audiencia pública constituye uno de los mecanismos de innovación institucional, que desde el reconocimiento del (des)acuerdo abre la democracia a los requerimientos de un consenso exigente, que debe ser continuamente renovado, verificado y nunca presupuesto.

la forma de verificar y renovar el consenso exigente que el trabajo continuo de la democracia supone, consiste en activar los mecanismos de la democracia semidirecta, innovar institucionalmente en los mecanismos de la participación– decisión, que tiene como supuesto el acceso a y la transparencia de la información pública y los mecanismos consultivos, tales como las audiencias públicas con la participación de las redes y el asociacionismo de la sociedad civil. (Médici, 2011, p. 225)

El consentimiento previo, libre e informado supone un plus frente a la audiencia pública, en tanto no solo tiene en cuenta la opinión sino que implica la co-decisión de los afectados.

Junto a estos mecanismos, existen experiencias en torno al procedimiento de ‘presupuestos participativos’. Este procedimiento es una herramienta de participación democrática directa que involucra a las comunidades locales en la adopción de decisiones referidas a las prioridades de inversión de los presupuestos públicos.

¹⁵⁴ En este sentido, es necesario diferenciar la audiencia pública de la pública audiencia o sesión pública, que implica la asistencia pasiva del público, periodismo, etc.

Nos encontramos frente a ‘otro’ imaginario de derechos humanos en el que: a) se visibilizan las desigualdades y discriminaciones que el discurso de la universalidad no logró superar; b) se recuperan los contextos de lucha como fundamento del reclamo por los derechos; b) tanto la titularidad como el ejercicio son colectivos; c) se requiere de garantías que operen en el plano de la política, además de las jurídicas; b) la lógica de jerarquización está basada en la continuidad de la vida; c) como consecuencia de lo anterior son transgeneracionales y están destinados a ser transmitidos; d) su práctica se encuentra anclada a un territorio vivido, lo que significa discutir el carácter exclusivamente estatal de los mismos.

Nos interesa destacar también que desde la concepción de derechos humanos que hemos sostenido en esta obra no se reduce a enunciados normativos ni sus garantías a las jurídicas, por lo que insistimos en que el desarrollo de garantías políticas y sociales como las aquí propuestas potenciará su consolidación.

3. Conclusiones preliminares: El rol actual de los derechos culturales

De acuerdo con los criterios que hemos señalado a lo largo de la primera parte de esta tesis, entendemos que los derechos culturales están llamados a ocupar un rol significativo en las estrategias para abordar la desigualdad, en tanto las desigualdades constituyen una afrenta que socava todo el sistema de protección de los derechos humanos.

La idea de universalidad de los derechos humanos ha contribuido en gran medida a ocultar la desigualdad, a partir de afirmación de un principio jurídico de igualdad *a priori* de todo individuo frente al ordenamiento jurídico.

En este sentido, entendemos con Meyer-Bisch que “el subdesarrollo de los derechos culturales es un déficit que concierne al conjunto de los derechos humanos” (2008, p. 1), en tanto es urgente avanzar en la construcción de una cultura de derechos que en lugar de reproducir la desigualdad reforzando estereotipos, prejuicios raciales o de género u otros imaginarios o representaciones discriminatorios, se alce en su contra.

Esto último supone el reconocimiento de las desigualdades sociales como culturalmente construidas y el llamado al desarrollo de políticas públicas orientadas a eliminar la violencia simbólica y a mejorar la calidad de vida y las condiciones reales de existencia de las minorías.

Consideramos urgente una “comprensión exigente de la universalidad” Meyer-Bisch (2008, p.1), que a la luz de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reconozca al pluralismo cultural, a la interculturalidad, a la diversidad, como un camino imprescindible para la construcción de una universalidad entendida como punto de llegada.

Capítulo IV: Derecho a la autoidentificación cultural

1. Consideraciones generales

Analizar el derecho a la autoidentificación cultural¹⁵⁵ supone un esfuerzo por establecer acuerdos alrededor de dos categorías tan problemáticas como las de identidad y cultura, sobre las que propondremos una resignificación crítica, en los términos que hemos planteado en la Introducción. Al mismo tiempo, intentaremos argumentar el carácter fundante de este derecho en relación con todos los derechos culturales.

A la hora de describir el marco teórico que sustenta esta tesis, hemos explicado que nuestra concepción de identidad no se asienta sobre una perspectiva esencialista, por lo que no la consideramos como algo dado, sino “como categoría [que] invita al análisis de la producción de subjetividades tanto colectivas como individuales que emergen, o pueden ser percibidas, en los ámbitos de las prácticas cotidianas de lo social y la experiencia material de los cuerpos” (Szurmuk y McKee, 2009, p. 140).

Hemos sostenido también una concepción de identidad contrahegemónica, que interpela las narrativas moderno-coloniales sobre la identidad uniforme, para dar lugar a debates y críticas que lograron “descentrar” (Hall, 2003) esa categoría analítica a la luz de relecturas decoloniales, feministas, subalternas y performativas.

En Latinoamérica, las disputas en torno a la identidad cultural suponen una comprensión intercultural de la idea de derechos humanos y del propio Estado-Nación, porque tensionan los paradigmas clásicos de los sistemas jurídicos de la modernidad. En ese camino, la matriz sobre la que se asienta este derecho son las luchas sociales de los pueblos indígenas y tribales, que lograron instalar

¹⁵⁵Escogimos la denominación “autoidentificación cultural” para el análisis de este derecho, para destacar la perspectiva no esencialista que propusimos en nuestro marco teórico a partir de una relectura de los conceptos identidad y cultura. Ese *nomen iuris* es además el utilizado por la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas y en algunas constituciones Latinoamericanas como la de Ecuador. En el ámbito del Derecho Internacional de la Cultura, son más frecuentes las referencias a la “identidad cultural”, al igual que en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

la cuestión de la interculturalidad en las agendas constitucionales latinoamericanas desde finales del siglo XX.

Por eso, a la hora de pensar el elemento cultura en el derecho a la autoidentificación cultural, seguimos a Clavero (2007) en tanto clarifica que existen, al menos, dos significados de la palabra cultura. El sentido primario, que aquí consideramos, entiende que:

La cultura (...) como objeto de derecho no es una exclusiva de nadie, de aquellas ni aquellos que se consideran cultas y cultos. Todas y todos nacemos, todas y todos nos individuamos, todas y todos nos socializamos, en una cultura determinada, en una cultura con valor para su medio a tales efectos de individuación y socialización. Cultas y cultos somos todas y todos. Dicho de otro modo, cuando se habla de cultura a tal propósito básico de individuación y socialización, no hay medios cultos y medios incultos, humanidad civilizada y humanidad incivilizada. (p. 204)

Si se toma como punto de partida para el análisis este sentido primario del término cultura, existe, entonces, lo que Clavero (2007) llama un “derecho a la cultura propia” que constituye un valor primordial del orden social y garantiza la realización plena del derecho a una vida digna. Desde esta perspectiva, construiremos nuestra propuesta.

El sentido secundario, que es el que se le ha dado al describirse el “acceso a la vida cultural”, considera la cultura como una destreza o capital cultural adquirido. No es este nuestro punto de partida para la definición del contenido del derecho a la autoidentificación cultural, porque esta perspectiva alienta la consideración de los derechos culturales como capacitación suplementaria, resultado de un proceso de instrucción.

Desde la mirada propuesta, y tal como intentaremos argumentar a continuación, el derecho a la autoidentificación cultural tiene una dimensión necesariamente colectiva, que es sustantiva y principal, a la que se adiciona una dimensión individual derivada de la primera.

2. Contenido del derecho a la autoidentificación cultural en el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos

Si bien, como ya lo hemos señalado antes, la cuestión de la autoidentificación cultural ha adquirido centralidad en el terreno de las luchas en torno a la diversidad cultural, su enunciación como derecho está ausente en los instrumentos de carácter vinculante que componen el *corpus iuris* internacional de derechos humanos.

Aun así, es posible examinar una serie de esfuerzos por definir y sistematizar su contenido. Como podremos observar, muchas de estas normas se afianzan sobre la acepción secundaria del término cultura.

a) Tratados internacionales

Como instrumento de carácter obligatorio, es posible mencionar a la Convención de 2003 sobre Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial que, si bien no reconoce este derecho expresamente, provee la siguiente definición:

Artículo 2: Definiciones.- A los efectos de la presente Convención, (...) 1. Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, *infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad* y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible¹⁵⁶.

Aunque la referencia a la autoidentificación cultural es indirecta, su inclusión dentro del concepto de patrimonio cultural inmaterial sostiene la exigibilidad de las obligaciones estatales en torno a este, y que surgen del artículo primero de la mencionada convención.

Artículo 1: Finalidades de la Convención.- La presente Convención tiene las siguientes finalidades: a) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial; b) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate; c) la sensibilización en el plano

¹⁵⁶ El destacado es nuestro.

local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco; d) la cooperación y asistencia internacionales.

En relación con el Convenio de 2005 sobre la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales, también contiene alusiones a la autoidentificación cultural, sin consagrar un derecho en torno a ella.

Artículo 1 – Objetivos: Los objetivos de la presente Convención son:

a) proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; (...)

g) reconocer la índole específica de las actividades y los bienes y servicios culturales en su calidad de *portadores de identidad*¹⁵⁷, valores y significado;

Artículo 4 – Definiciones: A efectos de la presente Convención:

2. Contenido cultural: El “contenido cultural” se refiere al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales *que emanan de las identidades culturales o las expresan*¹⁵⁸.

b) Declaraciones de organismos especializados y conferencias internacionales

La UNESCO produjo una serie de instrumentos de *soft law* que aportan, como fuentes secundarias, elementos para la enunciación del derecho a la autoidentificación cultural. Algunos de ellos dieron lugar a las convenciones mencionadas en los párrafos precedentes y parecieran mostrar una ampliación sobre la concepción de cultura a la que hemos hecho referencia. Específicamente, podemos citar la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular de 1989, que lo incluye dentro de la siguiente definición.

A. Definición de la cultura tradicional y popular. A tenor de la presente Recomendación: La cultura tradicional y popular es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su *identidad cultural*¹⁵⁹ y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.

¹⁵⁷ El destacado es nuestro.

¹⁵⁸ El destacado es nuestro.

¹⁵⁹ El destacado es nuestro.

Existen referencias a la autoidentificación cultural en otras normas, dirigidas a la atención de problemas distintos. Entre ellas, podemos mencionar la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que ha reconocido en el principio 22 que:

(...) las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

c) Normas internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas

Tres instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la autoidentificación cultural de los pueblos indígenas: el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Antes de su aprobación, dos normas anticipaban algunos rasgos del derecho a la autoidentificación cultural en la concepción que sostenemos, porque se trata de normas que reconocen que en el interior del Estado puede existir más de una cultura con la que las comunidades e individuos se identifiquen. Ello permite discutir la descripción moderna del Estado como entidad monocultural.

La DUDH establece en su artículo 29 primer párrafo que “Toda persona tiene deberes respecto a la *comunidad*¹⁶⁰ puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

El artículo 27 del PIDCyP dice:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar la propia religión y a emplear su propio idioma. El reconocimiento de una comunidad de referencia, el reconocimiento de la existencia de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, aun cuando fuera un signo de menosprecio

¹⁶⁰ El destacado es nuestro.

y subestimación, contribuyó a instalar la idea de que es necesario garantizar unas condiciones materiales e inmateriales para que sea posible la propia existencia de la cultura.

El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo reconoce en varios de sus artículos los derechos culturales de los Pueblos Indígenas. Nacido frente al reclamo y la necesidad de dejar atrás las estrategias de asimilación que marcaban las políticas estatales e internacionales en torno al tratamiento jurídico y político de los pueblos indígenas, el Convenio N° 169 parte de reconocer “la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la *diversidad cultural*”. Además, subraya las aspiraciones de los pueblos indígenas “*a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*” (OIT, Preámbulo Convenio 169)¹⁶¹.

El artículo 1 define a los sujetos comprendidos y es importante para establecer algunos aspectos en torno al derecho a la autoidentificación cultural, dado que, luego de hacer la distinción entre pueblos indígenas y tribales¹⁶², establece en el segundo párrafo que: “2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

A su vez, el artículo 4.1, señala que: “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, *las culturas* y el medio ambiente de los pueblos interesados”, mientras que el artículo 5° indica que: “Al aplicar las disposiciones del presente convenio: a) Deberán reconocerse y protegerse los *valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales* propios de dichos pueblos (...)”.

En cuanto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)¹⁶³, que constituye una norma secundaria, es decir, no se trata de una norma internacional directamente vinculante, aunque sí una interpretación auténtica de los alcances de los

¹⁶¹ El destacado es nuestro.

¹⁶² Convenio N° 169 de la OIT, Artículo 1: 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (...) 3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

¹⁶³ La declaración de los Pueblos Indígenas fue adoptada por Resolución 61/295 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del 2007, con 143 países a favor, cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania), mientras que 34 estados no estuvieron presentes en la votación.

derechos humanos en relación a los pueblos indígenas, señala en su preámbulo la igualdad de los pueblos indígenas en relación con los demás pueblos, y reconoce, a la vez, “el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”. Al mismo tiempo, subraya la contribución de todos los pueblos al enriquecimiento y complejidad de las culturas, a las que considera patrimonio común de la humanidad.

En relación con la faz colectiva del derecho a la autoidentificación cultural, la Declaración parte de reconocer junto a la Carta de las Naciones Unidas, el PIDESC, el PIDCyP, la Declaración y el Programa de Acción de Viena el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, que involucra una dimensión cultural¹⁶⁴.

En este sentido, aparecen en la Declaración de Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, varios subderechos relacionados al que nos ocupa. Entre ellos, podemos mencionar los siguientes:

Protección frente a la asimilación forzada y la destrucción de su cultura:

Artículo 8. 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o

¹⁶⁴ Como hemos señalado antes (Colombato, 2018, pp. 59-60), “de la mano de las Resoluciones de la Asamblea General 1514 y 1541 de 1960 se dio nacimiento a la consagración del derecho a la libre determinación, y se acompañó un proceso histórico favorable a la descolonización. Con estas resoluciones, se reconoce el primer sujeto colectivo del Derecho Internacional Público: los pueblos sujetos a una dominación colonial. Aunque la Resolución 1514, calificada como la “Carta Magna de la Descolonización” consagró el derecho a la libre determinación como un derecho de “Todos los pueblos” (artículo 2), la Resolución 1541, adoptada al día siguiente vino a precisar el concepto de pueblo colonial, señalando que es aquel que se encuentra en un estado dinámico de evolución y progreso hacia la plenitud del gobierno propio, que no ha alcanzado aun (Res. AG 1541 XV. Principio II). También caracteriza a los pueblos sujetos a una dominación colonial la circunstancia de poseer un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de este en sus aspectos étnicos o culturales (Res. AG 1541 XV. Principio IV), aunque además deberán considerarse otros elementos de carácter administrativo, político, económico o histórico que influyen en las relaciones entre el Estado metropolitano y el territorio de modo que este se encuentra colocado arbitrariamente en una situación o en estado de subordinación (Res. AG 1541 XV. Principio V). Los contornos del derecho de libre determinación fueron precisados una década más tarde por la Asamblea General en la Resolución 2625 de 1970 que, además, indicó que el ejercicio de este derecho no debe llevar necesariamente a la consagración de un Estado soberano e independiente, sino que la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo también forma parte del ejercicio de ese derecho. Es así como Díez de Velasco (2013, p. 302) señala que “El derecho de autodeterminación es, en definitiva, un verdadero derecho subjetivo del que son titulares los pueblos, y que en su caso puede ser ejercido a través de la resistencia armada que frente a la opresión oponen los movimientos de liberación nacional”. Es importante señalar cuáles son los límites que el Derecho Internacional público ha establecido para este derecho: no es posible invocarlo para quebrantar o menoscabar el principio de integridad territorial de los Estados soberanos. De este modo, con acierto, afirma Carrillo Salcedo (1999) que “ninguna norma de Derecho Internacional legitima un pretendido derecho a la secesión: este es un hecho político y puede ser una aspiración política, pero en modo alguno es un derecho reconocido y legitimado por el Derecho Internacional contemporáneo” (p. 32). La consagración de estos límites constituyó un freno para las reivindicaciones de los pueblos indígenas, que se han visto históricamente restringidas al ámbito interno de los Estados, como una manifestación del derecho de las minorías étnicas y culturales, pero sin proyección hacia la secesión.

consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; (...)

Derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena sin discriminación:

Artículo 9. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Derecho a determinar su propia identidad:

Artículo 33. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

La Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶⁵ comienza reconociendo “La importante presencia de pueblos indígenas en las Américas, y su inmensa contribución al desarrollo, pluralidad y diversidad cultural de nuestras sociedades” al tiempo que implica la asunción por los Estados Americanos de “la obligación a respetar sus derechos y su identidad cultural”.

Luego de afirmar que los pueblos indígenas son sociedades “originarias¹⁶⁶, diversas y con identidad propia”, establece que el criterio fundamental para la determinación de los sujetos tutelados por la declaración es la *autoidentificación* de los pueblos indígenas. Este derecho, de acuerdo con el artículo I, apartado 2, puede ser ejercido en forma individual o colectiva “conforme a las prácticas e instituciones de cada pueblo indígena”.

Este criterio se basa en el derecho a la libre determinación, reconocido en el artículo II, que incluye una dimensión cultural. Al mismo tiempo, los Estados americanos afirman reconocer y respetar “el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades (artículo II).

En relación con el derecho a la autoidentificación cultural, el artículo VIII establece expresamente:

Artículo VIII. Derecho a pertenecer a pueblos indígenas. Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con

¹⁶⁵ La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 14 de junio 2016 en su 46a. sesión, poniendo fin a 17 años de negociación.

¹⁶⁶ Según el Artículo I. 1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas.

la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Además, el artículo XIII consagra el derecho a la identidad e integridad cultural.

Como consecuencia de este derecho, y al igual que lo hace la DNUDPI, el derecho a la autoidentificación cultural tiene como contracara el rechazo a la asimilación, cualquiera sea su origen (artículo X), aunque la Declaración Americana es más débil a la hora de establecer las obligaciones estatales correspondientes:

Artículo X. Rechazo a la asimilación. (...) 2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas.

El rechazo a las políticas de asimilación y homogeneización cultural constituye un avance importante para la comprensión del alcance que sostenemos del derecho a la autoidentificación cultural como derecho a una cultura propia, porque conmueve uno de los pilares más básicos del Estado moderno, que es la ficción de su carácter monocultural. Esto es, como los Estados nacionales se identifican con una única cultura, que no es compartida por toda la ciudadanía (al menos no en escenarios poscoloniales), la construcción de una ciudadanía uniforme puede producir efectos extintivos de otras culturas, aun en nombre de los derechos humanos (Clavero, 2007, p. 209). El desafío de la consolidación del derecho a la autoidentificación cultural implica que el Estado debe reconocer y proteger la diversidad cultural, y junto a ella la subjetividad colectiva de los pueblos que lo integran.

3. Contenido del derecho a la autoidentificación cultural en la jurisprudencia internacional

La CoIDH ha realizado múltiples referencias a la autoidentificación cultural, en un recorrido que ha posibilitado su afirmación como derecho humano. Estos desarrollos se dieron en el marco de la línea jurisprudencial referida a las violaciones de derechos humanos que han sufrido y sufren los pueblos indígenas y tribales de Latinoamérica. En un primer momento, el reconocimiento de este derecho se hizo bajo una concepción individual y, posteriormente, colectiva.

En el caso Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay¹⁶⁷ de 2005, la CoIDH reconoció el derecho a la autoidentificación cultural de los miembros de las comunidades indígenas, como un contenido de la propiedad colectiva, señalando:

124. Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su *identidad cultural* y transmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho [...].

135. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su *identidad cultural*¹⁶⁸.

En el mismo sentido, se ha pronunciado en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay¹⁶⁹ (2006).

147. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el *derecho a la identidad cultural* y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

148. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las *identidades culturales*¹⁷⁰ en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.

La primera vez que la CoIDH reconoció el derecho a la autoidentificación cultural en su dimensión colectiva fue en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador¹⁷¹ de 2012, en

¹⁶⁷ CoIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

¹⁶⁸ El destacado es nuestro.

¹⁶⁹ CoIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, § 118. Serie C N° 146.

¹⁷⁰ Los destacados son nuestros.

¹⁷¹ CoIDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N°242.

el que estableció su *justiciabilidad indirecta* por conexidad al derecho de propiedad previsto en el artículo 21 de la CADH y al derecho de consulta, reglado en el Convenio 169 de la OIT.

213. Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del *derecho a la identidad cultural* es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.

217. La Corte considera que el *derecho a la identidad cultural*¹⁷² es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

220. La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda de que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

Este caso es sustantivo, por cuanto subraya la interdependencia entre los derechos humanos colectivos a la propiedad colectiva, el territorio, la autoidentificación cultural y el derecho de consulta. Esa interdependencia se fundamenta en el carácter “pluralista, multicultural y democrátic(o)” de las sociedades americanas¹⁷³.

En el Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala de 2012, la Corte reiteró que la “identidad o integridad cultural, (...) es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, como la de Guatemala”. La interdependencia que sostenemos fue reafirmada luego en el Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras¹⁷⁴ de 2015 y en Caso de los Pueblos

¹⁷² Los destacados son nuestros.

¹⁷³ En el mismo sentido, CoIDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C N°250, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, § 118, Serie C N° 146.

¹⁷⁴ CoIDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C N°304.

Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá¹⁷⁵ de 2014. En este último, además del deber de indemnizar a que da lugar este derecho:

246. La Corte se remite a sus consideraciones respecto de la violación del artículo 21, en relación con 1.1 y 2 de la Convención [...]. Este Tribunal observa que la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de los referidos pueblos, así como las condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales deben ser tomadas en cuenta por la Corte al momento de fijar el daño inmaterial. De igual forma, la Corte observa que la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para los pueblos Kuna y Emberá en particular, implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e *identidad cultural* y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones.

En 2020, la CoIDH avanzó hacia la *justiciabilidad directa* de los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la autoidentificación cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana. Esto sucedió en la Sentencia recaída en el Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina¹⁷⁶.

Para ello, parte del criterio establecido desde 2017 en el caso Lagos del Campo Vs. Perú¹⁷⁷, cuando afirma su competencia para determinar violaciones al artículo 26 de la Convención Americana. Al tiempo que indica que la mencionada norma “protege aquellos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) que se deriven de la Carta de la Organización de Estados Americanos”, realiza una interpretación evolutiva¹⁷⁸, que fundamenta en el artículo 29 del Pacto de

¹⁷⁵ CoIDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C N°284.

¹⁷⁶ Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

¹⁷⁷ Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, § 142.

¹⁷⁸ La Corte ha afirmado, en el mismo sentido, que: “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸⁶ [...]. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de [dicha] Convención de Viena autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado”. CoIDH Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrafo 197.

San José. Además, establece que el contenido y los alcances de cada derecho incluido en el artículo 26 deberá ser definido a la luz del *corpus iuris* internacional en la materia.

En ese *corpus iuris* identifica las siguientes pautas que analizaremos exhaustivamente en atención a la relevancia de la sentencia por ser la primera en efectuar este desarrollo.

En relación con la Carta de la OEA, menciona los artículos 30, 45 f, 47 y 48. Estas normas indican el compromiso de los Estados frente al desarrollo integral de sus pueblos, que entiende comprensivo del campo cultural, la incorporación de sectores marginales de la población a la vida cultural, el deber de estimular la cultura y la obligación de preservar y enriquecer el patrimonio cultural. Menciona también que el derecho a participar de la vida cultural de la comunidad se encuentra reconocido tanto en la Declaración Americana como en el Protocolo de San Salvador.

En lo referido a las normas del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, refiere a la DUDH y al PIDESC que reconocen el derecho a la participación en la vida cultural de la comunidad. Además, refiere al artículo 27 del PIDCyP, que reconoce el derecho individual y grupal de quienes pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Además de las normas internacionales, la CoIDH analiza normas de derecho interno. En relación con la Constitución Nacional de Argentina, menciona que la reforma de 1994 asignó jerarquía constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Declaración Americana, a la Convención Americana, al PIDESC y al PIDCP. Subraya también las normas específicas relativas a pueblos indígenas incluidas en artículo 75, a saber, el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y el deber de garantizar el respeto a su identidad. A continuación, indica, además, que la Constitución de la Provincia de Salta incluye normas que aseguran a todos sus habitantes el acceso a la cultura y promueven las manifestaciones culturales colectivas. También contiene normas que reconocen la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, a la vez que “reconoce y garantiza el respeto a su identidad”.

Es interesante que la sentencia recopila adicionalmente textos constitucionales de diversos Estados de la región que, con diversas denominaciones, tutelan la autoidentificación cultural¹⁷⁹.

¹⁷⁹ CoIDH. Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrafo 236. “Textos constitucionales de diversos países de la región, con denominaciones diversas (entre ellas, por ejemplo, “identidad
Mg. Lucía C. Colombato

También se consideran en la Sentencia los alcances de los términos cultura e identidad cultural (que es la denominación que utiliza la CoIDH):

239. El Comité DESC ha señalado que [e]l concepto de cultura no debe entenderse como una serie de expresiones aisladas o compartimientos estancos, sino como un proceso interactivo a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, dan expresión a la cultura de la humanidad. Ese concepto tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social.

240. La Corte entiende que el derecho a la *identidad cultural* tutela la libertad de las personas, inclusive actuando en forma asociada o comunitaria, a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a participar en el desarrollo de esta. En ese sentido, el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura.

Además, avanza en precisiones acerca de la interdependencia de este derecho con la propiedad comunitaria indígena y en definitiva el territorio.

251. Adicionalmente, corresponde tener en cuenta lo que ha explicado el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a que el derecho de las personas a disfrutar de su propia cultura, “puede [...] guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos”, como es el caso de los miembros de comunidades indígenas.

252. El derecho a la identidad cultural, puede manifestarse, entonces, de diversas formas; en el caso de los pueblos indígenas se observa, sin perjuicio de otros aspectos, en “un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres [...]. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”.

253. En la misma línea, la Corte ya ha tenido oportunidad de advertir que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas está vinculado con la protección y acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios (*supra* § 94). De modo concordante, el Grupo sobre el PSS ha notado que “el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas”.

cultural” y “diversidad cultural”), en términos generales y/o en relación con pueblos indígenas o tribales, tutelan la autoidentificación cultural y/o la participación en la vida cultural. Entre las disposiciones relevantes pueden señalarse el artículo 30 de la Constitución de Bolivia; los artículos 215 y 231 de la Constitución de Brasil; el artículo 7 de la Constitución de Colombia; los artículos 21 y 23 de la Constitución de Ecuador; los artículos 57, 58 y 66 de la Constitución de Guatemala; el artículo 4 de la Constitución de México; los artículos 5 y 89 a 91 de la Constitución de Nicaragua; el artículo 90 de la Constitución de Panamá; los artículos 63 y 65 de la Constitución de Paraguay; los artículos 2 y 89 de la Constitución de Perú, y el artículo 121 de la Constitución de Venezuela”.

Es importante señalar que otros órganos de protección de derechos humanos, en diversos sistemas, se han ocupado de este derecho, entre ellos: la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en relación con la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comité DESC, ya citado y, en menor medida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Todo ellos han referido al derecho a la autoidentificación cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios.

4. Contenido del derecho a la autoidentificación cultural en documentos doctrinarios

Como hemos señalado antes¹⁸⁰, existen distintos esfuerzos doctrinarios por sistematizar en un proyecto de texto normativo, el reconocimiento de los Derechos Culturales y aportar a la definición de su contenido.

Uno de ellos es la Declaración de Friburgo¹⁸¹ sobre Derechos Culturales. Esta declaración propone una fórmula para el reconocimiento del derecho a la autoidentificación cultural, optando por la expresión identidad cultural:

Artículo 2.- (Definiciones)

(...) b) La expresión "identidad cultural" debe entenderse como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad;

Artículo 3 (Identidad y patrimonio culturales)

Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho:

¹⁸⁰ Capítulo II, apartado c.

¹⁸¹ El lanzamiento de la Declaración de Fribourg sobre Derechos Culturales tuvo lugar el 7 de mayo de 2007 en la Universidad de Fribourg y al día siguiente, 8 de mayo de 2007, en el Palais des Nations de Ginebra. El texto fue presentado por el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales, cuyas oficinas centrales se encuentran en el Instituto Interdisciplinario de Derechos Étnicos y Humanos en la Universidad de Fribourg, juntamente con la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO. La Declaración de Fribourg fue apoyada por más de cincuenta expertos en derechos humanos, así como por una plataforma de ONG. La Declaración es uno de los instrumentos clave para los derechos culturales que reúne y hace explícitos estos derechos que ya están incorporados de forma dispersa en numerosos instrumentos internacionales. El esclarecimiento es necesario para demostrar la importancia cultural de los derechos culturales, como también la de las dimensiones culturales de los demás derechos humanos. De hecho, la Declaración invita a todos los actores a identificar y tomar en conciencia la dimensión cultural de todos los derechos humanos, con el fin de enriquecer la universalidad a través de la diversidad, y de promover que toda persona, individual o colectivamente, lo haga propios. La Declaración se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos de tal forma que los derechos culturales son parte de los derechos humanos. (Conforme: <https://culturalrights.net/es/documentos.php?c=14&p=161>).

- a. a elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión. Este derecho se ejerce, en especial, en conexión con la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y de expresión;
- b. a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad. Esto implica particularmente el derecho a conocer los derechos humanos y las libertades fundamentales, valores esenciales de ese patrimonio;
- c. a acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información, a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diferentes culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras.

Artículo 4 (Referencia a comunidades culturales)

- a. Toda persona tiene la libertad de elegir de identificarse, o no, con una o varias comunidades culturales, sin consideración de fronteras, y de modificar esta elección;
- b. Nadie puede ser obligado a identificarse o ser asimilado a una comunidad cultural contra su voluntad.

Por su parte, la Declaración de los Derechos Humanos Emergentes¹⁸² incluye el derecho a la autoidentificación cultural dentro del Título II, referido al “Derecho a la democracia plural”, subrayando la dimensión política de los derechos culturales.

Artículo 5. Derecho a la democracia plural: Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho al respeto de la identidad individual y colectiva, así como el derecho a la diversidad cultural. Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la interculturalidad, que garantiza el derecho a vivir en un entorno de riqueza cultural, de conocimiento recíproco y respeto mutuo entre personas y grupos de distintos orígenes, lenguas, religiones y culturas. Todas las lenguas, religiones y culturas deben ser igualmente protegidas.
2. El derecho individual a la libertad cultural, que supone *el derecho de toda persona a conocer, vivir, preservar y desarrollar su propia identidad cultural incluyendo su identidad lingüística*¹⁸³.
3. *El derecho al reconocimiento y protección de la identidad cultural común*, que reconoce a todo grupo humano y toda comunidad dotado del sentimiento de estar unido por una solidaridad histórica, cultural, religiosa, lingüística u otra, *el derecho a ver protegida su identidad común*¹⁸⁴ y a obtener el estatuto colectivo de su elección en el seno de la comunidad política más amplia, sin que

¹⁸² La Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE) es un instrumento programático de la sociedad civil internacional dirigido a los actores estatales y a otros foros institucionalizados para la cristalización de los derechos humanos en el nuevo milenio. (Conforme: <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/derechos-humanos-emergentes/declaracion-universal-de-derechos-humanos-emergentes.php#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20los,humanos%20en%20el%20nuevo%20milenio.>)

¹⁸³ El destacado es nuestro.

¹⁸⁴ Los destacados son nuestros.

la defensa de la propia identidad justifique en ningún caso violaciones a derechos fundamentales de las personas.

4. El derecho al honor y la propia imagen de los grupos humanos, que reconoce a todo grupo humano y toda comunidad, unida por una solidaridad histórica, cultural, religiosa, lingüística u otra, la igualdad en dignidad y honor y el derecho al respeto de su honor e imagen por parte de los medios de comunicación y las autoridades públicas.

5. El derecho de los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las minorías y las personas que los integran a medidas especiales de reconocimiento de sus características distintivas para que se beneficien plenamente de sus recursos culturales, intelectuales y naturales.

Las dos propuestas subrayan la existencia de una dimensión colectiva y de una dimensión individual del derecho a la autoidentificación cultural, cuyo contenido analizaremos en el próximo párrafo.

5. Dimensiones del derecho a la autoidentificación cultural

Con base en el *corpus* jurídico hasta aquí descrito, y a efectos de contribuir a la delimitación del contenido del derecho a la autoidentificación cultural, hemos identificado dos dimensiones sustantivas: la *dimensión colectiva*, necesariamente pública, y la *dimensión individual* (que a la vez puede ser pública y/o privada, con una faz positiva o negativa).

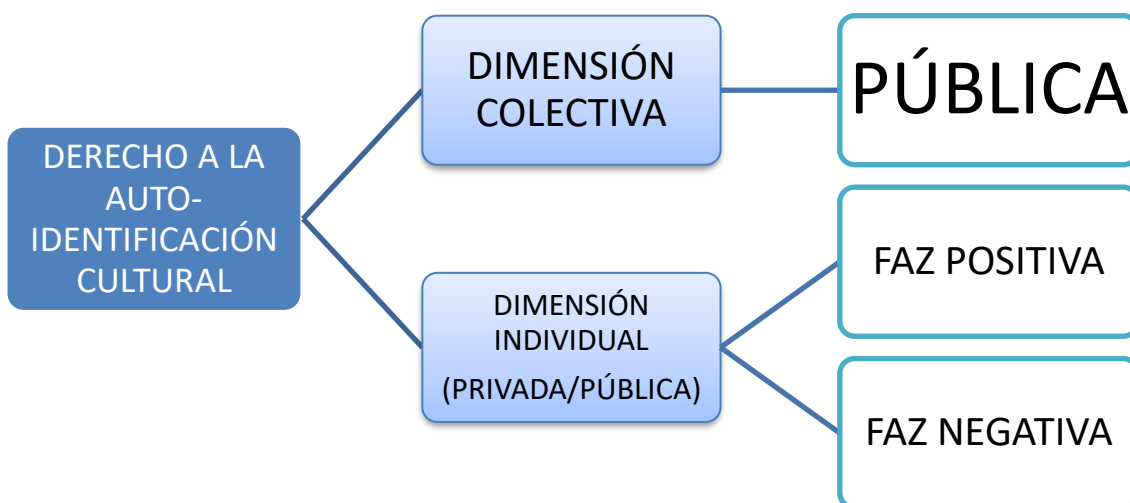


Figura 1. Elaboración propia.

a) Dimensión colectiva

La dimensión colectiva del derecho a la autoidentificación cultural es necesariamente pública e involucra el derecho a ejercer una identidad cultural común en el espacio público, sin discriminación. Ello supone en primer término, que el proceso de socialización y la constitución subjetiva en el marco de una cultura sean posibles, porque esta cultura subsiste, existe y se transmite. Implica también la posibilidad de exteriorizar prácticas culturales (rituales, festividades, ceremonias, manifestaciones artísticas, etc.), de utilizar una o varias lenguas, vestimentas, en definitiva, de vivir y reproducir una concepción del mundo en común con otros/as.

Como sostiene Clavero (2007, p. 206):

Conforme a un tal derecho a la cultura propia, el ordenamiento jurídico debe servir ante todo para que el ser humano pueda gozar pacíficamente de aquella en la que se individualiza y socializa; para que no se vea obligado a adoptar otra en detrimento de la suya de nacimiento. Lo cual inmediatamente significa que el grupo humano identificado con la cultura propia debe gozar de reconocimiento y condiciones para que la misma pueda reproducirse bajo el signo de la paz y la convivencia entre culturas; para que pueda desenvolverse en un ámbito suficiente de autonomía social o autogobierno político.

b) Dimensión individual

La dimensión individual del derecho a la autoidentificación cultural supone el derecho de cada individuo de identificarse libremente y sin discriminación como miembro de una o más culturas. Esta dimensión puede ser ejercida en público o en privado y reconoce una faz negativa y una faz positiva.

La faz positiva supone la aptitud de elegir, en base a diversos elementos, con cuál/cuáles culturas se identifica y el derecho a modificar esa elección. Este derecho puede ejercerse en la intimidad, o en el espacio público. La faz negativa consiste también en el derecho a no ser obligado/a a identificarse con una cultura determinada, el derecho a no pronunciarse sobre su identificación cultural, y también el derecho a no identificarse con ninguna cultura en particular.

El ejercicio de este derecho y de los subderechos desagregados que hemos enunciado más arriba, está sujeto al acceso a recursos simbólicos que posibiliten ese proceso de identificación, y que constituyen el objeto de este derecho.

6. Obligaciones y amenazas

El punto de partida para la definición de las obligaciones estatales y las amenazas que obstaculizan el ejercicio pleno del derecho a la autoidentificación cultural será el esquema de sistematización propuesto por Serrano y Vázquez (2014, p. 62).

En consecuencia, examinaremos en relación con el derecho a la autoidentificación, las obligaciones generales de respeto, protección, garantía y promoción. El contenido básico de cada una de estas obligaciones surge también del *corpus iuris* internacional que hemos descrito.

A la vez, cada obligación general se relaciona con principios de aplicación, elementos institucionales (enfoque 4^a) y deberes de verdad-justicia, sanción y reparación.

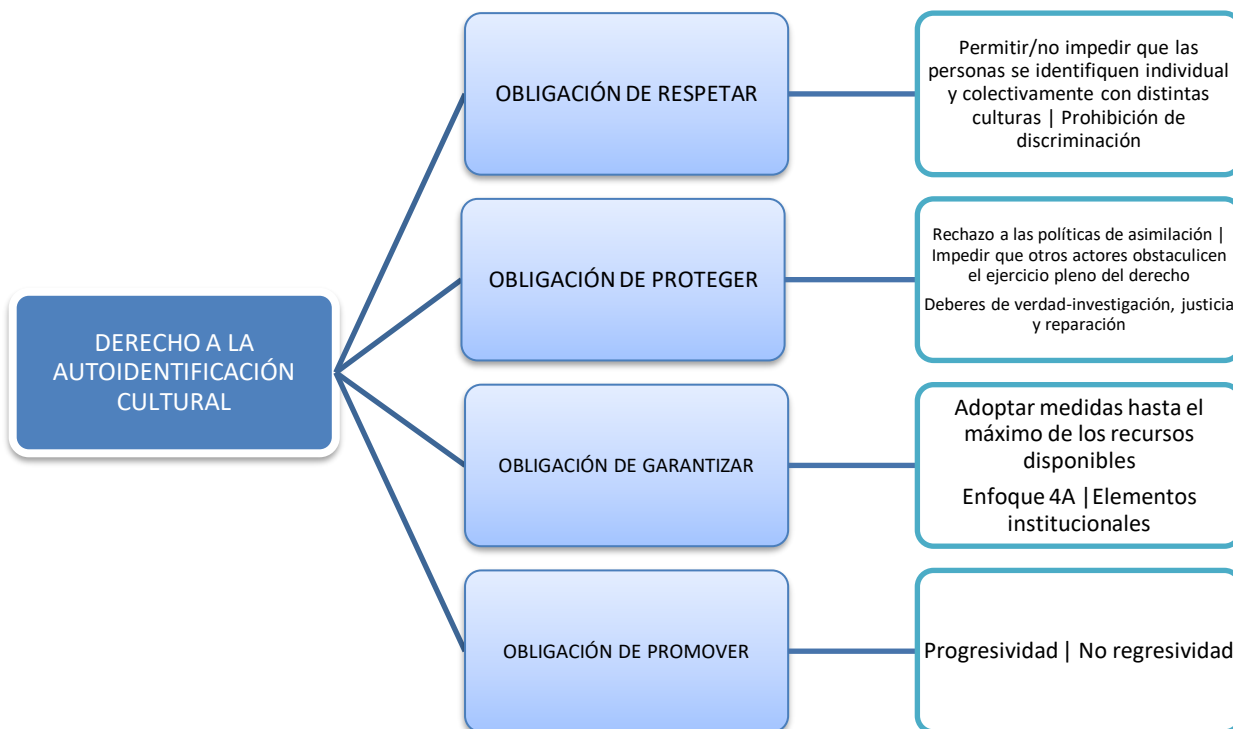


Figura 2. Elaboración propia.

a) Obligación de respeto

En relación con la *obligación de respetar* es importante señalar que, a diferencia de otras relativas a los DESC, es una obligación de resultado que supone una exigibilidad inmediata, por cuanto consiste en que el Estado debe permitir (esto es, no debe impedir), que las personas se identifiquen individual o colectivamente con diferentes culturas de pertenencia. Desde esta perspectiva existe una relación entre este derecho y las libertades de conciencia, pensamiento y religión¹⁸⁵.

Esta obligación no se encuentra sujeta a ninguna otra condición que la de su compatibilidad con los derechos humanos y, en virtud de lo dispuesto por el art. 2.2 del PIDESC para todos los DESC, el ejercicio de estos derechos debe ser garantizado por el estado “*sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁸⁶. Este último aspecto se relaciona con las garantías políticas que es necesario adoptar para que dicha elección sea posible y, además, para conferir una protección especial a los sectores más vulnerados de la sociedad. Por ello entendemos que el *principio de no discriminación* es una de las pautas hermenéuticas que informan este derecho.

Para que ello sea posible es necesario generar un ámbito de reconocimiento de la pluralidad y diversidad de las expresiones culturales, tal como se enuncia entre los objetivos de la Convención de 2005 (art. 1 inciso e).

En el mismo sentido, el Convenio 169 OIT indica en su artículo 5 que:

¹⁸⁵ La recepción en los textos internacionales de protección de derechos humanos sigue una fórmula que involucra una tríada de derechos: la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18 DUDH, art. 18 PIDCyP, art. II y III de la DADH, art. 1.1, art. 12 y art. 27 CADH) a) Libertad de pensamiento: refiere a la facultad de manifestar, defender y propagar ideas propias y creencias de tipo secular; b) Libertad de conciencia protege las convicciones de carácter ético no- religioso; c) Libertad de religión: refiere a la facultad de profesar ideas religiosas (faz positiva), o no profesar religión alguna (faz negativa) sin interferencia del Estado (Inmunidad de coacción); d) Libertad de cultos: (Constitución de la Nación Argentina, art. 14) refiere al derecho a practicar públicamente los actos de la religión que se profesa (vertiente subjetiva) con un único límite en el orden público. Su contracara demanda una neutralidad ideológica y religiosa de los poderes públicos (vertiente objetiva). Ello implica el derecho a recibir del Estado una educación, un servicio de salud y un servicio de justicia religiosamente neutros. Desde una perspectiva contemporánea, para garantizar este derecho, los Estados deben partir del reconocimiento de la pluralidad de pensamiento, de opiniones y religiosa como valor objetivo que debe preservarse, con base en específicos deberes de protección.

¹⁸⁶ El destacado es nuestro.

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:(a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.

b) Obligación de protección

En cuanto a la obligación de *proteger*, se identifica como el deber de adoptar medidas para abolir las políticas de asimilación y prevenir las prácticas que tengan como “objeto o consecuencia” la asimilación forzada. Ello surge del artículo 8 de la DNUDPI, que establece:

Artículo 8. Prevenir y Resarcir la asimilación forzada. Artículo 8 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; (...)

En el mismo sentido DADPI, menciona en su preámbulo la obligación de respetar la autoidentificación cultural de los pueblos indígenas y, aunque en términos generales es más débil que la declaración de Naciones Unidas en la formulación de obligaciones establece en su artículo X una norma específica que rechaza las políticas de asimilación y que transcribimos a continuación:

Artículo X. Rechazo a la asimilación (...) 2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas.

Ambas declaraciones tienen como base el Convenio 169 de la OIT cuyo artículo 5 b) establece que “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”.

Si bien encontramos el sustrato normativo de esta obligación en normas destinadas a los pueblos indígenas, entendemos que su proyección es más amplia y que presupone en definitiva la protección de la diversidad de las expresiones culturales, establecida como primer objetivo del Convenio con el mismo nombre (art. 1 a, Convenio Diversidad Cultural) y definida como de la siguiente manera en el artículo 4 7: “La ‘protección’ significa la adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales”.

Esto mismo es recuperado por la CoIDH en el caso Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, en una definición que se acerca al significado primario que hemos escogido para el

análisis del término cultura. Por ello entendemos que el *principio de diversidad* es la segunda pauta hermenéutica que guía la interpretación de este derecho. Es así como ha sostenido:

238. La diversidad cultural y su riqueza deben ser protegidas por los Estados ya que, en palabras de la UNESCO, “es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos[;] constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”. En consecuencia, los Estados están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar “políticas que favore[zc]an la inclusión y la participación de todos los ciudadanos [para que así se] garanti[ce] la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz”. Por ello, “el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural”.

Consideramos que esta obligación se relaciona además con los *deberes de verdad-investigación*, dado que la deconstrucción de una práctica cultural tan instalada como la asimilación exige una profunda revisión de las políticas culturales de los Estados, incluyendo a los gobiernos y a otros grupos hegemónicos. Ello implica problematizar, entre otros aspectos, la enseñanza de la historia en clave de derechos humanos.

En este sentido, la Relatoría especial en la órbita de los Derechos Culturales de NU, produjo en 2013 un informe sobre la enseñanza de la historia. Allí señaló que:

Los procesos de construcción de la nación y de la comunidad se valen de relatos que generalmente entrelazan narraciones, mitos y leyendas con la historia. Al convertirse en parte del patrimonio cultural de la comunidad, esos relatos permiten la transmisión a las generaciones más jóvenes de las referencias culturales con las que los miembros de la comunidad forjan su identidad cultural.

La ausencia de una reflexión crítica sobre los acontecimientos del pasado, en especial “cuando guardan relación con crímenes de lesa humanidad y genocidio, colonización y esclavitud, luchas civiles y guerras, ocupaciones y conquistas y violaciones graves de los derechos humanos” (así lo sostiene la Relatoría Naciones Unidas en la órbita de los Derechos Culturales, Informe sobre la Enseñanza de la Historia, párrafo 20), obtura el ejercicio pleno del derecho a la autoidentificación cultural, ya que produce segregación y silencia múltiples voces del imaginario de “la nación”, generando un discurso único.

En este contexto, órganos de derechos humanos han efectuado un reiterado llamamiento para que se erradiquen los estereotipos y la discriminación racial y de género de los libros de texto¹⁸⁷.

La obligación de *proteger* también consiste en el deber del Estado de impedir que otros actores obstaculicen el ejercicio pleno del derecho a la autoidentificación cultural. La violación de este derecho da origen a deberes de justicia y reparación.

En lo relativo al deber de indemnizar, la CoIDH ha resuelto:

246. La Corte se remite a sus consideraciones respecto de la violación del artículo 21, en relación con 1.1 y 2 de la Convención [...]. Este Tribunal observa que la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de los referidos pueblos, así como las condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales *deben ser tomadas en cuenta por la Corte al momento de fijar el daño inmaterial*. De igual forma, la Corte observa que la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para los pueblos Kuna y Emberá en particular, implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e *identidad cultural* y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones¹⁸⁸.

c) Obligación de garantía

La obligación de garantizar obliga al Estado a adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” para alcanzar la realización plena del derecho a la autoidentificación cultural.

En relación con esta obligación es necesario considerar varias pautas presentes en el *corpus iuris* internacional.

¹⁸⁷ El Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia recomendó que los Estados alentaran una narración exacta de la historia en la enseñanza a fin de evitar los estereotipos y la distorsión o falsificación de los hechos históricos, que podrían propiciar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y que velaran por que los libros de texto y demás material didáctico reflejaran con precisión los hechos históricos relativos a tragedias y atrocidades del pasado (véase A/HRC/23/56, § 57 f).

¹⁸⁸ CoIDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C N°284.

Entre las pautas generales, es señera la Observación General 3 del Comité DESC sobre la índole de las obligaciones de los estados en relación con el PIDESC¹⁸⁹. En este sentido el Comité ha señalado:

Aunque algunas veces *se ha hecho gran hincapié en las diferencias* entre las formulaciones empleadas en esta disposición y las incluidas en el artículo 2 equivalente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no siempre se reconoce que *también existen semejanzas importantes*. En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, *también impone varias obligaciones con efecto inmediato*.

Entre las obligaciones con efecto inmediato, se encuentra el compromiso de los Estados a adoptar medidas, lo que debe realizarse en un plazo razonablemente breve. Además, de acuerdo con la misma observación general, las medidas a adoptar deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto. En orden a ese objetivo, deben utilizarse todos los medios apropiados, en especial, las medidas legislativas. Al mismo tiempo, deben ofrecerse recursos judiciales para los derechos que, de acuerdo con el marco jurídico nacional, se consideren justiciables.

La única limitación para las medidas a adoptar es el respeto de todos los derechos humanos.

Específicamente, en lo relativo al derecho a la autoidentificación cultural, la CoIDH ha señalado en el Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina recuperó precisiones que el Comité DESC efectuó en su Observación General 17 relativa al derecho a participar en la vida cultural¹⁹⁰, subrayando lo siguiente:

242. El Comité DESC, entre las obligaciones estatales referidas al derecho a participar en la vida cultural, señaló la de “cumplir”, que “requiere [la] adop[ción de] las medidas adecuadas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias, de promoción y de otra índole, destinadas a la plena realización del derecho”, y la de “proteger”, que “exige que los Estados [...] adopten medidas para impedir que otros actores interfieran con el derecho a participar en la vida cultural”. El Comité DESC explicó que los Estados tienen “obligaciones básicas”, entre las que mencionó “proteger el derecho de toda persona a ejercer sus propias prácticas culturales”.

¹⁸⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Recuperada desde: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3

¹⁹⁰ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Recuperada desde: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN17

Señaló, asimismo, que el derecho se viola cuando un Estado “no toma las medidas necesarias para cumplir las obligaciones [respectivas]”.

Sobre la base de lo señalado antes, efectuó en el caso señalado, un mayor desarrollo del sistema de reparaciones. Es así como ordenó al Estado argentino la creación de un “Fondo de Desarrollo Comunitario para la cultura indígena”, para la reparación de los derechos lesionados a los que, como hemos señalado antes, consideró interdependientes y relacionados entre sí: autoidentificación cultural, ambiente sano, alimentación adecuada y agua.

En relación con el derecho a la autoidentificación cultural, señaló:

338. En vista de lo anterior, la Corte estima apropiado, como lo ha hecho en casos anteriores, ordenar al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario (en adelante también “Fondo”) a efectos, principalmente, de reparar el daño a la *identidad cultural*¹⁹¹, y considerando que funge también como compensación del daño material e inmaterial sufrido. En este sentido, dicho Fondo es adicional a cualquier otro beneficio presente o futuro que corresponda a las comunidades con motivo de los deberes generales de desarrollo del Estado.

339. En la presente Sentencia, la Corte estableció una lesión a la identidad cultural de las comunidades indígenas víctimas, relacionada con recursos naturales y alimentarios. En consecuencia, la Corte ordena que el fondo de desarrollo comunitario sea destinado a acciones dirigidas a la recuperación de la cultura indígena, incluyendo entre sus objetivos, sin perjuicio de otros posibles, el desarrollo de programas atinentes a seguridad alimentaria y documentación, enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas víctimas. La determinación de los objetivos puntuales a los que debe destinarse el Fondo, que deben contemplar los indicados, deberá ser decidida por las comunidades indígenas víctimas, y comunicada a las autoridades estatales y a la Corte en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia. El diseño y ejecución de los programas respectivos, a partir de los objetivos fijados, deberá contar con la participación activa de las comunidades indígenas víctimas y sus representantes.

340. El Estado deberá adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, financieras, de recursos humanos y de cualquier otra índole necesarias para la constitución oportuna de este Fondo, de modo que el dinero asignado al mismo pueda invertirse en forma efectiva, en los programas y acciones correspondientes, en los plazos fijados en los mismos y, en todo caso, en un período no mayor a cuatro años a partir de la notificación de la presente Sentencia. La administración del Fondo estará a cargo de un Comité que se creará al efecto, que estará integrado por una persona designada por las comunidades indígenas víctimas en el presente caso, una persona designada por el Estado y una tercera persona designada de común acuerdo por las dos primeras. El Comité

¹⁹¹ El destacado es nuestro.

indicado debe quedar constituido en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia.

341. El eventual incumplimiento de los plazos fijados en los dos párrafos anteriores para la determinación de los objetivos a los que debe destinarse el Fondo o respecto a la determinación del Comité, no exime al Estado del cumplimiento de la medida ordenada. En su caso, las autoridades estatales quedarán habilitadas para realizar las determinaciones correspondientes y deberán efectuar las acciones necesarias para la utilización efectiva del monto asignado al Fondo dentro del plazo previsto.

342. Para el Fondo indicado, el Estado deberá destinar la cantidad de US\$ 2.000.000,00 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de América), la cual será invertida de acuerdo con los objetivos propuestos, en el período fijado no mayor a cuatro años a partir de la notificación de la presente Sentencia. En la determinación del monto asignado al Fondo, la Corte tiene en cuenta la necesidad de que el mismo resulte razonable para cumplir con la finalidad de la medida y también el resto de las medidas dispuestas y la complejidad y costos que conllevan.

El Comité DESC ha señalado que la fórmula “hasta el máximo de los recursos que se disponga” no autoriza al Estado a sustraerse de las obligaciones asumidas bajo el derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, aun existiendo restricciones presupuestarias, corresponde a cada Estado la obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, «niveles esenciales» de cada uno de los derechos. En el caso bajo análisis, la CoIDH fija cuáles son los estándares mínimos, y de qué modo debe garantizarse la participación de las víctimas y comunidades involucradas en la toma de decisiones.

En relación con las que denominamos garantías políticas y que involucran la adopción de políticas públicas para cumplir con las obligaciones estatales en torno al derecho a la autoidentificación cultural, la CoIDH recupera en la Sentencia bajo análisis el enfoque 4A (o elementos institucionales) para lo que utiliza observaciones generales del Comité DESC.

El enfoque 4A nace de lo que el Comité DESC ha llamado «identificación de los elementos esenciales». Fue desarrollado en 1999 por Katarina Tomasevski, Relatora Especial de Naciones Unidas para el Derecho a la Educación 1998-2004, quien contribuyó a darles amplia difusión. Las 4A se han centrado en la educación de niños/niñas y en sistema escolar.

Las 4A especifican que al adoptar medidas para la garantía y promoción de los derechos deben observarse estos elementos esenciales en tanto son obligaciones que constriñen la acción gubernamental al momento de diseñar las formas en que los derechos se implementen.

La *disponibilidad* implica garantizar la suficiencia de los servicios, instalaciones, mecanismos, procedimientos o cualquier otro medio por el cual se materializa un derecho para toda la población.

La *accesibilidad* busca asegurar que los medios por los cuales se materializa un derecho sean accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna. Supone cuatro dimensiones: No discriminación, Disponibilidad física, Accesibilidad económica (asequibilidad), Acceso a la información

La *aceptabilidad* implica que el medio y los contenidos elegidos para materializar el ejercicio de un derecho sean aceptables por las personas a quienes están dirigidos, para esto son esenciales los mecanismos de participación política.

La *adaptabilidad* supone que las políticas adoptadas deben ser lo suficientemente flexibles para adecuarse a contextos y destinatarios diversos.

La *calidad* asegura que los medios y contenidos por los cuales se materializa un derecho tengan los requerimientos y propiedades aceptables para cumplir con esa función.

Aplicando este esquema, la CoIDH indica:

241. El Comité DESC, en lo que es útil resaltar, ha destacado, entre los “elementos” que requiere la realización del derecho a participar en la vida cultural, los siguientes: a) la disponibilidad, que conceptuó como “la presencia de bienes y servicios culturales”, entre los que destacó “dones de la naturaleza” tales como “ríos”, “bosques”, “flora” y “fauna”, así como “bienes culturales intangibles, como[, entre otros] costumbres [y] tradiciones [...], así como valores, que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades”; b) la accesibilidad, que “consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura”; c) la aceptabilidad, que “implica que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas adoptadas por el Estado [...] para el disfrute de los derechos culturales deben formularse y aplicarse de tal forma que sean aceptables para las personas y las comunidades de que se trate”; d) la adaptabilidad, que “se refiere a la flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado [...] en cualquier ámbito de la vida cultural, que deben respetar la diversidad cultural de las personas y las comunidades”, y e) la idoneidad, que “se refiere a la realización de un determinado derecho humano de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural, vale decir, de manera que respete la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y de los pueblos indígenas”. Sobre este último elemento, el Comité DESC “recalcó[...] la necesidad de tener en cuenta, en toda la

medida de lo posible, los valores culturales asociados, entre otras cosas, con los alimentos y su consumo [y] la utilización del agua”¹⁹².

La obligación de garantizar y fortalecer con relación a los DESC exige entonces la adopción de medidas de diversa naturaleza, por todos los medios posibles, incluida la asistencia y la cooperación nacional e internacional para contribuir a su realización plena.

d) Obligación de promoción

La obligación de *promover* el derecho a la autoidentificación cultural se vincula con la idea de «desarrollo progresivo» (o progresiva efectividad), que constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un breve período de tiempo.

Eso no significa que sea posible para el Estado, no producir ningún avance en este sentido. Al contrario, el desarrollo progresivo implica que los Estados se han comprometido a obtener los objetivos normativos lo más eficazmente posible, por lo que, en principio las «medidas regresivas» no proceden. Sólo superarán los estándares del derecho internacional, cuando puedan justificarse por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispongan, lo que no ha sucedido en la práctica de los órganos de derechos humanos específicos.

Como sostienen Serrano y Vázquez (2011, p. 243), la obligación de promover:

También se refiere a la adopción de medidas para la realización del derecho pero de más largo alcance, que tienden no a asegurar el efectivo ejercicio del derecho sino a ampliar la base de su realización. Así, se trata de una obligación de carácter verdaderamente progresivo para lograr cambios en la conciencia pública, en la percepción o en el entendimiento de un determinado problema.

De modo más específico, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 2, párrafo 1 que:

¹⁹² Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina Excepciones Preliminares, Fondeo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, *con la participación de los pueblos interesados*¹⁹³, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

La CoIDH estableció en el Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional que está cimentado, entre otros, en la estrecha relación de dichas comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la autoidentificación cultural. Dichos derechos deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas y tribales su participación en las decisiones relativas a medidas que pueden afectar sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, de acuerdo con sus valores, costumbres y formas de organización.

Sostiene la Corte:

En este sentido, el Convenio 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales para “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. Además, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT, “[a]l aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

En virtud de ello es que consideramos que los *principios de participación y cooperación* también informan este derecho.

¹⁹³ El destacado es nuestro.

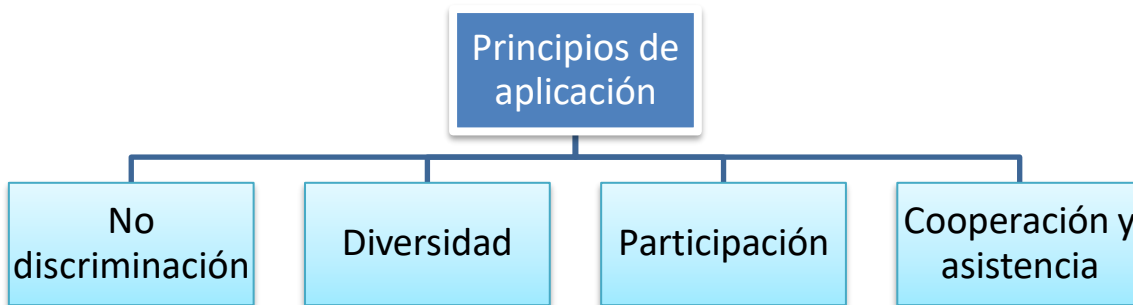


Figura 3. Elaboración propia.

Estos principios resultan fundamentales para comprender que una expansión de las comunidades e individuos que logren un mayor grado de accesibilidad al derecho a la autoidentificación requiere de condiciones políticas, económicas y ambientales que posibiliten la existencia de la base comunitaria sobre la que se asentará la identidad cultural autopercebida.

En este sentido, y tomando como punto de partida la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos, es importante subrayar que el derecho a la autoidentificación cultural como dimensión colectiva, se congloba con otros derechos culturales como el derecho a los patrimonios culturales (incluyendo el patrimonio lingüístico) y el derecho a la memoria, pero también con el derecho humano a la comunicación (en su dimensión activa y pasiva), a la pluralidad de fuentes de información (para evitar modos de censura indirecta), y a la educación intercultural.

Al mismo tiempo, los Estado deben garantizar los derechos a la propiedad colectiva, los derechos de soberanía y seguridad alimentaria y salud intercultural, para posibilitar el ciclo de producción, transmisión y reproducción de la cultura. Estos últimos aspectos se relacionan con los derechos bioculturales, los derechos ambientales y, fundamentalmente, los derechos políticos en sus expresiones autonómicas, que suponen diversos grados de participación política (el reconocimiento de un ámbito de autonomías comunales, con sistemas propios de elección de autoridades conforme el derecho consuetudinario vigente).

7. Conclusiones preliminares

A la luz del derecho positivo vigente en el *corpus iuris* de derechos humanos y de los criterios interpretativos producidos por sus órganos de aplicación que sistematizamos y organizamos a lo largo de este capítulo, fue posible realizar un aporte a la definición del contenido del derecho a la autoidentificación cultural a partir del análisis de las obligaciones estatales generales.

Como resultado de la investigación se identificó una dimensión colectiva de este derecho, que se expresa en el espacio público y que subraya la interdependencia con la participación política y otros derechos colectivos. También distinguimos una dimensión individual, con aspectos públicos y privados, y con una faz positiva y otra negativa. Se precisaron los alcances de las obligaciones y se determinó que las políticas de asimilación constituyen la principal amenaza a su concreción. Se describieron además los principios de aplicación que guiarán el diseño de las políticas públicas en la materia.

En el próximo capítulo analizaremos el derecho a la memoria.

Capítulo V: Derecho a la memoria

1. Consideraciones generales¹⁹⁴

El interés científico por el estudio de la memoria, es decir, de “la forma en que se lee, crea y recrea el pasado en cada tiempo presente” (Menjívar Ochoa, 2005, p. 9) no ha estado exento de fluctuaciones, pese a lo cual puede considerarse que su desenvolvimiento ha sido creciente. Como tópico que ha “intrigado desde siempre a la humanidad” (Jelin, 2002, p. 18), ha dado lugar a múltiples abordajes, desde distintas perspectivas.

Los debates actuales se centran en la memoria colectiva, también llamada memoria histórica, y en sus relaciones, siempre conflictivas, con la Historia y la Historiografía.

En el campo social, el punto de partida puede establecerse en los trabajos de Maurice Halbwachs (1877-1945) que se inician en el período de entreguerras, cuando el tejido social europeo se vio resquebrajado por los efectos de la *Grande Guerre*. En ese contexto, el autor aborda la problemática de la memoria en *Les cadres sociaux de la mémoire* (París, Alcan, 1925), que constituye sin lugar a duda la obra fundante en la materia, y que se verá completada luego por *La Topographie légendaire des Évangiles en Terre Sainte* (París, PUF, 1941), y su libro póstumo *La mémoire collective* (1950). La influencia de Halbwachs será notoria, y su obra estará presente en el núcleo de los abordajes teóricos posteriores, dando lugar a lecturas, relecturas y críticas.

La Segunda Guerra Mundial y sus consecuencias aparejaron el abandono de los estudios sociológicos sobre la memoria, hasta la década de 1980, cuando se produjo la “eclosión de este nuevo objeto de historia” (Menjívar Ochoa, 2005, p. 9).

Uno de los pilares de la teoría de Halbwachs sobre la memoria es la noción de marco social. Partiendo de la idea de que “es en la sociedad donde normalmente el hombre adquiere sus recuerdos, es allí donde los evoca, los reconoce y los localiza” (Halbwachs, 2004, p. 8), sostiene que las memorias individuales se encuentran enmarcadas socialmente, en tanto los grupos de los que el

¹⁹⁴El estado de la cuestión de los estudios sobre la memoria que realizo en este capítulo está basado en la investigación para mi Tesis de Maestría, publicada como Colombato, Lucía (2016). *El derecho humano a los patrimonios culturales. Avances, frenos y retos de su consolidación desde La Pampa*, Santa Rosa: EdUNLPam.

individuo forma parte ofrecen los medios para reconstruirlos, siempre y cuando éste adopte sus formas de pensar.

Estos marcos colectivos de la memoria no son simples formas vacías donde los recuerdos que vienen de otras partes se encajarían como en un ajuste de piezas; todo lo contrario, estos marcos son —precisamente— los instrumentos que la memoria colectiva utiliza para reconstruir una imagen del pasado acorde con cada época y en sintonía con los pensamientos dominantes de la sociedad (Halbwachs, 2004, p. 10).

No abordaremos aquí los debates a que dio lugar la noción de ‘memoria colectiva’, sino que rescataremos con Jelin (2002, p. 22) una interpretación “en el sentido de memorias compartidas, superpuestas, producto de interacciones múltiples, encuadradas en marcos sociales y en relaciones de poder”, lo que permite subrayar los procesos sociales de su construcción y reconstrucción.

Desde la mirada propuesta, entonces, toda memoria es una reconstrucción más que un recuerdo (Jelin, 2002, p. 20) y el olvido se explica por la desaparición de los marcos o parte de ellos. El presente actúa como tamiz, asegurando la continuidad de aquellos recuerdos que puedan inscribirse en su tiempo.

La articulación entre lo individual y lo colectivo que propone la problemática de la memoria nos lleva de plano al tratamiento de la cuestión que nos ocupa: los ligámenes entre memoria y los derechos humanos.

Los ‘marcos sociales de la memoria’, es decir, las estructuras o puntos de referencia que sostienen la comunicación y el pensamiento de los distintos grupos sociales son para Halbwachs el tiempo, el espacio y el lenguaje. Sin ellos la memoria no existiría, así como la identidad del grupo tampoco tendría continuidad en el tiempo sin memoria.

“El núcleo de cualquier identidad individual o grupal está ligado a un sentido de permanencia (de ser uno mismo, de mismidad) a lo largo del tiempo y del espacio. Poder recordar y rememorar algo del propio pasado es lo que sostiene la identidad” (Jelin, 2002, p. 24). Si la memoria es la “operación de dar sentido al pasado” (Jelin, 2002, p. 33) no habrá identidad sin memoria.

Es en este sentido que Halbwachs sostiene que mientras la historia es informativa la memoria es comunicativa, porque en definitiva la memoria es una construcción social narrativa (Jelin, 2002, p. 35), tendiente a dotar de sentido al pasado individual y colectivo.

La memoria, entonces, se produce en tanto hay sujetos que comparten una cultura, en tanto hay agentes sociales que intentan ‘materializar’ estos sentidos del pasado en diversos productos culturales

que son concebidos como, o que se convierten en, *vehículos de la memoria*¹⁹⁵, tales como libros, museos, monumentos, películas o libros de historia. (Jelin, 2002, p. 37)

2. Debates teóricos

En el mismo sentido que los teóricos antes citados, Pierre Nora (2008) sostuvo que estos *lieux de mémoire*, es decir, estos espacios simbólicos fueron reduciéndose a “conmemoraciones de tipo patrimonial”.

Así como las memorias colectivas conservan las identidades del grupo en el tiempo, también permean la subjetividad, y a modo de interpelación permiten al sujeto construir un sentido de pasado y de pertenencia. Este proceso lo involucra afectiva y emocionalmente, de manera tal que la reflexión sobre el pasado va acompañada de una ‘intención de narrarlo’.

Como “toda narrativa del pasado implica una selección” (Jelin, 2002, p. 29) genera, en consecuencia, una lucha o confrontación sobre el relato a construir. En este sentido, el estudio de la memoria puede constituir una herramienta develar los usos políticos del pasado (Menjívar Ochoa, 2005, p. 18) por parte de los productores de memorias oficiales.

El historiador francés Pierre Nora (2008) afirmó que los *lieux de mémoire*, es decir, los espacios simbólicos desde los que se recuerda fueron reduciéndose a “conmemoraciones de tipo patrimonial” (monumentos, edificios, museos, rituales que se ubican en el espacio público), de manera tal que constituyen campos en los que se juega la puja entre distintos sectores sociales para que sus memorias se vean reflejadas en la “memoria oficial” y sus políticas.

A partir de la década de 1980, Pierre Nora acuñó la noción *lieux de mémoire* para nombrar los lugares donde se ancla, condensa, cristaliza, refugia y expresa la memoria colectiva (Nora, 2008, p. 22). De este modo, el lugar de memoria no es necesariamente material –un monumento, un documento, un edificio–, sino cualquier resto –discursivo, visual, auditivo– que opere como elemento simbólico de la memoria de una comunidad dada.

Los lugares de memoria, característicos de las sociedades modernas, se contraponen a los *milieux de mémoire*, verdaderos ambientes de memoria que expresan continuidad del presente con el

¹⁹⁵Destacado en el original.

pasado, la memoria viva. En palabras de Nora, “Hay *lieux de mémoire*, sitios de memoria, porque ya no hay más *milieux de mémoire*, verdaderos ambientes de memoria” (Nora, 2008, p. 7).

Este concepto, se enmarca en una propuesta historiográfica que pretende comprender las complejas relaciones entre memoria e historia, con sus puntos de contacto y también con sus contradicciones.

Los siete volúmenes del libro *Les lieux de mémoire*, desarrollados durante diez años de trabajo por un equipo que reunió a más de 130 historiadores –en su mayoría franceses– han sido calificados por él mismo como una aventura editorial, una aventura intelectual, individual y colectiva a la vez (Nora, 1998).

Podemos ver cómo para Nora, las relaciones entre memoria e historia son problemáticas. La discontinuidad temporal con la memoria viva es la que da paso a la historia, considerada para este autor como un instrumento para la elaboración de una “memoria oficial”.

Para Pierre Nora, el final del siglo XX y los inicios del XXI están marcados por un *Memory Boom*, en el que los distintos actores sociales disputan la apropiación de un pasado y tratan de representarlo en lugares de memoria visibles, lo que da cuenta de que el problema de la memoria tiene no solo una dimensión académica o científica, sino también una dimensión política. En este sentido, frente a cada memoria oficial se erige(n) una(s) contramemoria(s), la de las minorías excluidas, constituyéndose un campo de disputas.

A diferencia de Nora, que defiende una mirada antitética, Paul Ricoeur postula una continuidad entre Memoria e Historia, a través de la Historiografía crítica. Aunque es un tópico que ya había abordado antes –en los tres tomos de *Temps et récit*, T. 1 (1983), T. 2 (1984) y T. 3 (1985) y en *Soi-même comme un autre* (1990), su desarrollo más profundo aparece en la segunda parte de la obra *La mémoire, l’histoire, l’oubli* (2000).

Paul Ricoeur considera a la historia y la memoria como dos formas de representación del pasado gobernadas por lógicas diferentes: la historia aspira a la veracidad mientras que la memoria pretende la fidelidad (Ricoeur, 2003). Los/as historiadores/as someten a resguardos metodológicos a los documentos, testimonios y fuentes orales de los que se nutren. La memoria, en cambio, busca recuperar el carácter único y especialísimo de cada experiencia mínima, próxima y vital.

La historia basa su pretensión de veracidad en su función crítica sostenida en tres niveles: documental, explicativo e interpretativo (Ricoeur, 1999) que se encadenan en la escritura historiográfica. Y es a través de ese vínculo dialéctico que Memoria e Historia se interpelan e influyen

mutuamente. De este modo, la historia resultará ser el horizonte crítico y responsable de la memoria (Cosci, 2011, p. 6).

Por otra parte, no es posible hablar de la historiografía, hoy, como un bloque homogéneo ligado al influjo de la historiografía nacionalista que la convierta, sin más, en “memoria oficial”. Esto es claro en la presencia de vertientes “dejadas por fuera de las historias oficiales”, tales como las corrientes feministas y las de los historiadores orales (Menjívar Ochoa, 2005, p. 24).

Dice Elizabeth Jelin (2002, p. 39) que:

Paul Ricoeur plantea una paradoja. El pasado ya pasó, es algo determinado, no puede ser cambiado. El futuro, por el contrario, está abierto, incierto, indeterminado. Lo que puede cambiar es el sentido de ese pasado, sujeto a reinterpretaciones ancladas en la intencionalidad y en las expectativas hacia ese futuro. Ese sentido del pasado es un sentido activo, dado por agentes sociales que se ubican en escenarios de confrontación y lucha frente a otras interpretaciones, otros sentidos, o contra olvidos y silencios. Actores y militantes “usan” el pasado, colocando en la esfera pública de debate interpretaciones y sentidos del mismo. La intención es establecer / convencer / transmitir una narrativa, que pueda llegar a ser aceptada.

Es a partir del reconocimiento de la memoria como campo de disputa, que cobra especial importancia el rol de los actores sociales en la construcción de relatos sobre el pasado, y en ese sentido la memoria puede ser pensada como un “trabajo”, como lo propone Jelin (2002).

Preocupaban a Ricoeur tanto el olvido como la imposición imperativa de la obligación de recordar, a la que llamaba “deber de memoria”. En este sentido, el autor plantea que un abuso de memoria coloca a los sujetos viviendo una y otra vez la escena traumática. Entonces entiende que la forma de contrarrestar la compulsión a la repetición (*acting-out*), la aporía, el duelo incesante, es entonces la elaboración.

Al hablar de *trabajo* de la memoria, nos referimos a la noción de trabajo elaborativo (*working-through*), entendido como la capacidad de poner distancia entre pasado y presente, pero también de “reconocer la vida presente y los proyectos futuros” (Jelin, 2002, p. 69).

Estos autores son solo algunos exponentes de muchos que han trabajado sobre las relaciones entre historia y memoria.

3. Luchas memoriales y derechos humanos

En Latinoamérica, los estudios sobre la memoria y los usos del pasado se encuentran muy vinculados a las ‘transiciones democráticas’, en especial en aquellos países que han sufrido violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, como las ocurridas en Argentina durante la última dictadura militar o padecen niveles altos de violencia institucional. De este modo, se ha construido una fuerte relación entre memoria y derechos humanos.

Como lo señala la relatora especial sobre derechos culturales en su Informe de 2013 sobre ‘Procesos de preservación de la memoria histórica’, esta “nunca es inmune a la influencia y el debate políticos” (A/HRC/25/49, § 3), por lo que introduce entre sus conclusiones, que

Las dinámicas de preservación de la memoria histórica son siempre procesos políticos. Las prácticas correspondientes evolucionan en contextos políticos, sociales y culturales concretos y son moldeadas por diferentes fuerzas políticas, la influencia de grupos de interés, las preocupaciones cambiantes de la sociedad y los intereses de agentes importantes. (...) Las principales preguntas que en cada caso cabe plantear y debatir en la esfera pública son: ¿qué objetivos concretos se persiguen con el monumento conmemorativo?, ¿para quién se crea?, ¿cuál será su posible repercusión sociopolítica?, ¿quién participa en su creación (lo que comprende su concepción, su ejecución y su administración)?, ¿incluye una pluralidad de perspectivas? (A/HRC/25/49, § 99)

En su informe relativo a la escritura y a la enseñanza de la historia, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre derechos culturales sostiene que:

Los procesos de construcción de la nación y de la comunidad se valen de relatos que generalmente entrelazan narraciones, mitos y leyendas con la historia. Al convertirse en parte del patrimonio cultural de la comunidad, esos relatos permiten la transmisión a las generaciones más jóvenes de las referencias culturales con las que los miembros de la comunidad forjan su identidad cultural. (A/68/296, § 4)

En el mismo sentido, señala que la capacidad de los distintos grupos para conocer y hacer reconocer sus memorias y las de otros puede ser problemática en términos de derechos humanos, en especial en las sociedades poscoloniales, en las que han experimentado la esclavitud y en las que han sufrido conflictos internos o internacionales en el pasado más o menos reciente.

Eso se evidencia en la medida en que los discursos sobre la “identidad nacional” forjados desde lo patrimonial se ven, en muchas ocasiones, plagados de estereotipos, prejuicios raciales y de género y otras formas de intolerancia, a la vez que proponen una interpretación oficial del pasado, que se robustece con la proscripción o segregación sistemática de otras memorias y relatos.

Como afirma Jelin (2002, p. 41):

En este punto, el trabajo de los historiadores profesionales ocupa un lugar central. Porque en el mundo moderno, las narrativas oficiales son escritas por historiadores profesionales. El vínculo con el poder es, sin embargo, central en la intencionalidad de la construcción de la narrativa de la nación. Las interpretaciones contrapuestas y las revisiones de las narrativas históricas se producen a lo largo del tiempo, como producto de las luchas políticas, de los cambios de sensibilidad de época y del propio avance de la investigación histórica.

Pensar las memorias bajo el prisma de los derechos humanos es especialmente importante en sociedades que, como la nuestra, han atravesado procesos de violaciones masivas de derechos humanos, primero en relación con los pueblos originarios, luego, durante la última dictadura cívico-militar.

En particular, es importante abordar cómo los procesos conmemorativos se traducen al campo patrimonial, mediante representaciones materiales o rituales alusivos que se expresan en el espacio público, y la responsabilidad de los diferentes actores (estatales y no estatales) en su producción.

Por lo señalado anteriormente, es importante entonces situar el marco en que emerge y se desarrolla un “derecho a la memoria” y sus límites. De modo que no toda representación del pasado estará tutelada por este derecho, sino sólo la memoria histórica reconocida por el Estado en un proceso enmarcado en los estándares de derechos humanos. Ello pues este derecho surge de un derrotero que comienza vinculando la memoria con el derecho-deber de justicia, con el derecho a la verdad y en el contexto de las reparaciones en procesos de justicia transicional (Dulitsky, 2017, p. 145).

Nuestra proposición busca establecer las bases para su constitución como un derecho autónomo. Para ello comenzaremos analizando los procesos de incorporación del derecho a la memoria en el *corpus iuris* internacional de derechos humanos.

4. Contenido del derecho a la memoria en el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos

Aunque el derecho a la memoria no se encuentra enunciado en esos términos en las normas de derecho positivo que conforman los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos algunos instrumentos anticipaban límites al olvido, a través de la asunción de compromisos colectivos en la búsqueda de la verdad y el ejercicio de la memoria (Luther, 2010, p. 58).

Al mismo tiempo, diversos tratados internacionales establecieron, frente a los llamados crímenes internacionales y prácticas odiosas, obligaciones generales de garantizar el derecho a no ser víctima de esas graves violaciones a los derechos humanos, tales como las desapariciones forzadas, las ejecuciones arbitrarias, la tortura y el genocidio. Su prohibición, incluida su prevención, se establece, entre otros instrumentos, en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (artículo 1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (artículo 2.1) y la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones forzadas (preámbulo y § 7).

A partir de estas obligaciones estatales relativas a la búsqueda de la verdad, de la justicia, las garantías de no repetición y la prevención, es que se desprenderá el derecho a la memoria.

A continuación, analizaremos el recorrido efectuado en el *corpus iuris* internacional para el reconocimiento de este derecho.

a) Tratados internacionales

El PIDCyP estableció en su artículo 15 que la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal, y el principio de ley penal más benigna, “no se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. De esta cláusula surge la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968¹⁹⁶, que de conformidad con el artículo I, establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad¹⁹⁷, independientemente de la fecha de su comisión.

¹⁹⁶Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entra en vigor el 11 de noviembre de 1970.

¹⁹⁷Los crímenes de guerra y lesa humanidad, se definen de acuerdo al artículo I de la referida convención de la siguiente manera: Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la

En el ámbito del Derecho Internacional Humanitario el I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobado en 1977¹⁹⁸, establece en su artículo 32 un principio general aplicable a toda la Sección relativa a personas desaparecidas y fallecidas, por el cual “(...) las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”.

Dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se aprobó en 1994 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁹⁹ que puso freno a las políticas de *olvido activo* de la región. Esta convención estableció que las desapariciones forzadas, cuando se dan de manera masiva y sistemática, constituyen crímenes de lesa humanidad, lo que impide la aplicación de amnistías (art. IX) y eximiciones de responsabilidad como la obediencia debida (art. VIII). Al mismo tiempo, estableció el carácter permanente o continuo de este delito (art. III), lo que implica que resulta imprescriptible hasta tanto se conozca cuál ha sido la suerte de la víctima (conf. art. VII).

La Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas²⁰⁰, además de tipificar esta práctica como delito, y en ciertas circunstancias, como crimen de lesa humanidad, establece su carácter continuo, lo que implica que el cómputo de la prescripción no comenzará hasta el cese de la desaparición (art. 8 inc. b).

Pero lo más relevante a los efectos del derecho bajo análisis surge del artículo 24 que dice:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "víctima" la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.
2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.
3. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos.

Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

¹⁹⁸ Adoptado y abierto a la firma 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978.

¹⁹⁹ Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

²⁰⁰ Adoptada y abierta a la firma el 31 de octubre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

4. Los Estados Parte velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada.

5. El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 del presente artículo comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como:

a) La restitución;

b) La readaptación;

c) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación;

d) Las garantías de no repetición.

A partir de estos antecedentes es posible observar que los procesos de memorialización, cuando son pensados en clave de derechos humanos, están vinculados a los pilares de verdad, justicia y reparación. Sin embargo, como analizaremos en el próximo acápite, la consideración de la memoria como un derecho autónomo es un desarrollo mucho más reciente.

b) Declaraciones, Resoluciones y decisiones de órganos y conferencias internacionales en el marco del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

La “Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”, aprobados en Durban en 2001²⁰¹, subrayaron la importancia de la memoria como una herramienta para hacer cesar y revertir los efectos de esas prácticas y señalaron:

99. Reconocemos y lamentamos profundamente los masivos sufrimientos humanos y el trágico padecimiento de millones de hombres, mujeres y niños causados por la esclavitud, la trata de esclavos, la trata transatlántica de esclavos, el apartheid, el colonialismo y el genocidio, hacemos un llamamiento a los Estados interesados para que *honren la memoria*²⁰² de las víctimas de pasadas tragedias, y afirmamos que dondequiera y cuando quiera que hubieran ocurrido deben ser condenados y ha de impedirse que ocurran de nuevo. Lamentamos que esas prácticas y estructuras, políticas, socioeconómicas y culturales, hayan causado el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. (2001, p.41)

²⁰¹ La Conferencia Mundial contra el Racismo (WCAR), también conocida como Durban I, se llevó a cabo en el Centro de Convenciones Internacionales Durban, en Durban, Sudáfrica, bajo auspicios de la ONU, del 31 agosto al 8 de septiembre de 2001.

²⁰² El destacado es nuestro.

En el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, se aprobaron en 2005 los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”²⁰³.

Además de sostener una noción amplia de víctima²⁰⁴, establecieron su derecho a obtener recursos judiciales que posibiliten, entre otros aspectos, la reparación adecuada, efectiva y rápida de los daños sufridos²⁰⁵.

La memoria cobrará un rol fundamental en la sección relativa a las reparaciones, a tal punto que, más recientemente será considerada *el quinto pilar de la justicia transicional*, como analizaremos más adelante en este mismo acápite.

La resolución bajo análisis establece, en el capítulo VII, y en relación con las reparaciones, lo siguiente:

18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (...).

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

²⁰³ Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

²⁰⁴ V. Víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario: 8. A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización. 9. Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima. VI. Tratamiento de las víctimas 10. Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma.

²⁰⁵ VII. Derecho de las víctimas a disponer de recursos. 11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) *Conmemoraciones y homenajes a las víctimas*²⁰⁶;
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:

- a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;
- b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;
- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;
- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;
- e) *La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;*
- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;
- g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

²⁰⁶ Los destacados son nuestros.

h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.

Hemos destacado los mecanismos de reparación que más estrechamente se vinculan a procesos de memorialización.

Conforme lo señala Luther (2010, p. 61) “estas fuentes internacionales sitúan a las memorias colectivas al servicio de la justicia; sin embargo, sería un error identificar la justicia con la función principal de la memoria colectiva ignorando las otras funciones culturales”.

Aun así es posible ver que la recomendación en torno al establecimiento de conmemoraciones y homenajes que, generalmente, se dan en el espacio público, como la relativa a la educación en derechos humanos, señalan una preocupación por generar un impacto que trasciende la reparación y busca provocar una transformación social que pueda operar en las estructuras más profundas de la discriminación y la desigualdad, como garantía de no repetición.

En 2019, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una “Estrategia y Plan de Acción para la lucha contra el discurso de odio”²⁰⁷ a partir de la preocupación por la “inquietante oleada de xenofobia, racismo e intolerancia, con un aumento del antisemitismo, el odio contra los musulmanes y la persecución de los cristianos” que se observa en todo el mundo. En especial se subraya el uso de las redes sociales como comunicación como plataformas para promover la intolerancia.

Los movimientos neonazis y a favor de la supremacía blanca están avanzando, y el discurso público se está convirtiendo en un arma para cosechar ganancias políticas con una retórica incendiaria que estigmatiza y deshumaniza a las minorías, los migrantes, los refugiados, las mujeres y todos aquellos etiquetados como “los otros”.

Los discursos de odio fomentan la escalada de violencia, las violaciones de derechos humanos y las prácticas odiosas, poniendo en crisis los procesos de memorialización a través de la construcción de memorias alternativas que ‘renuevan’ el negacionismo y los estereotipos que están en la base cultural de la violencia. Por eso consideramos que el derecho a la memoria, más que una dimensión o aspecto del derecho a la justicia (y a la reparación), debe erigirse como un derecho autónomo en el campo de los derechos culturales.

²⁰⁷ Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf

Mayores avances en esta dirección se lograrán a partir de los informes temáticos presentados en el marco de los mandatos de la Relatoría Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición y la Relatoría Especial en la órbita de los derechos culturales.

En su primer informe anual del año 2012, el primer Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, desarrolla y explicita los vínculos entre los cuatro componentes del mandato. Al respecto considera lo siguiente:

(...) los cuatro componentes del mandato, a saber la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, constituyen una serie de áreas de acción interrelacionadas que pueden reforzarse mutuamente en el proceso de subsanar las secuelas del abuso y la vulneración masivos de los derechos humanos. (A/HRC/21/46, § 21)

Esas áreas, que están basadas en normas del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, implican que no es posible una “justicia transicional” en procesos pos-autoritarios, cuyo objetivo sea la “reconciliación” eludiendo las cuatro áreas de acción indicadas.

De este modo, el mandato contribuye a aportar, desde la perspectiva de derechos humanos, herramientas para alcanzar el objetivo de justicia para las víctimas de estos procesos masivos y sistemáticos de violaciones de derechos humanos. Así, a diferencia de quienes consideran la justicia transicional como una ‘justicia blanda’, Pablo de Greiff (2012) la entiende como un esfuerzo por reconocer a las víctimas, restaurar la confianza en las instituciones del Estado (lo que solo es posible si hay verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición) para que, solo después de alcanzados estos objetivos, pueda producirse la reconciliación (que es siempre con el Estado y no con las personas autoras de los delitos involucrados) y, eventualmente, la consolidación del Estado de Derecho.

En la estrategia propuesta por el relator, el elemento “memoria” no aparece enunciado de manera autónoma, sino como un aspecto vinculado con las garantías de no repetición.

Es así como, en su informe enfocado en las garantías de no repetición, Pablo de Greiff (2015)²⁰⁸ destaca el rol de las intervenciones en la esfera cultural y el papel de los archivos, a la vez que, en el informe centrado en la prevención de violaciones graves a los derechos humanos (2017)²⁰⁹, introduce su preocupación por las dimensiones culturales de la violencia y el conflicto.

²⁰⁸ Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/30/42>.

²⁰⁹ Disponible en: <https://undocs.org/A/72/523>.

En el ámbito de la Relatoría especial en la órbita de los derechos culturales, sí se abordó esta cuestión. La primera relatora, Farida Shaheed, dedicó varios de sus informes temáticos a los procesos de memorialización, en especial en los referidos a la escritura y la enseñanza de la historia (2013)²¹⁰, los procesos de memoria en sociedades divididas (2014)²¹¹.

En el primero de ellos destacó la importancia de la adopción de medidas que actúen en el plano simbólico y de la memoria, frecuentemente olvidadas, recordando que:

El modo en que los relatos se integran en la memoria colectiva tiene consecuencias que exceden con mucho la cuestión específica de las reparaciones. Hay paisajes culturales y simbólicos enteramente concebidos a través de fenómenos conmemorativos y museos que reflejan, pero también forjan, positiva o negativamente, las interacciones sociales y la imagen que las personas tienen de sí mismas, así como su percepción de otros grupos sociales. (A/HRC/25/49, § 2)

El reciente Informe del Relator Especial, sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, presentado por Fabián Salvioli al Consejo de Derechos Humanos en 2020, bajo el título “Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional”, avanza en la definición del campo específico del derecho a la memoria. Lo hace continuando el trabajo iniciado por su antecesor en el mandato y por la Relatora Especial en la órbita de los derechos culturales.

Conforme se indica en la presentación:

El informe aborda el marco normativo relativo a la obligación de adoptar procesos de memoria y de asegurar su no regresividad, analiza los desafíos y oportunidades de estos procesos en situaciones de conflicto y de transición, y aborda el problema de la militarización de la memoria en las redes sociales. El informe resalta la necesidad de llevar a cabo políticas vigorosas, activas y multidimensionales de memoria para responder adecuadamente a los crímenes del pasado y prevenir su repetición. (A/HRC/45/45)

El informe formula que la memoria es el quinto pilar de la justicia transicional, así el Relator especial sostiene que:

El abordaje de los crímenes cometidos se basa en los pilares de la justicia transicional: sin memoria del pasado, no puede haber derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación, ni garantías de no repetición. Por ello, los procesos de memoria respecto de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario constituyen el quinto pilar de la justicia transicional. Se trata de un pilar autónomo y a la vez transversal, ya que contribuye a la

²¹⁰ Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>.

²¹¹ Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/CulturalRights/Pages/MemorializationProcesses.aspx>

implementación de los cuatro restantes, y representa una herramienta vital para permitir a las sociedades salir de la lógica del odio y el conflicto, e iniciar procesos sólidos hacia una cultura de paz. (A/HRC/45/45, § 21)

Al abordar las violaciones pasadas, los procesos de justicia transicional buscan contribuir al cumplimiento de varios objetivos que se sitúan en diferentes marcos temporales:

- a) Arrojar luz sobre las violaciones ocurridas en el pasado (esclarecer los hechos, castigar penalmente a los autores);
- b) Abordar los desafíos del presente (reconocer, honrar y conmemorar la memoria de las víctimas, ofrecer reparaciones, permitir la expresión de relatos, presentar disculpas públicas, combatir el negacionismo, apaciguar y restablecer la confianza en el Estado y entre las comunidades); y
- c) Preparar el futuro (prevenir la violencia futura mediante la educación y la sensibilización, y alcanzar una cultura de paz). Los procesos de memoria contribuyen al compromiso social democrático, fomentan los debates sobre la representación del pasado y permiten abordar de manera pertinente problemas del presente. (A/HRC/45/45, § 22)

Este informe constituye la herramienta más trascendente en la sistematización de las obligaciones estatales en materia de derecho a la memoria, como analizaremos más adelante en este mismo capítulo.

5. Contenido del derecho a la memoria en decisiones de la CoIDH y la CIDH

a) Jurisprudencia de la CoIDH²¹²

En nuestro continente, la cuestión de la preservación de la memoria histórica ha influido en los procesos judiciales de reparación por las violaciones masivas de los derechos humanos, a partir de la tendencia marcada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, desde sus primeras

²¹²Focalizamos aquí en las decisiones de órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la especificidad de las medidas de reparación simbólica orientadas al desarrollo de la memoria colectiva, pero otros órganos de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos del PIDCyP, también han tenido pronunciamientos en orden a establecer un derecho a la verdad, y a ampliar la noción de víctima en procesos de violaciones masivas y sistemáticas. Véase: Caso *Quinteros v. Uruguay* (CCPR/C/19/17/1981).

sentencias, se ha preocupado por la producción de medidas de reparación que actúen en el plano simbólico y de la memoria, construyendo una verdadera doctrina jurisprudencial en la materia²¹³.

En el origen, los órganos del sistema interamericano desarrollaron estándares regionales sobre los que se edificaron los pilares de la justicia transicional comenzando el derecho a la verdad. Esta estrategia fue concebida como respuesta a la ausencia de esclarecimiento, investigación y sanción de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos por los estados. Al mismo tiempo, organizaciones de la sociedad civil adoptaron diversas iniciativas y enfoques para concretar esos estándares.

Desde el primer caso fallado en la historia de la CoIDH, *Velázquez Rodríguez vs Honduras*²¹⁴(1988), el deber estatal de investigar para buscar efectivamente la verdad fue concretado, descrito y considerado como un deber jurídico propio, cuya violación apareja responsabilidad internacional.

Paulatinamente, la CoIDH fue ensanchando el contenido del derecho a la verdad, para involucrar el análisis de las causas más profundas de la violencia en la región. En ese proceso, comenzó a aplicar una metodología interseccional e incorporó las perspectivas decolonial y de género. Profundizaremos sobre estas cuestiones en el apartado 7 de este capítulo.

Si bien la CoIDH ha logrado sistematizar el contenido y las obligaciones derivadas de los pilares justicia, verdad y garantías de no repetición, no ha sucedido lo mismo en relación con la memoria, puesto que, en muchas de sus sentencias, se confunde con alguno de los elementos

²¹³La Corte Interamericana de Derechos Humanos (órgano jurisdiccional de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969) tiene un ámbito convencional más amplio que el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que le ha permitido un desarrollo mucho más profundo en materia de reparaciones. En efecto, mientras el Tribunal Europeo solo puede ordenar una “satisfacción equitativa”, cuando el derecho interno del Estado no pueda reparar la violación o lo haga de manera imperfecta (artículo 41 Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950), la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede disponer, si fuera procedente, “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, sin sujeción al derecho interno del Estado condenado (artículo 63, I Convención Americana de Derechos Humanos, 1969). Por otro lado, los contextos que informan los casos que resuelve la Corte Interamericana, en especial aquellos que se enmarcan en situaciones de violaciones masivas y graves de los derechos humanos, han obligado a esta a ir más allá, realizando investigaciones tendientes a conocer la verdad de lo ocurrido y a pronunciarse sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la responsabilidad del Estado, lo que ha llevado a afirmar que la propia sentencia del tribunal es en sí misma una medida de reparación. Pero, además de esto, la Corte ha ordenado, en distintos casos, un reconocimiento público de la responsabilidad del Estado (v. gr. *En Comunidad indígena Yake Axa vs. Paraguay*), la disculpa pública, el desagravio a las víctimas, la publicidad de la Sentencia y diversas formas de conmemoración.

²¹⁴ CoIDH Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

anteriormente mencionados. Sin embargo, es posible delimitar algunos aspectos. Como señala Dulitsky (2017, p. 148):

Implícita en sus pronunciamientos subyace la idea de que las determinaciones judiciales sobre los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos cumplen un rol fundamental en la preservación de la memoria histórica (...). El Tribunal Internacional imparcial, al dar por probados y establecidos fehacientemente los hechos, reduce enormemente los márgenes para potenciales teorías revisionistas o negacionistas de las atrocidades cometidas. De esta manera, ayuda a construir una cierta memoria de dicho pasado. También se deja clara la responsabilidad estatal y se estipula que los hechos fueron constitutivos de derechos humanos. En esta perspectiva, la memoria que la Corte preserva es una que visibiliza a las víctimas como titulares de derechos y al Estado en su doble y complejo rol de garante de tales derechos. Así, el proceso judicial y la sentencia como contribución en la construcción de la memoria histórica son importantes, pues finalmente la memoria colectiva sólo retiene la parte de la historia que puede ser integrada en el sistema actual de valores que determina que sólo ciertos eventos se integren en esta memoria histórica. (2017, p. 148)

En los últimos años, este criterio se ha desarrollado en el sentido de ordenar medidas de reparación simbólica referidas a la conmemoración de las víctimas, incluyendo la denominación de distintos espacios públicos con el nombre de las víctimas o la erección de monumentos²¹⁵, a partir de la consideración de que estas contribuirán no solo a su desagravio, sino a despertar la conciencia pública y otorgar garantías de no repetición.

b) Resoluciones de la CIDH

La CIDH ha subrayado los vínculos entre el derecho a la verdad y el derecho a la memoria, identificando dos dimensiones del derecho a la verdad. La primera dimensión involucra el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad sobre las circunstancias de hecho en que las violaciones graves de derechos humanos se produjeron. La segunda dimensión se orienta a consolidar

²¹⁵Ver Molina Theissen v. Guatemala, 2004 CoIDH (ser. C) No. 108, ¶ 88, conmemorando a los niños desaparecidos durante el conflicto armado con una placa en tributo a la víctima de este caso; Los hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 110, ¶ 236, estableciendo que un Centro Educativo lleve el nombre de las víctimas para despertar la conciencia pública sobre la necesidad de evitar la repetición de los hechos; 19 Comerciantes v. Colombia, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 109, ¶ 273, ordenando un monumento con sus nombres en un lugar elegido por el Estado y los familiares de las víctimas; Huilca Tecse v. Perú, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 121, ¶ 115, requiriendo al Estado peruano erigir un busto en memoria de la víctima en un lugar público de la ciudad de Lima); La Comunidad Moiwana v. Suriname, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 124, ¶ 218, dirigiendo la construcción de un monumento cuyo diseño y ubicación fueran designados en consulta con los representantes de las víctimas; Gelman v. Uruguay, 2010 Corte I.D.H. (ser. C) No. 221, ¶ 267, ordenando colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público, en el plazo de un año, una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar.

la noción de que este derecho corresponde también a “toda la sociedad en su conjunto” (CIDH, 2014, p. 6), e implica no solo el derecho a conocer la verdad sobre lo ocurrido, sino también sobre los contextos y razones que posibilitaron que las violaciones de derechos humanos acontecieron, “a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro” (CIDH, 2014, p. 6).

En este camino, y a partir de la construcción jurisprudencial antes mencionada, así como también de los resultados de los informes temáticos de la Relatoría sobre Memoria, Verdad y Justicia, basado, a su vez, en experiencias de otros sistemas internacionales, órganos internacionales, documentos y trabajos de la sociedad civil, movimientos sociales y organismos de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó en 2019 los Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas²¹⁶.

Estos principios se construyen a partir de la necesidad de un abordaje integral de las políticas de memoria desde un enfoque de derechos humanos que resulte adecuado a los estándares internacionales.

Los principios definen como memoria:

las formas en que las personas y los pueblos construyen sentido y relacionan el pasado con el presente en el acto de recordar respecto de graves violaciones a los derechos humanos y/o de las acciones de las víctimas y sociedad civil en la defensa y promoción de los derechos humanos y valores democráticos en tales contextos. (CIDH, 2019, p.3)

Respecto de las políticas de memoria:

Se entiende por políticas públicas de memoria a las distintas intervenciones, sustentadas en evidencia documental y testimonial, y forjadas con la participación de las víctimas y sociedad civil, que se encuentran abocadas al reconocimiento estatal de los hechos y de su responsabilidad por las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas, la reivindicación y conservación de la memoria y dignidad de las víctimas, la difusión y preservación de la memoria histórica y a la promoción de una cultura de derechos humanos y democracia orientada a la no repetición de los hechos. (CIDH, 2019, pp. 3-4)

El primer principio consagra el deber estatal de asegurar un “abordaje integral de la memoria”, al que entiende como:

la obligación de adoptar políticas públicas de memoria coordinadas con procesos de justicia y rendición de cuentas, incluida la búsqueda de la verdad, el establecimiento de reparaciones y la no

²¹⁶ CIDH, Res. 3/19 “Principios sobre Políticas de Memoria en las Américas, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-3-19-es.pdf>

repetición de las graves violaciones a los derechos humanos. Este abordaje comprende el deber estatal de desarrollar políticas de memoria como base para abordar las graves violaciones a los derechos humanos del pasado y del presente; y considera los derechos humanos en su universalidad, indivisibilidad e interdependencia. (CIDH, 2019, p. 4)

De esta manera, es importante que las políticas de la memoria fomenten una cultura democrática a partir del debate sobre la representación del pasado, así como los objetivos que persiguieron los discursos negacionistas y los olvidos estratégicos, para asumir un desafío en el presente y hacia el futuro frente a la violencia y exclusión.

6. Contenido del derecho a la memoria en normas internas de Argentina

En el marco del reconocimiento del rol que el patrimonio cultural puede desempeñar frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, poco a poco ganaron espacio y presencia lugares de la memoria vinculados con la última dictadura militar, que integran ahora la lista de Monumentos Históricos Nacionales (Ley Nacional 12665).

En 2004, por Decreto 848/04, se incorporó como bien de interés histórico al Archivo Nacional sobre la Desaparición de Personas, que se encuentra bajo la custodia del Archivo Nacional de la Memoria. En 2008, se incorporó como Monumento Histórico Nacional al Casino de Oficiales de la Ex Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), mientras que el resto del predio fue reconocido como lugar histórico por Decreto 1333/2008. Ese mismo año, mediante el Decreto 2130, se declaró monumento histórico a la Iglesia de la Santa Cruz y lugar histórico al predio en que se encuentra ubicada.

Por su parte, el Decreto 1762/2014 declaró lugares históricos a los Ex Centros Clandestinos de Detención como Automotores Orletti, Club Atlético, Olimpo y Virrey Ceballos, a la vez que el Decreto 1285 de ese mismo año incorporó al Parque de la Memoria, su Monumento de la Memoria, las esculturas emplazadas en su predio y a su centro de documentación y archivo digital.

En 2014, se incorporó al listado el Ex centro clandestino de detención “La Anguilera” de Tigre, a través del Decreto 1762/2014. Finalmente, en 2015, el Decreto 379 declaró lugares históricos

nacionales al Ex Centro Clandestino de Detención “D2” Archivo Provincial de la Memoria, lugar histórico, Córdoba, Decreto 379/2015 y Museo de la Memoria “Ex Comando del II Cuerpo de Ejército” de Santa Fé, a la Casa por la Memoria del Chaco, y a la Casa de la Memoria y la resistencia Jorge “Nono” Lizaso, ubicada en Florida, Provincia de Buenos Aires.

A su vez, la Ley 26691 se ocupa específicamente de la “Preservación, señalización y difusión de Sitios de Memoria del Terrorismo de Estado”, declarando como “Sitios de Memoria del Terrorismo de Estado” a los lugares que funcionaron como centros clandestinos de detención, tortura y exterminio, o donde sucedieron hechos emblemáticos del accionar de la represión ilegal desarrollada durante el terrorismo de Estado ejercido en el país hasta el 10 de diciembre de 1983 (artículo 1).

Además de la finalidad de facilitar las investigaciones judiciales, el régimen de la ley se orienta a la preservación de la memoria de lo acontecido durante el terrorismo de Estado en nuestro país (artículo 2), estableciendo la obligación estatal de transmitir la memoria histórica de los hechos ocurridos durante el terrorismo de Estado y, especialmente, las violaciones a los derechos humanos cometidas en los Sitios (artículo 5 inciso d).

Las medidas legislativas adoptadas por Argentina en relación con los Sitios de Memoria están en la base de las recomendaciones de la CIDH sobre políticas de memoria.

7. Proyecciones del derecho a la memoria en relación con la violencia estructural frente a los pueblos indígenas, las mujeres y otros colectivos vulnerados.

El itinerario que hemos descripto a lo largo de este capítulo no se agota en los contextos históricos que marcaron el surgimiento del derecho a la memoria. Se trata de un derecho, cuyo desarrollo progresivo exhibe proyecciones con fronteras que aún no podemos delimitar.

El derecho a la memoria ha adquirido centralidad en las luchas de los pueblos indígenas, de las mujeres y de otros colectivos vulnerados a partir de la convicción de que puede contribuir a desarmar las estructuras más profundas de la desigualdad. Es así como es posible ampliar el análisis propuesto más allá de las experiencias ya reseñadas, para indagarlo bajo el prisma de la modernidad/colonialidad.

a) Derecho a la memoria de los pueblos indígenas

En lo relativo a los pueblos indígenas, la CoIDH ha diseñado, a lo largo de toda su línea jurisprudencial, medidas de reparación tendientes a la recuperación de la memoria y a la mantención de la cultura²¹⁷.

Además, el Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas²¹⁸, en su informe sobre “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas” (2013)²¹⁹, indicó que las reparaciones deben incluir medidas que apunten a la reconstrucción de la memoria como garantía de no repetición.

Aunque no ha sido infrecuente la incorporación de un ‘capítulo indígena’ en los informes de las Comisiones Nacionales de Verdad vinculadas al pasado reciente de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos cometidas en contextos de dictaduras militares en Latinoamérica (por ejemplo, en el Anexo sobre violaciones de derechos humanos de pueblos indígenas de la Comisión Nacional de la Verdad de Brasil²²⁰); últimamente, se ha propuesto un nuevo enfoque, que alcanza también a sociedades sin interrupciones en sus procesos democráticos, pero atravesadas por la colonialidad. En esta dirección, podemos mencionar el Informe Comisión de Verdad y Reconciliación de Canadá (*Truth and Reconciliation Commission of Canada*)²²¹.

Al contrario, el derecho a la memoria de los pueblos indígenas y su vinculación con las garantías de no repetición aparece expresado en el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (Chile)²²², que no ha logrado avanzar aún en el proceso de memoria, verdad y justicia vinculado a la dictadura de Pinochet.

²¹⁷ Una recopilación sistemática de esas medidas puede consultarse en Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>, el 5 de Julio de 2021.

²¹⁸ El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI) se estableció en 2007, como un órgano subsidiario del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que asesora en materia de derechos de los pueblos indígenas y controla la consecución de los objetivos de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

²¹⁹ Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/issues/ipeoples/emrip/session6/a-hrc-emrip-2013-2_sp.pdf

²²⁰ Disponible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/informe-de-la-comision-nacional-de-la-verdad-en-brasil/>

²²¹ Disponible en: <https://nctr.ca/records/reports/>

²²² Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/268/nuevo-trato-indigena.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

b) Derecho a la memoria frente a la violencia de género

Con el caso denominado “Campo Algodonero”²²³, la CoIDH incorporó la perspectiva de género en el derecho a la verdad, estableciendo algunas directrices que debían guiar las investigaciones.

Al mismo tiempo, estableció también entre las medidas de reparación, aquellas conducentes a la recuperación de la memoria de las víctimas de homicidio por razones de género. Así ordenó:

4.1.3. Memoria de las víctimas de homicidio por razones de género 471. A criterio del Tribunal, en el presente caso es pertinente que el Estado levante un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, entre ellas las víctimas de este caso, como forma de dignificarlas y como recuerdo del contexto de violencia que padecieron y que el Estado se compromete a evitar en el futuro. El monumento se develará en la misma ceremonia en la que el Estado reconozca públicamente su responsabilidad internacional (supra § 469) y deberá ser construido en el campo algodónero en el que fueron encontradas las víctimas de este caso.

472. En vista de que el monumento se refiere a más personas que las consideradas víctimas en este caso, la decisión del tipo de monumento corresponderá a las autoridades públicas, quienes consultarán el parecer de las organizaciones de la sociedad civil a través de un procedimiento público y abierto, en el que se incluirá a las organizaciones que representaron a las víctimas del presente caso.

4.1.4. Día nacional en memoria de las víctimas 473. La Corte considera suficiente, para efectos de satisfacción de las víctimas, la publicación de la Sentencia (supra § 469), el reconocimiento público de responsabilidad (supra § 470), y el monumento que se construirá en memoria de las víctimas (supra § 472). Por consiguiente, no estima necesario conceder la solicitud de que el día 6 de noviembre de cada año se conmemore como “Día nacional en memoria de las víctimas del feminicidio”, sin perjuicio de que una medida como esta pueda ser discutida por los canales pertinentes en el ámbito interno.

En el mismo sentido, el reciente Informe del Relator Especial, Fabián Salvioli, sobre “La perspectiva de género en los procesos de justicia transicional” (2020)²²⁴, señala que los procesos de memoria son imprescindibles para abordar la dimensión de género en las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y del derecho humanitario.

²²³ CoIDH, Caso González y Otras (‘Campo Algodonero’) vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie c. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_205_esp.pdf

²²⁴ Disponible en: <https://undocs.org/es/A/75/174>

Para ello, propone un enfoque dinámico del ejercicio de la memorialización “a través de sitios auténticos, sitios simbólicos o actividades y expresiones culturales” que se alimenten de “las alianzas y la interacción con organizaciones de la sociedad civil, agentes culturales y artistas e instituciones educativas” (A/75/174 § 75). Menciona, además, diversos ejemplos que describen estas articulaciones (Conf. A/75/174 § 75). Destaca también que la violencia basada en estereotipos de género alcanza no solo a mujeres, sino también a varones y a personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y otras diversidades.

c) Derecho a la memoria de los pueblos africanos

El derecho a la memoria ha ganado un lugar destacado en la Carta por el Renacimiento Cultural Africano (2006)²²⁵, que dice en su preámbulo:

Que a pesar de la dominación cultural que durante la trata de esclavos y la época colonial condujo a la despersonalización de parte de los pueblos africanos, falseó su historia, desprestigió y combatió sistemáticamente los valores africanos, y trató de reemplazar progresiva y oficialmente sus lenguas por las de los colonizados, los pueblos africanos pudieron encontrar en la cultura africana, la fuerza necesaria para la resistencia y la liberación del continente²²⁶.

En forma consecuente con ello, establece en su artículo 7 que:

Los Estados africanos se comprometen a trabajar por el Renacimiento africano. Coinciden en la necesidad de reconstruir la memoria histórica y la conciencia de África y la diáspora africana²²⁷.

La breve reseña que proponemos en este acápite evidencia que no conocemos aún los alcances del derecho a la memoria y sus posibles roles en la lucha contra los estereotipos que sostienen estructuras culturales de dominación y discriminación.

En el próximo título intentaremos definir sus contenidos actuales.

8. Dimensiones del derecho a la memoria

²²⁵ Adoptada en 2006 por la Reunión de Jefes de Gobierno y Estado de la Unión Africana, en reemplazo de la de 1976. Disponible en:

<http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Dakar/pdf/CharterAfricanCulturalRenaissance.PDF>

²²⁶ La traducción es nuestra.

²²⁷ La traducción es nuestra.

Con base en el *corpus* jurídico hasta aquí descrito, y a efectos de contribuir a la delimitación del contenido del derecho a la memoria, hemos identificado dos dimensiones sustantivas: la *dimensión colectiva*, necesariamente pública y la *dimensión individual* (que, a la vez, puede ser pública y/o privada).

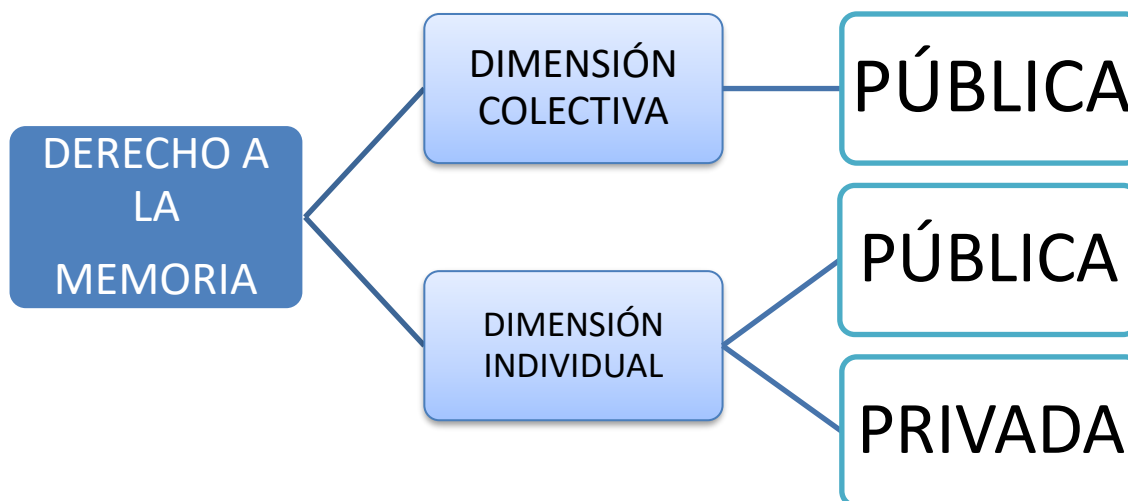


Figura 4. Elaboración propia.

a) Dimensión colectiva

La dimensión colectiva, necesariamente pública, involucra el derecho de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en procesos autoritarios o de violaciones graves de derechos humanos en democracia, de las organizaciones que las nuclea, de las comunidades y de los pueblos a recordar los hechos históricos verificados, al reconocimiento de la responsabilidad estatal frente a esos hechos de violencia y a la transmisión de un sentido de pasado orientado a las garantías de no repetición.

Ello requiere del Estado un complejo entramado de obligaciones que se articulan en torno a un abordaje integral de políticas de memoria. En el próximo párrafo intentaremos desentrañar sus ejes fundamentales.

b) Dimensión individual

La dimensión individual del derecho a la memoria se vincula con los derechos a la honra y reputación y, en los casos de desaparición forzada, también al derecho a la identidad.

Involucra el derecho a la rectificación de la información existente en los archivos públicos y privados sobre los hechos acontecidos con relación al individuo víctima de violaciones de derechos humanos en un contexto sistemático o de violencia institucional, conforme a los acontecimientos verificados y acreditados en el marco de procesos judiciales acordes a los estándares de derechos humanos. Estos aspectos refieren a una faz privada de la memoria.

En el caso de las víctimas sobrevivientes, el derecho a la memoria involucra también el derecho a testimoniar, es decir, a que su palabra sea protagonista en los juicios de lesa humanidad o en los que se juzgan violaciones graves de derechos humanos, aun en democracia. Involucra, entonces, una faz pública de la memoria individual.

Conforme afirma Gutman (2016), al recibirse el testimonio dentro de un proceso judicial:

Se busca *la verdad*²²⁸ para que entre en un ordenamiento jurídico y así haya justicia. La verdad histórica adquiere otro significado si es tomada por este ordenamiento, y como decíamos al inicio, si el Estado interviene en todo este proceso, los testimonios tendrán una sanción distinta, que afectará tanto al que participa en calidad de testigo-víctima, como al conjunto del cuerpo social, dándole un lugar de legitimidad. La intervención de los poderes del Estado va a posibilitar que se pueda ir inscribiendo algo de esta verdad y de este modo permitiendo, dando lugar a que se vaya tramando la memoria, proceso que no es solamente individual sino que se va articulando en lo colectivo.

De este modo, el acto de testimoniar no es solo una medida de prueba, sino, y fundamentalmente, una operación de dar sentido al pasado traumático, que trasciende el acto procesal y aun la reparación, para impactar en toda la sociedad.

9. Obligaciones y amenazas

²²⁸ Destacado en el original.
Mg. Lucía C. Colombato

Del mismo modo que en el capítulo anterior, el punto de partida para la definición de las obligaciones estatales y las amenazas que obstaculizan el ejercicio pleno del derecho a la memoria será el esquema de sistematización propuesto por Serrano y Vázquez (2014, p. 62).

En consecuencia, examinaremos en relación con el derecho a la memoria, las obligaciones generales de respeto, protección, garantía y promoción. El contenido básico de cada una de estas obligaciones surge también del *corpus iuris* internacional que hemos descrito.

A la vez, cada obligación general se relaciona con principios de aplicación, elementos institucionales (enfoque 4A) y deberes de verdad-justicia, sanción y reparación.

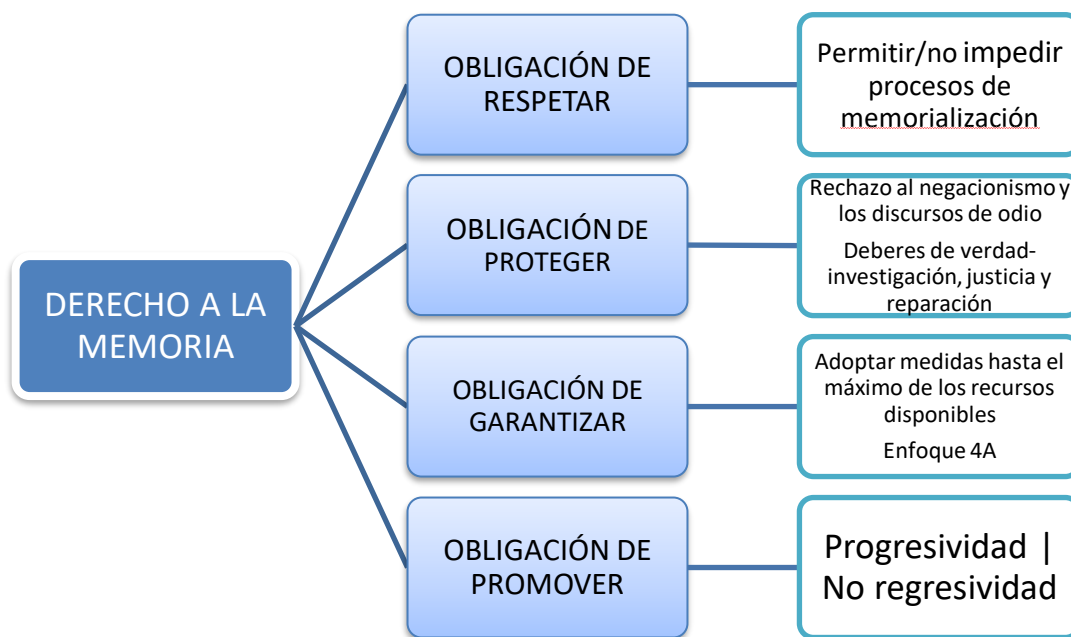


Figura 5. Elaboración propia.

a) Obligación de respeto

La obligación de respetar el derecho a la memoria implica para el Estado la abstención de realizar actos que violen, obstaculicen o restrinjan arbitrariamente el ejercicio de individuos y grupos del derecho a la memoria.

Ello supone que el Estado no debe impedir, con relación a la dimensión colectiva del derecho a la memoria, que las víctimas, familiares y comunidades de referencia impulsen iniciativas de memoria, identifiquen y gestionen sitios de memoria. En lo referido a la dimensión individual, el

Estado no debe impedir el acceso a los archivos, la rectificación de datos personales, la recepción del testimonio de las víctimas en los juicios.

b) Obligación de protección

La obligación de *proteger*, en relación con el derecho a la memoria implica, en primer término, el rechazo al negacionismo y los discursos de odio. Ambas expresiones carecen de definiciones en instrumentos vinculantes y sus alcances se encuentran controvertidos.

En Argentina, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) propone la siguiente definición de negacionismo:

El negacionismo es una postura que niega hechos del pasado. Un claro ejemplo de este fenómeno es la conformación de la historia oficial nacional, en la cual el registro de la presencia y acción positiva de los colectivos afrodescendiente e indígena resulta escaso o nulo. (...) Otro ejemplo es el negacionismo que persiste con relación al genocidio armenio, a partir del cual aún hay quienes afirman que, sencillamente, esos hechos nunca ocurrieron. El negacionismo histórico no solo genera un relato falso de la historia nacional y mundial, sino que contribuye a la invisibilización y negación de los colectivos afectados por el racismo. (INADI, 2017, pp.13-14)

En otro documento, en el que impulsó un proyecto para su penalización²²⁹, lo definió en estos términos:

(...) ideas o doctrinas que nieguen, justifiquen o trivialicen flagrantemente la existencia histórica de conductas enmarcables en el delito de genocidio, en particular la Shoá (Holocausto), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado que tuvo lugar durante la última dictadura militar en la Argentina.

Las definiciones propuestas contribuyen a establecer que el rechazo a la existencia de hechos históricos que involucran violaciones masivas de derechos humanos no debe ser tolerado.

En cuanto a los discursos de odio, la “Estrategia y Plan de Acción para la lucha contra el discurso de odio” (Asamblea General UN, 2019) propone otra definición:

(...) las Naciones Unidas consideran que discurso de odio es cualquier forma de comunicación de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo sobre la base

²²⁹ Proyecto de incorporación de un artículo 3 bis a la Ley Nacional N° 23592. Disponible en: www.inadi.gob.ar
Mg. Lucía C. Colombato

de quiénes son o, en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad.

En el mismo sentido, señala:

[la] inquietante oleada de xenofobia, racismo e intolerancia, con un aumento del antisemitismo, el odio contra los musulmanes y la persecución de los cristianos. Se están explotando los medios sociales y otras formas de comunicación como plataformas para promover la intolerancia. Los movimientos neonazis y a favor de la supremacía blanca están avanzando, y el discurso público se está convirtiendo en un arma para cosechar ganancias políticas con una retórica incendiaria que estigmatiza y deshumaniza a las minorías, los migrantes, los refugiados, las mujeres y todos aquellos etiquetados como “los otros”.

En consecuencia, la obligación estatal de protección, con relación al derecho a la memoria, requiere la adopción de medidas que busquen neutralizar los efectos del negacionismo y los discursos de odio.

Al respecto, en su informe sobre procesos de memorialización, Fabián Salvioli dice que:

La memorialización adopta variadas formas y debe ser una herramienta para el reconocimiento de la alteridad, para la consideración de todas las personas como sujetos de derecho, para la paz, la justicia y la convivencia social. Pero también es parte de un marco cultural más amplio en el que confrontan diferentes visiones, valores y narrativas. La cultura es un prisma a través del cual percibimos el mundo, y las otras personas nos perciben. Celebrar ciertas músicas, glorificar ciertos eventos y héroes o heroínas, reales, de mitología o ficción, repudiar otros eventos, imprimen percepciones y nos ayudan a definir las relaciones. (A/HRC/45/45, § 32)

Con efecto inverso, la lógica de la marginación, la exclusión, los estereotipos negativos, la deshumanización y el negacionismo, también utilizan perversamente esos instrumentos. (A/HRC/45/45, § 33)

Es necesario el diseño de acciones coordinadas, que apunten a desarticular las causas profundas y los factores que contribuyen a estos discursos, subrayando el impacto de sus efectos sobre la sociedad en general, y las víctimas en particular.

Al mismo tiempo, es fundamental comprender que, para respetar el derecho a la memoria de acuerdo con estándares internacionales, los estados deben basarse en la verdad histórica establecida en procesos judiciales, para evitar la manipulación de los hechos por sectores que sostienen a los perpetradores. En este sentido, afirma Salvioli:

La memoria, como parte de la justicia transicional, debe tener un enfoque de derechos humanos, y ser consonante con el mismo. Un buen uso de la memoria tiene por objeto el establecimiento de “una verdad dialógica”, es decir, crear las condiciones para que se desarrolle un debate en el seno de la sociedad sobre las causas, las responsabilidades directas e indirectas y las consecuencias de los crímenes y la violencia del pasado, lo que le permitirá ir más allá de los “relatos totalmente distintos y no reconocidos sobre lo sucedido”, y así limitar “el espectro de mentiras permitidas”. (A/HRC/45/45, § 36)

En consecuencia, la obligación de proteger, con relación al derecho a la memoria, involucra deberes de verdad-investigación, justicia y reparación.

Por ello, en el mismo informe sobre la memoria como quinto pilar de la justicia transicional, Salvioli indica que el negacionismo viola principio de no regresividad en materia de derechos económicos sociales y culturales:

Asimismo, no son factibles retrocesos ni regresiones: el negacionismo respecto de políticas de exterminio como el Holocausto, los genocidios y otros crímenes contra la humanidad cometidos en la historia, así como la reivindicación o elogio de los regímenes que los llevaron adelante debe repudiarse plenamente y son inaceptables; los gobiernos y otros poderes públicos tienen la obligación de abstenerse de manifestar expresiones en esa dirección, que son contrarias a la ética y a las obligaciones internacionales, revictimizan a las víctimas y ofenden a la comunidad internacional. El Relator Especial ha manifestado su honda preocupación por declaraciones del Presidente del Brasil reivindicando la dictadura militar que asoló dicho país y cuestionando el informe de la Comisión de la Verdad. (A/HRC/45/45, § 97)

En este camino, y entre otras medidas, los estados deben quitar o modificar nombre de calles, espacios públicos, monumentos, fechas conmemorativas que reivindiquen los hechos de violencia o a sus perpetradores. También es preciso desapoderar archivos que se encuentren bajo el control de personas involucradas.

La CIDH, en sus recomendaciones sobre políticas de memoria, establece la relación entre la gestión de los archivos y la lucha contra el negacionismo, al señalar que:

Los Estados tienen el deber de crear o recuperar y gestionar sustentablemente los archivos como un importante esfuerzo para el restablecimiento y reconocimiento de la verdad histórica. Asimismo, los archivos constituyen una herramienta educativa contra el negacionismo y el revisionismo, asegurando que las víctimas, la sociedad en su conjunto y las futuras generaciones tengan acceso a fuentes primarias. A la vez permiten contar con una base documental útil a la concreción de derechos, la no repetición de las graves violaciones a los derechos. (CIDH, 2019, p.10)

También se propone que la destrucción intencionada de sitios de memoria, archivos, obras artísticas u otros elementos conmemorativos debe ser sancionada.

En relación con el testimonio como subderecho vinculado al derecho a la memoria, la obligación de proteger implica el desarrollo de una política integral de tutela y acompañamiento a víctimas-testigos y querellantes en juicios de lesa humanidad o por violaciones graves de los derechos humanos.

c) Obligación de garantía

La obligación de garantizar el derecho a la memoria implica la adopción de políticas públicas orientadas a la creación de un aparato institucional, además del imprescindible marco jurídico, orientadas a ampliar en el mediano y largo plazo, la base de su realización específica.

Para precisar el contenido de esta obligación estatal, son útiles los elementos esenciales conocidos como Enfoque 4A, a los que ya hemos aludido en el capítulo anterior.

Así, el elemento *disponibilidad* implica garantizar la suficiencia de sitios de memoria, iniciativas de memoria, archivos, así como otros servicios, instalaciones y procedimientos por el cual se materializa el derecho a la memoria de toda la población. En especial, la CIDH ha instado la creación de equipos interdisciplinarios de carácter permanente, idóneos y que trabajen en cooperación con las víctimas, organizaciones y comunidades locales en el estudio de los hechos acaecidos y en el desarrollo de estrategias creativas de no repetición (CIDH, 2019, p.10).

El elemento *accesibilidad* supone, a su vez, cuatro dimensiones: a) la no discriminación, especialmente en relación con los grupos de mayor vulnerabilidad de la población, b) la *accesibilidad física* que implica atender especialmente los mecanismos de llegada a poblaciones geográficamente alejadas, c) la *asequibilidad* o accesibilidad económica y finalmente d) el *acceso a la información* que comprende la obligación de garantizar que cualquier individuo o grupo pueda solicitar, recibir y difundir la información vinculada al derecho a la memoria.

El elemento *aceptabilidad* implica diversos niveles de articulación con el derecho a la participación, que hemos señalado además como uno de los principios que orientan la interpretación del derecho a la memoria. Esa participación debe desarrollarse a múltiples grados e involucra el desarrollo de mecanismos para obtener el consentimiento de las víctimas en relación con las diversas

estrategias elegidas para la realización del derecho a la memoria y, fundamentalmente, garantizar su rol en la gestión de las políticas de memoria.

Finalmente, el elemento *adaptabilidad* requiere las adecuaciones para garantizar el principio de diversidad (cultural y de género) en el acceso a este derecho y para efectuar los ajustes dinámicos que las transformaciones sociales requieran.

La obligación de garantizar en relación con el derecho a la memoria demanda a los Estados la adopción de medidas hasta el máximo de los recursos disponibles, criterio que ya hemos explicitado antes en los alcances que esa expresión tiene de acuerdo con el Comité DESC.

En este sentido, los Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas (CIDH, 2019) determinan que el primer paso es un abordaje integral de la memoria, al que define de la siguiente manera:

Principio I Abordaje integral de la memoria. Los Estados deben asegurar un “abordaje integral de la memoria”, entendido como la obligación de adoptar políticas públicas de memoria coordinadas con procesos de justicia y rendición de cuentas, incluida la búsqueda de la verdad, el establecimiento de reparaciones y la no repetición de las graves violaciones a los derechos humanos. Este abordaje comprende el deber estatal de desarrollar políticas de memoria como base para abordar las graves violaciones a los derechos humanos del pasado y del presente; y considera los derechos humanos en su universalidad, indivisibilidad e interdependencia. El “abordaje integral de la memoria” incluye la obligación de los Estados de asegurar la representación y participación de las víctimas y de la sociedad. (CIDH, 2019, p. 5)

De la definición transcrita surge la interrelación entre los elementos memoria, verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición, pero también uno de los principios que guían la interpretación del derecho a la memoria, que es el principio de *participación*.

Respecto de este principio se indica:

Principio II Participación de las víctimas. Los Estados tienen la obligación de garantizar que las víctimas y comunidades locales puedan participar en todas las etapas de las políticas públicas de memoria y que puedan impulsar y gestionar iniciativas autónomas de memoria que se inscriban en los lineamientos sentados por el presente documento. A esos efectos, los Estados deben proveer los medios para que puedan participar sin dificultades, adoptar medidas adecuadas para garantizar su seguridad y proveerles de asistencia psicofísica y técnica. Sin perjuicio de ello, la obligación de desarrollar políticas públicas de memoria corresponde a los Estados y no puede hacerse depender exclusivamente de la iniciativa de los actores enumerados. (CIDH, 2019, p. 5)

Por su parte, el Relator Especial sobre Justicia Transicional, Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición, Fabián Salvioli, precisa en su Informe de 2020 que:

La obligación general de garantizar los derechos humanos, asume un componente particular y diferenciado en cuanto a los procesos de memoria, en los casos de sociedades que han sufrido violaciones manifiestas a los derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario. El deber de llevar adelante procesos de memoria en esos casos deriva de fuentes principales (pactos y convenciones) y secundarias del derecho internacional de la persona humana (principios y directrices). Complementariamente, también debe enfatizarse que los procesos de memoria atraviesan todos los aspectos de la reparación integral –especialmente las dimensiones de satisfacción y garantías de no repetición– como una nueva obligación que surge de las violaciones cometidas. (A/HRC/45/45, § 31)

La CIDH también propone en sus recomendaciones la implementación de iniciativas de la memoria, cuyo objetivo es “el reconocimiento y disculpas por los hechos relacionados a las graves violaciones de derechos humanos, la reivindicación de la memoria y dignidad de las víctimas y el establecimiento y difusión de la verdad histórica de tales hechos” (CIDH, 2019, p. 4).

Las iniciativas de memoria pueden consistir en una multiplicidad de estrategias²³⁰ basadas en los principios institucionales de *participación* –que hemos definido más arriba–, *idoneidad*,

²³⁰El documento menciona a título ejemplificativo las siguientes: a. Realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad del Estado con pedido de perdón por parte de las autoridades acordado con las víctimas o sus representantes y difundido a través de medios de comunicación; b. Incorporación de la educación en derechos humanos en todos los niveles curriculares, de manera a generar conocimiento sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado y el presente y sus procesos históricos, utilizando como recursos educativos: la participación de las víctimas, los testimonios, los archivos, los sitios de memoria, entre otros c. Creación de un día nacional conmemorativo para recordar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas; d. Publicación y difusión oficial de sentencias judiciales sobre las graves violaciones a los derechos humanos acaecidas; e. Instauración de monumentos, señalizaciones en espacios públicos, memoriales y museos en reconocimiento de las víctimas, y quita o enmienda contextualizada de monumentos, memoriales, museos, escudos, insignias y placas que alaben la memoria de perpetradores; f. Desarrollo de conmemoraciones y homenajes a las víctimas que evoquen sus vidas e historias; g. Colocación de placas en distintos lugares donde las víctimas dejaron sus huellas; h. Quita o enmienda contextualizada de nombres de las calles, moneda nacional y edificios públicos que alaben la memoria de perpetradores de graves violaciones de derechos humanos; i. Eliminación de fechas patrias y prohibición de eventos oficiales que celebren la memoria de perpetradores de graves violaciones de derechos humanos; j. Provisión de capacitación actualizada y permanente en materia de derecho internacional de los derechos humanos a nivel de formación formal y no formal a cargo de docentes civiles con formación en derechos humanos y orientado a la población en general y las fuerzas de armadas y de seguridad y a las agencias de inteligencia, del Sistema de Justicia y penitenciarias en particular; k. Desarrollo de directrices en derechos humanos en el uso de medios de comunicación; l. Desarrollo de iniciativas de publicidad y difusión acerca del acceso a sitios de memoria y archivos; m. Realización de campañas de donación de objetos y obtención de información vinculada a la perpetración de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas; n. Promoción de eventos culturales (teatro, cine, muestras de arte, ente otros) y uso de redes sociales y medios de comunicación que difundan información sobre las graves violaciones de derechos humanos ocurridas.

*interdisciplinarietà, diversidad e interacción regional*²³¹. Estos principios son las pautas que guían la interpretación del derecho a la memoria.

La obligación de garantía implica también el deber de los Estados de adoptar un marco normativo sobre sitios de memoria, “que regule su identificación, señalización, creación o recuperación, preservación y gestión sustentable” (CIDH, 2019, p. 8).

La gestión sustentable supone la obligación estatal de asegurar el financiamiento de las políticas integrales de memoria, que deberán estar contemplados en sus presupuestos y podrán ser complementados a través de la cooperación internacional. Involucra, además, mecanismos de diseño institucional “que aseguren el normal funcionamiento sostenido en el tiempo, la transparencia, monitoreo y evaluación en la rendición de cuentas” (CIDH, 2019, p. 10).

A la luz del principio de participación, y en orden a asegurar la continuidad de los sitios, archivos e iniciativas de memoria, se recomienda “la promoción de modalidades de gestión que garanticen la autonomía de las víctimas, organizaciones de derechos humanos y comunidades locales” (CIDH, 2019, p.10), con financiamiento y asesoramiento Estatal, o bien bajo modalidades de cogestión.

d) Obligación de promoción

²³¹Principio IV Idoneidad de las personas a cargo de las políticas de memoria: Las personas que están a cargo de instituciones públicas que formulan o implementan las políticas contenidas en este documento deben ser reconocidas por su probada trayectoria en la defensa y promoción de los derechos humanos y valores democráticos. Principio V Interdisciplinarietà: Las políticas públicas de memoria deben contemplar la integración de equipos interdisciplinarios de investigación y asistenciales, juristas, respectivamente, al esclarecimiento de los hechos ocurridos y al acompañamiento psicosocial de las víctimas. Es recomendable la elaboración de protocolos para la sistematización de las prácticas de los equipos interdisciplinarios. Las cualidades de los miembros que integren los equipos son esenciales para inspirar confianza ciudadana y contribuir a la legitimidad de su trabajo. Principio VI: Enfoque intercultural y de género. Las políticas públicas de memoria deben respetar y promover la construcción de las memorias de comunidades, organizaciones y colectivos, a partir del reconocimiento de las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnico-culturales; así como el enfoque de género, tendiendo al establecimiento de relaciones de equidad e igualdad de oportunidades y derechos. Principio VII Integración regional. La integración regional debe impulsar vínculos de cooperación y asistencia técnica recíproca que se orienten, entre otros objetivos, a circular documentación para la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos.

La obligación de promover tiene un “carácter verdaderamente progresivo para lograr cambios en la conciencia pública, en la percepción o en el entendimiento” (Serrano y Vázquez, 2011, p. 243) de los problemas que este derecho involucra.

En lo relativo a la obligación de promoción, el Informe sobre la memoria como quinto pilar de la justicia transicional del Relator Especial Fabián Salvioli señala:

Una medida muy fructífera en materia de memorialización es centrarse en la comprensión de los mecanismos de opresión y deshumanización que siempre preceden a la violencia en gran escala, abriendo un amplio debate sobre las causas y consecuencias de la violencia del pasado y sobre la necesidad de construir un futuro diferente. Debe darse a la sociedad el espacio para adquirir una noción clara del contexto que posibilitó violaciones masivas de los derechos humanos y/o el derecho internacional humanitario. (A/HRC/45/45, § 59)

En el mismo documento, el Relator Especial subraya las dimensiones culturales involucradas: La cultura, en todas sus formas, desempeña un papel fundamental en el trabajo de la memoria, ya que a menudo permite deconstruir mecanismos de opresión, confrontación y violencia. El objetivo que se persigue es sustituir culturas políticas que resultan tóxicas y negativas, con legados violentos y discriminatorios que persisten décadas después. En la Argentina, la sociedad civil y las autoridades realizaron numerosas actividades en los ámbitos artísticos, mediáticos y de espacios públicos que propiciaron el conocimiento crítico del pasado violento por sucesivas generaciones. (A/HRC/45/45, § 65)

El informe sobre procesos de memorialización ya citado plantea, además, que el otro principio que informa el derecho a la memoria es el de *progresividad* y su contracara, la no regresividad.

En relación con ello indica:

La progresividad es un principio que informa, dentro de la perspectiva pro-persona, al derecho internacional de los derechos humanos. Los procesos de memorialización también requieren un desarrollo progresivo: debe avanzarse en la búsqueda de la verdad y el establecimiento activo de políticas de memoria respecto de las violaciones serias a los derechos humanos y graves al derecho internacional humanitario que hayan ocurrido. Dichas políticas requieren programas para todos los planos de educación formal e informal, como obligación de garantía de los derechos humanos y a efectos de prevenir futuras violaciones, avanzando hacia una cultura de paz. Asimismo, es imprescindible nutrir a los próximos procesos de memoria de perspectivas contemporáneas de derechos humanos, como el enfoque de género, así como revisar los procesos de memoria que no lo han contemplado para incorporarlo debidamente (...). (A/HRC/45/45, § 96)

En ese sentido, toda política de memorialización que se diseñe e implemente, tiene como límite el no desvirtuar ni disminuir los efectos de las conclusiones de mecanismos legítimos establecidos para el esclarecimiento de los hechos –comisiones de la verdad– y/o de los tribunales que hayan juzgado y condenado a responsables por los mismos. (A/HRC/45/45, § 98)

De la metodología de análisis propuesta a lo largo del presente capítulo, se desprenden una serie de principios que informan las pautas de interpretación y aplicación del derecho a la memoria.

Estos principios son, al mismo tiempo, las bases sobre las que deben diseñarse, ejecutarse y evaluarse las políticas públicas y las buenas prácticas para que operadores/as en todos los poderes y en todos los estamentos del estado garanticen los mayores niveles de acceso al derecho a la memoria, incluidas aquellas acciones positivas que busquen ampliar el horizonte de subjetividades comprendidas dentro de sus titulares.

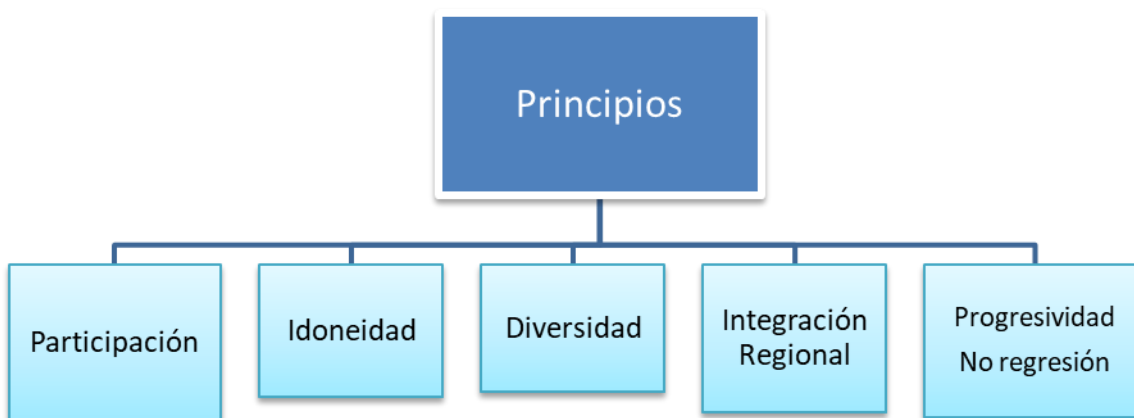


Figura 6. Elaboración propia.

10. Conclusiones preliminares

A partir del análisis de fuentes primarias y secundarias, fue posible conocer las dimensiones colectiva e individual (con su faz pública y privada) del derecho a la memoria. Se señalaron los subderechos relacionados que se desprenden del *corpus iuris* de derechos humanos, se describieron las obligaciones generales, se identificaron las principales amenazas constituidas por el negacionismo y los discursos de odio y los principios de aplicación.

Al mismo tiempo, fue posible registrar la interdependencia del derecho a la memoria con los derechos de verdad, acceso a la justicia y a la reparación, incluyendo las garantías de no repetición, lo que posibilita su proyección hacia contextos de aplicación diferentes del que originaron su surgimiento, como los casos de violencia estructural contra pueblos indígenas, mujeres y otros colectivos vulnerados.

En el próximo capítulo, analizaremos el derecho humano a los patrimonios culturales.

1. Contenido esencial del Derecho Humano a los Patrimonios Culturales

La delimitación del contenido y los alcances del derecho humano a los patrimonios culturales no es sencilla, en la medida en que su enunciación no ha sido consagrada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello significa una desventaja, en tanto en este caso, no contamos con los documentos, sentencias y opiniones generados en los sistemas internacionales de protección a partir del debate entre distintos actores, y que constituyen la principal fuente para la interpretación y configuración de los derechos. Pero también supone una ventaja, en la medida en que tampoco existen las restricciones, omisiones, vaguedades y ambigüedades que caracterizan a las formulaciones discursivas de los derechos culturales²³³. La ausencia de recepción del derecho a los patrimonios culturales en tratados internacionales sobre derechos humanos supone que la incorporación interna de este derecho no es homogénea, y reviste características específicas en los ordenamientos jurídicos de cada estado, y al interior de los Estados nacionales.

Pensar los patrimonios culturales desde la perspectiva de los derechos humanos requiere, entonces, de una indagación sobre las peculiaridades que como derecho colectivo e individual asume a partir de los aportes del derecho nacional y subnacional, lo que nos lleva a sostener que el derecho a los patrimonios culturales se configura local y regionalmente.

En el capítulo I, describimos la trayectoria de la protección jurídica del patrimonio cultural, y demostramos cómo las ideas sobre la necesidad de su preservación y salvaguarda se extendieron a todo el globo. En el capítulo II, analizamos el itinerario de los derechos culturales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el que corroboramos que el derecho a los patrimonios culturales no se ha consolidado en una norma de carácter obligatorio para los estados. Sin embargo,

²³²El estado de la cuestión y el análisis de las dimensiones del derecho a los patrimonios culturales está basado en la investigación para mi Tesis de Maestría, publicada como Colombato, Lucía (2016). *El derecho humano a los patrimonios culturales. Avances, frenos y retos de su consolidación desde La Pampa*, Santa Rosa: EdUNLPam.

²³³Un análisis sobre esta cuestión puede verse en nuestro artículo “Derechos culturales. Debilidades discursivas en la formulación de sus contenidos. Cuestiones transversales” (2012). En *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, vol. 2, núm. 1, pp. 81-100.

el reconocimiento de los patrimonios culturales como bienes públicos objeto de tutela y protección requiere considerar los derechos de las personas y comunidades, en relación con ellos.

Estos derechos no refieren exclusivamente a la facultad de acceder y disfrutar de dichos bienes sino, en especial, a la de participar en su producción y gestión.

En el marco del procedimiento especial creado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante Resolución 10/23 del año 2009 y titulado “Experto independiente en la esfera de los derechos culturales”, se desarrollaron una serie de informes temáticos.

En el año 2011, el informe temático se centró en investigar la medida en que el derecho de acceso al patrimonio cultural y su disfrute forma parte de las normas internacionales de derechos humanos. Para ello, además del análisis de la normativa internacional, estatal y local respecto al patrimonio, se realizó un cuestionario del que participaron estados, organizaciones no gubernamentales y expertos, que, aunque no numerosos, fueron representativos de las múltiples miradas sobre la cuestión. Este documento es uno de los insumos más importantes a la hora de avanzar en la delimitación del derecho humano a los patrimonios culturales.

En un trabajo anterior, propusimos una definición de patrimonio cultural, entendiéndolo como:

(...) una construcción social, a partir de un proceso de selección simbólica, emocional e intelectual de bienes y prácticas culturales, que son continuamente resignificados, reapropiados y valorizados como referentes de identidad y de pasado de una comunidad, con la intención de ser transmitidos. La posibilidad de participar de esa construcción social y de los mecanismos de disputa y de consenso que dan lugar al proceso de selección significativa que convierte en patrimonio a ciertos bienes y prácticas culturales constituye entonces una manifestación de pertenencia, una identificación de un individuo con una comunidad, y en modo más amplio con una sociedad dada. (Colombato, 2016, p. 39)

La posibilidad de participar de esa construcción social y de los mecanismos de disputa y de consenso que dan lugar al proceso de selección significativa que convierte en patrimonio a ciertos bienes y prácticas culturales constituye, entonces, una manifestación de pertenencia, una identificación de un individuo con una comunidad y, en modo más amplio, con una sociedad dada.

Ello significa que el acceso a esa posibilidad, que en definitiva se traduce en el acceso a bienes y prácticas culturales, se vincula a la dignidad humana, en tanto supone la aptitud de que los diversos grupos, sus visiones de mundo, sus identidades y sus memorias se encuentren representadas en el

discurso patrimonial, lo que, a su vez, significa conectar a la cultura con su fuente de producción en un determinado territorio. Se trata, en definitiva, de una cuestión de derechos humanos.

En este sentido, el Informe de la Relatora de Naciones Unidas sobre Derechos Culturales expresa que:

hablar de patrimonio cultural en el contexto de los derechos humanos significa tener en cuenta los múltiples patrimonios mediante los cuales las personas y las comunidades expresan su humanidad, dan sentido a su existencia, elaboran sus visiones del mundo y representan su encuentro con las fuerzas externas que afectan sus vidas. El patrimonio cultural ha de entenderse como los recursos que permiten la identificación cultural y los procesos de desarrollo de las personas y comunidades, que ellos, implícita o explícitamente, quieren transmitir a las futuras generaciones. (A/HRC/17/38 § 4)

Estos primeros pasos en la delimitación del contenido del derecho a los patrimonios culturales nos permiten destacar tres aspectos o dimensiones que contribuyen a su consideración como derecho humano. La dimensión personal (individual y colectiva), la dimensión temporal y la dimensión territorial.

Estas dimensiones contribuyen a la descripción de los bienes públicos relacionales que modulan el contenido del derecho humano a los patrimonios culturales y aportan a la identificación de las obligaciones estatales para su reconocimiento, protección y garantía.

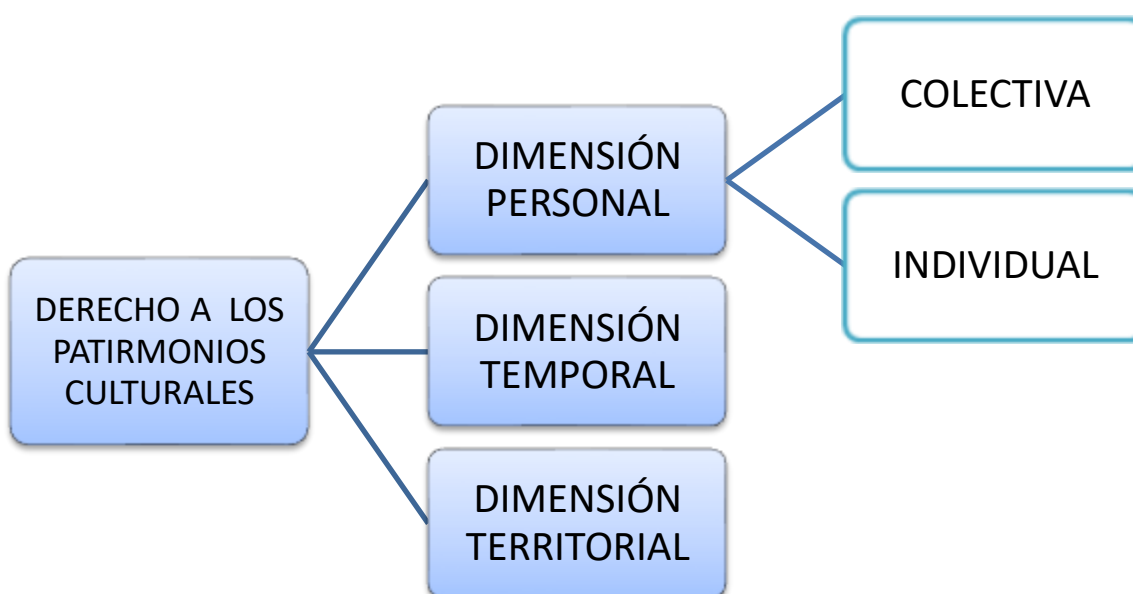


Figura 7: Elaboración propia.

2. Tres dimensiones del derecho humano a los patrimonios culturales

a) **Dimensión personal (colectiva e individual). Su ubicación en la categoría de derechos sobre bienes públicos relacionales.**

Hemos sostenido en el Capítulo III que ubicamos a los derechos culturales dentro de la categoría acuñada por Alejandro Mé dici (2011), en ‘derechos sobre bienes públicos relacionales’. Asimismo, como sostenemos que el proceso de patrimonialización es una construcción colectiva, es importante destacar que

lo patrimonial se identifica con lo que es de todos y de nadie en particular. Es lo que pertenece a la comunidad, ya que ha sido esta categoría social la que, en última instancia, ha colaborado, a lo largo de muchos siglos de historia en su producción material. (Álvarez Mora, 2001, p. 55)

Así, se ha afirmado que

Una adecuada aproximación al concepto de patrimonio cultural implica –desde un punto de vista integral–, la especificación de las distintas dimensiones del hábitat humano, e involucra intereses públicos y privados, respecto de la administración de bienes que –con independencia de su titularidad– revisten un valor o destino especial, directamente vinculado a la constante tendencia comunitaria a mejorar las condiciones de vida social. (Di Filippo, 2001)

Es este último aspecto el que nos introduce en la esfera de los nuevos derechos, inspirados en la vida en comunidad, en un mundo absolutamente interdependiente y complejo.

La protección de estos derechos, entre los que se encuentra el que hemos escogido denominar derecho a los patrimonios culturales, que se vincula de manera intrínseca con los procesos de preservación de la memoria histórica y con el desarrollo territorial local, requiere necesariamente de la cooperación de múltiples actores y diferentes acciones para su satisfacción. Es por ello que consideramos que se trata de derechos que recaen sobre bienes públicos relacionales, en cuanto a que de ellos depende su producción y reproducción.

La trayectoria de la protección de los derechos de incidencia colectiva en nuestro país nace una década antes de la reforma de 1994²³⁴, que los incorpora en una de sus más importantes

²³⁴Conf. Azar (2012), p. 243. En los orígenes de la protección de los derechos colectivos en Argentina, es necesario situar precedentes jurisprudenciales como los casos Kattan (1983), Ekmekdjian (1992) y Cartañá (1993), y el movimiento

transformaciones, al conferirles la jerarquía de nuevos derechos y garantías constitucionales y dotarlos del amparo colectivo como procedimiento específico para su tutela²³⁵. Pese a la consagración del amparo colectivo como herramienta de protección, la constitución no avanzó en la determinación de la naturaleza ni del contenido de estos derechos²³⁶, a los que refiere en su artículo 43 como “derechos de incidencia colectiva en general”²³⁷, en una fórmula original, distanciada de las propuestas doctrinarias referidas a los intereses difusos²³⁸ y del derecho comparado, que adoptaba otros *nomen iuris*²³⁹. Así, la noción de derechos de incidencia colectiva resulta superadora de la clásica distinción entre ‘derecho subjetivo’—con plena tutela administrativa y judicial— e ‘interés legítimo’—con eventual tutela en el procedimiento administrativo²⁴⁰—, que había estado en el centro de los debates entre procesalistas y administrativistas hasta entonces.

La ausencia de previsión normativa respecto de su naturaleza y contenido, dio lugar a una interesante discusión acerca de cuáles eran las principales características de los derechos de incidencia colectiva a los que refiere la Constitución Nacional, que puede simplificarse en dos posturas básicas centradas en la divisibilidad de los derechos: a) una amplia, que los considera un género comprensivo de derechos divisibles e indivisibles y b) una restringida, que entiende que los derechos colectivos se limitan a aquellos sobre bienes que, si bien son compartidos por una pluralidad de individuos, no pueden ser divididos e individualizados a los efectos de reclamo. Finalmente, la cuestión resultó zanjada en 2009, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación—inclinándose por la tesis amplia—la definió exhaustivamente en la causa “Halabi”²⁴¹.

En ese *leading case*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁴² ubicó dentro del artículo 43 de la Constitución Nacional que normativiza la acción de amparo:

legislativo en distintas provincias, que dio lugar a la aprobación de leyes que los denominaron de diversas maneras: intereses difusos, derechos colectivos o plurales.

²³⁵El reconocimiento de los derechos colectivos en el capítulo de los “Nuevos Derechos y Garantías” de la Constitución Nacional reformada en 1994 fue acompañado de la incorporación con jerarquía constitucional de once instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Un análisis sobre los derechos culturales puede verse en Colombato (2014).

²³⁶Conf. Gil Domínguez (2005), p. 125.

²³⁷Los derechos de incidencia colectiva, receptados ‘en particular’ en el texto constitucional, son los medioambientales (art. 41) dentro de los que se menciona a la protección del patrimonio cultural y los del consumo (art. 42).

²³⁸El uso bastante arraigado en la doctrina y en la legislación provincial de la denominación “intereses difusos” contribuyó a la subestimación de los derechos colectivos, ya que sirvió a la estrategia argumental de quienes los ubicaban como intereses legítimos, pero un escalón por debajo de los derechos subjetivos individuales. Sin embargo, conforme lo ha demostrado la doctrina, los derechos colectivos no son nuevos derechos, sino una relectura de viejos derechos preexistentes (Gil Domínguez, 2005, p. 240), de manera tal que, con características y reglas diferentes, coexisten con los derechos subjetivos en idéntica jerarquía, con el objeto de materializar la dignidad de las personas humanas.

²³⁹Por ejemplo, la Constitución Brasileña, que adopta el nombre de “derechos pluriindividuales homogéneos”.

²⁴⁰Conf. Gordillo (2007).

²⁴¹Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi, Ernesto vs PEN ley 25873 dto. 1563/04” 24/02/2009.

²⁴²En adelante, CSJN.

(...) tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos²⁴³, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos²⁴⁴ (Considerando 8).

En idéntico sentido, la CSJN en el considerando 11 del referido fallo expresó que:

(...) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) (...) La petición debe tener por objeto la tutela de un bien [que] pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual (...) Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

Entendemos que el derecho humano a los patrimonios culturales se sitúa dentro de esta categoría, ya que, si bien tiene por titulares una pluralidad indeterminada de individuos pertenecientes a un grupo o comunidad social, presenta como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce sobre un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante en su disfrute y apropiación. En este sentido, es importante destacar que los procesos constitucionales que tuvieron lugar en la mayoría de las provincias argentinas, en forma paralela a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, contribuyeron a superar el déficit de definición del contenido de los derechos colectivos en esta última, avanzando en su consolidación, con normas específicas tuitivas del derecho humano a los patrimonios culturales²⁴⁵.

Hemos dicho antes, junto con Cançado Trindade (1994, p. 63), que todos los derechos humanos tienen una dimensión individual y una colectiva, en tanto son ejercidos en el contexto social y hemos ubicado a los derechos culturales (entre ellos, el derecho a los patrimonios culturales) dentro de una nueva categoría de derechos, no comprendida en los instrumentos generales de derechos humanos, a la que preferimos llamar, junto con Alejandro Médici (2011) ‘derechos sobre bienes públicos relacionales’²⁴⁶.

Dentro de este marco, se discute y elabora en 2012 el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación²⁴⁷, que se presenta como una opción superadora a la tradición decimonónica

²⁴³Refiere a los derechos colectivos que tutelan bienes indivisibles.

²⁴⁴Refiere a derechos colectivos que tutelan bienes divisibles. Se trata en definitiva de derechos individuales, pero que comparten una pluralidad de individuos de manera homogénea, lo que permite una acción colectiva para su defensa, como los derechos de los usuarios de servicios públicos.

²⁴⁵Un análisis sobre el patrimonio en el Derecho Público Provincial puede verse en Colombato (2013).

²⁴⁶Hemos profundizado sobre el concepto de “derechos sobre bienes públicos relacionales” en el Capítulo II de esta Tesis al que remitimos.

²⁴⁷En adelante, “Anteproyecto”.

individualista que caracteriza al Código Vélez Sarsfield²⁴⁸, con su consiguiente división tajante entre derecho público y privado. Esa alternativa se lleva a la práctica a partir del principio de la ‘constitucionalización del derecho privado’ que se erige entre sus premisas axiológicas²⁴⁹. De este modo, se pretende crear coherencia entre el derecho civil y el bloque de constitucionalidad federal que integran la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional²⁵⁰.

Así, entre las decisiones metodológicas que adoptó la Comisión Redactora se encuentra la de la inclusión de un Título Preliminar. Se sigue en este punto la histórica tradición del Código Vélez Sarsfield, pero con una nueva impronta, dada por la incorporación en ese Título del artículo 14 que enuncia que el nuevo texto legal reconoce no solo derechos individuales, sino también derechos de incidencia colectiva. Esta regla se inscribe en uno de los aspectos valorativos del nuevo texto, planteados por la Comisión Redactora en los Fundamentos²⁵¹, al enunciarlo como el ‘Código de los derechos individuales y colectivos’.

Mientras la gran mayoría de los Códigos Civiles refieren exclusivamente a los derechos individuales, el CCyC, en consonancia con la legislación brasilera, ha decidido incluir también dentro de su ámbito de aplicación a los derechos de incidencia colectiva, que constituyen, a su vez, una de las más trascendentes incorporaciones de la reforma constitucional de 1994 a través de sus artículos 41 (derechos ambientales y patrimonio cultural), 42 (derechos de consumidores y usuarios) y 43 (acción de amparo individual y colectiva).

En ese título preliminar, y bajo el presupuesto de que el Código se constituye como centro del ordenamiento jurídico privado²⁵², se enuncian las reglas generales de todo el sistema, pero no reglas destinadas exclusivamente al juez, sino también reglas para el ejercicio de los derechos, cuyos destinatarios son los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que lo orientan valorativamente²⁵³.

²⁴⁸Por Código Vélez Sarsfield entendemos al aprobado por Ley 340 y sus sucesivas modificaciones, para diferenciarlo del nuevo Código Civil y Comercial Unificado.

²⁴⁹Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti (2012), p. 4.

²⁵⁰Este objetivo, se ve reflejado en el artículo 1 del CCyC que incluye entre las fuentes del derecho civil a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República Argentina sea parte y en el artículo 2 que, al regular sobre la interpretación de la ley, indica que debe hacerse de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

²⁵¹Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti (2012), p. 5.

²⁵²Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti (2012), p. 10.

²⁵³Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti (2012), p. 12.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina²⁵⁴, aprobado en 2014 por Ley 26944, entró en vigor el 1º de agosto de 2015²⁵⁵, con las reformas introducidas por el Poder Ejecutivo²⁵⁶ prescribe en su artículo 14:

Artículo 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

- a) derechos individuales;
- b) derechos de incidencia colectiva.

Sin embargo, es necesario destacar que el Código Civil y Comercial se queda a mitad de camino, al haber evitado una definición de las características y el contenido de estos derechos.

En este sentido, el Anteproyecto proponía una regulación medular de los derechos de incidencia colectiva, que en el texto aprobado resultó mutilada y reemplazada por algunas reglas básicas²⁵⁷. Lamentamos, en especial, la supresión por el Congreso de la figura de la sanción pecuniaria disuasiva que se regulaba en los arts. 1714 y 1715 del Proyecto del Poder Ejecutivo como medida instrumental para la protección de los derechos de incidencia colectiva y la eliminación de la sección 5º, intitulada “De los daños a los derechos de incidencia colectiva” (arts. 1745 a 1749), prevista en el Anteproyecto. Es así como la responsabilidad civil derivada de los daños sobre los derechos de incidencia colectiva quedó limitada a la mención dentro del concepto de daño resarcible, previsto en el artículo 1737²⁵⁸.

²⁵⁴En adelante, CCyC. Articulado, Mensaje de Elevación y Fundamentos disponibles en: www.nuevocodigocivil.com, página oficial de la Comisión Redactora del Proyecto.

²⁵⁵Conf. Ley 27077, modificando la Ley 26994 y adelantando la fecha de vigencia originalmente prevista para el 1 de enero de 2016.

²⁵⁶El Anteproyecto, en su artículo 14, siguiendo la clasificación tripartita establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en “Halabi” establecía: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar *gravemente* al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. De este modo, se despejaba toda duda respecto de los derechos involucrados. La redacción escogida en el texto final del CCyC, deja de lado los desarrollos jurisprudenciales de la CSJN, aunque no tiene más que consecuencias semánticas. En nuestra opinión, el inciso b) del artículo 14 en su texto aprobado en 2014, recepta la tesis amplia, involucrando a los derechos colectivos divisibles e indivisibles dentro de su protección. Por su parte, celebramos la eliminación del adverbio “gravemente”, cuyo mantenimiento hubiera dado lugar a trascendentes disputas.

²⁵⁷Conforme Azar (2012), p. 260.

²⁵⁸Artículo 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

A continuación, el artículo 14 del Código Civil y Comercial en su segundo párrafo afirma que: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Es este un cambio trascendente que celebramos. Considerando que se trata de una cuestión novedosa en nuestro derecho, la Comisión Redactora decidió volver sobre su regulación más específica en el Título III del Libro Primero de la Parte General, con la Sección 3^a, denominada Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. Allí, se establece que los derechos subjetivos reconocen como límites a ciertos bienes colectivos objeto de tutela como el desarrollo, el consumo sustentable o el medioambiente²⁵⁹.

Esta decisión es consonante con el principio de función social de la propiedad privada, que se encuentra previsto en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional en el derecho argentino. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (2008) que:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional²⁶⁰.

Así, el nuevo artículo 240 reza:

240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1^a y 2^a²⁶¹ debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, *los valores culturales*²⁶², el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

²⁵⁹Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti (2012), p. 23. Entendemos que la mención es ejemplificativa e involucra a otros derechos de incidencia colectiva como el derecho humano al patrimonio cultural.

²⁶⁰CoIDH, Serie C N°229 § 60.

²⁶¹Las Secciones 1^o y 2^o a que hace referencia el artículo, se ocupan respectivamente de los conceptos fundamentales y clasificación de los bienes y cosas, por un lado, y de los bienes en relación con las personas, por el otro.

²⁶²El destacado es nuestro. Hubiera sido saludable que el texto utilizara el concepto de patrimonio cultural, definido en tratados internacionales ratificados por el estado argentino, en lugar de la referencia genérica a valores culturales.

241.- Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

Este artículo 240 resulta innovador respecto del Código de Vélez Sarsfield y de las otras propuestas de reformas. Lamentablemente, el texto aprobado en 2014 suprimió el derecho de información y de participación en decisiones relevantes que el Anteproyecto incluía expresamente²⁶³ y que constituían reglas operativas respecto del ejercicio de los derechos colectivos²⁶⁴.

En efecto, haber mantenido esta fórmula hubiera puesto de resalto la interdependencia entre los derechos colectivos y la participación democrática en sus diversos grados de cooperación e interacción ciudadana que propugnamos, a saber: a) la participación como derecho de acceso a la información, b) la participación como consulta, c) la participación como codecisión y d) la participación como cogestión (Médici, 2011, p. 234).

Los presupuestos mínimos para el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva referidos en el nuevo Código deberán ser materia de una ley especial que a la fecha no ha sido sancionada.

En este mismo camino, el Código Civil y Comercial de Argentina contempla dentro de su teoría de los bienes la propiedad comunitaria indígena otra expresión de derechos colectivos reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos.

El artículo 18 trata el tema estableciendo que:

Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

Cabe destacar que, debido a las críticas efectuadas por las comunidades indígenas y sectores de la doctrina²⁶⁵ a los artículos del proyecto de reforma del código con relación a la propiedad

²⁶³El texto proyectado del art. 240 decía: ARTICULO 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en los términos del artículo 14. No debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Los sujetos mencionados en el artículo 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en la discusión sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

²⁶⁴Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti (2012).

²⁶⁵Los principales reproches al proyecto refieren a la inconveniencia de la regulación en un Código Civil, la ausencia de participación de las comunidades en la redacción del proyecto, la exigencia de registración de las comunidades como condición de ejercicio del derecho, la consideración de las comunidades indígenas como personas jurídicas privadas, la concepción clásica de la propiedad privada presente en la regulación del derecho real de propiedad colectiva, los modos

comunitaria de las tierras de las comunidades indígenas, se eliminaron varios artículos y solo sobrevivió este art. 18 en una forma simplificada que reproduce parcialmente los contenidos constitucionales y deja su tratamiento a una ley especial. En dicho artículo se suprime la parte referida a la gestión de los recursos naturales y demás intereses que los afectan, consagrados en el art 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

El proyecto de reforma del Código avanzaba en relación con el derecho de gestión, estableciendo que “dicho ejercicio lo es a título de derechos de incidencia colectiva” (art. 2028).

Podría afirmarse, sin lugar a duda, que lo sucedido en esta cuestión es una oportunidad perdida, sobre todo teniendo en cuenta los avances que se han dado en materia jurisprudencial con relación a los derechos de estas comunidades²⁶⁶.

Capítulo aparte merecen los cambios introducidos en materia de derechos colectivos. Su inclusión en el Código Civil y Comercial es una novedad importante, pero insuficiente, ya que se cercenaron no solo contenidos del Anteproyecto, sino también del Proyecto del Ejecutivo que tenían una regulación interesante de los daños a los derechos de incidencia colectiva, a la vez que incorporaban reglas de participación de organizaciones de la sociedad civil, hoy ausentes.

Aun así, los avances logrados en este punto podrán ser fuente de decisiones que, en consonancia con los criterios de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, den cuenta de la medida de la participación de individuos y comunidades en la protección del patrimonio cultural, incorporando mecanismos como las audiencias públicas y la consulta previa en los procedimientos de toma de decisiones, de raigambre constitucional. Pero ello dependerá de los operadores judiciales y de las leyes especiales a dictarse, ya que el Código Civil y Comercial sancionado ha soslayado los contenidos operativos que al respecto regulaba el Proyecto.

Con base en todo lo expuesto, puede afirmarse que lo más interesante de la reforma es lo relativo al reconocimiento de los derechos colectivos, así como un cambio de visión respecto de la propiedad privada y un reforzamiento de las potestades reguladoras del estado provincial y municipal

de constitución de esa propiedad, la aplicación subsidiaria de las normas que regulan el derecho de dominio, la reducción del consentimiento previo libre e informado al derecho de información y consulta. Todos esos aspectos dejaban de lado la importantísima doctrina jurisprudencial construida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias dictadas en los casos: “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, del 15-6-2005; “Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay”, del 17-6-2005; “Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay”, del 29-3-2006; “Pueblo Saramaka vs. Surinam”, del 28-11-2007 y “Comunidad Indígena XákmokKásek vs. Paraguay”, del 24-8-2011. Para una mirada crítica de la propiedad comunitaria en el Proyecto de 2012, ver Vázquez (2012) y Wlasic (2014).

²⁶⁶ Ver CSJN caso “Comunidad Indígena Eben Eizer c. Provincia de Salta (Fallos 331:2119, 2008).

sobre la propiedad privada que es susceptible de aplicarse para proteger los bienes culturales²⁶⁷. La sanción de leyes especiales para definir cuestiones no resueltas en el Código Civil y Comercial, así como la revisión de leyes nacionales existentes van a marcar, sin duda, la agenda futura.

b) Dimensión temporal

Como práctica social, el patrimonio cultural constituye una construcción de sentido que se vincula a la reflexión sobre el pasado, a la memoria y el recuerdo, a partir de que se postula que los objetos culturales reciben y transmiten la herencia cultural de una generación a otra. Es por ello que para que los bienes y prácticas culturales adquieran un carácter patrimonial es preciso que se produzca un cierto distanciamiento, capaz de generar una mirada sobre el pasado como tiempo diferente a aquel desde el cual se contempla (Choay, 1996). Ese distanciamiento puede, según las circunstancias, demorar una larga extensión de tiempo o producirse de manera mucho más súbita en circunstancias de profundos cambios o crisis.

Se ha sostenido que el patrimonio cultural constituye “una pieza clave en el devenir de la historia humana” (Viladevall i Guasch, 2003, p. 18), porque no es otra cosa que ese vínculo, esa unión intelectual y emotiva entre el pasado, el presente y el futuro, de allí su importancia.

“El patrimonio es entonces, una construcción sociocultural que adquiere valor y sentido para aquél grupo que la realizó, heredó y conserva” (Viladevall i Guasch, 2003, p. 17). Consecuentemente, se trata de un proceso dinámico, puesto que, si los vínculos sociales que dieron origen a la significación de un bien o práctica patrimonial se transforman, perdiendo el sentido que justificó su conservación y transmisión, dejará de ser valorado como tal, de manera que el presente informa continuamente al pasado.

Existe una profunda interdependencia entre el patrimonio cultural y el derecho a la preservación de la memoria histórica, cuyo análisis hemos realizado en el Capítulo V.

A la hora de delimitar el contenido del derecho humano a los patrimonios culturales, es importante abordar cómo los procesos conmemorativos se traducen al campo patrimonial, mediante

²⁶⁷Una discusión sobre las potestades municipales puede verse en Endere e Iturburu (2010).

representaciones materiales o rituales alusivos que se expresan en el espacio público, y la responsabilidad de los diferentes actores (estatales y no estatales) en su producción.

De esta manera, es importante que el derecho a los patrimonios culturales fomente una cultura democrática a partir del debate sobre la representación del pasado, sobre las plurales y diversas identidades que configuran ‘la nación’, así como los objetivos que persiguieron los discursos homogeneizantes, para asumir un desafío en el presente y hacia el futuro frente a la violencia y exclusión.

c) Dimensión territorial

Así como la idea de tiempo resulta trascendente en la elaboración del contenido del derecho a los patrimonios culturales, la idea de territorio deviene en elemento fundamental, dado que demarca el sustrato material, en el que el proceso de patrimonialización se genera colocando a los bienes que lo componen dentro del hábitat natural y paisajístico de una comunidad dada.

En tal sentido, Lassalle (2008) afirma

La metamorfosis de la memoria en patrimonio (dos conceptos que no deben confundirse aunque sí asociarse) nos muestra que la memoria es, sobre todo, ‘territorializada’, que emana de un lugar, un terruño, un paisaje, creados por la naturaleza y por los hombres que la transforman. El espacio es un elemento fundamental en la construcción del patrimonio. Porque ya es sabido: el patrimonio dejó de ser un monumento que se visita, una obra de arte, la estatua del héroe: es también el lugar en que se vive.

Al igual que lo que sucede con el término patrimonio, no es tarea fácil conceptualizar el territorio. Los conceptos de espacio, territorio, paisaje y lugar son utilizados a veces como sinónimos. Sin embargo, ante un análisis más profundo se pone de manifiesto la discusión teórica sobre el significado propio de cada uno de ellos y la complejidad que su delimitación conlleva.

El punto de partida para una reflexión sobre el territorio es el espacio geográfico²⁶⁸ (Mançano Fernandes, 2008), al que Milton Santos (1996) concibe como “un conjunto indisociable, solidario y también contradictorio de sistemas de objetos y sistemas de acciones, no considerados aisladamente,

²⁶⁸El abordaje de las diferentes teorías del espacio que comprendan todos los alcances del término excede ampliamente el objeto de este trabajo. La palabra espacio es utilizada en decenas de acepciones, que ponen de manifiesto sus múltiples dimensiones. Para acotar tales dimensiones, el espacio pasó a ser adjetivado. Aquí me refiero, en particular, al espacio geográfico.

sino como el marco unificado en el cual se desarrolla la historia” (pp. 51-52), subrayando la relación dialéctica entre la materialidad del espacio geográfico y las decisiones que los grupos sociales adoptan en relación con esa materialidad. Desde este punto de vista, el espacio geográfico es anterior al territorio, y este último una construcción social a partir del primero.

Tradicionalmente, el territorio era concebido como el ámbito espacial en que los Estados ejercen sus derechos soberanos y jurisdiccionales, y así lo sigue definiendo la ciencia jurídica. Tras la Paz de Westfalia (1648), la estructuración política del Estado Moderno se constituye, entonces, sobre una base física, donde cada unidad política es territorialmente definida y ejerce su soberanía en un concreto espacio terrestre, con exclusión de otras y con base en un principio de igualdad jurídica: la igualdad soberana de los Estados. De este modo, la soberanía constituye el vínculo entre un Estado y su territorio.

Esta idea se aplica, además de a los Estados nacionales, a las diferentes divisiones administrativas que se dan en el interior de cada uno de ellos (provincias, municipios, ciudades autónomas), que desarrollan vínculos de autonomía o autarquía, de modo tal que el territorio constituye un elemento esencial del Estado.

Sin embargo, para la geografía el territorio implica siempre una apropiación del espacio, que debe recuperarse en un sentido más amplio que la dimensión política.

Coincidimos con Mançano Fernandes (2008) en que la elección de un sentido más amplio o restringido a la hora de establecer la significación de un concepto se define por la intencionalidad de quien lo utiliza. A partir de esta proposición, junto con el autor citado, defendemos un sentido amplio para el concepto de territorio, que sea capaz de reflejar su multidimensionalidad²⁶⁹ y multiescalaridad²⁷⁰.

El territorio se construye a partir de los grupos humanos que lo habitan, que se relacionan culturalmente con un espacio concreto, atribuyéndole valores. “Esta proyección que hace todo grupo social de sus necesidades, su organización de trabajo, su cultura y sus relaciones de poder sobre un

²⁶⁹La nota de multidimensionalidad señala que, aunque en las teorías y tradiciones sobre el territorio predominan los análisis políticos y económicos, es necesario reconocer que estos dos aspectos son complementados y complementan las dimensiones sociales, culturales y ambientales que el territorio involucra.

²⁷⁰La nota de multiescalaridad está dada por la circunstancia de que “En el espacio geográfico concurren y se sobreponen distintas territorialidades locales, regionales, nacionales y mundiales, con intereses distintos, con percepciones, valoraciones y actitudes territoriales diferentes, que generan relaciones de complementación, de cooperación y de conflicto” (Montañez y Delgado, 1999, p. 123).

espacio es lo que transforma ese espacio de vivencia y producción en un territorio” (Blanco, 2007, p. 42).

Por su parte, Pablo Suárez (en Bozzano, 2009, p. 74) sostiene que “Territorio es donde se manifiesta la tensión entre ‘lugar’ y ‘espacio’ (siendo ‘lugar’ un espacio con significaciones subjetivas)”²⁷¹. En similar sentido, Santos afirma que “el territorio es el lugar donde desembocan todas las acciones, todas las pasiones, todos los poderes, todas las fuerzas, todas las debilidades, o sea, donde la historia del hombre plenamente se realiza a partir de las manifestaciones de sus existencias” (Santos, 2002, p.9).

Por otro lado, el término paisaje también ha tenido varias acepciones a lo largo de la historia²⁷². La definición propuesta por Navarro Bello (2003, p. 13) lo concibe como “aquel espacio que gracias a su significado y valor simbólico se transmuta en lugar, y en el que además se puede leer la historia y la relación dialéctica de los habitantes con él”. En el concepto de paisaje, la percepción sensorial (visual y emocional) juega un rol fundamental. Los paisajes son, en definitiva, “la imagen externa de los procesos que tienen lugar en el territorio” (Pulgarín Silva, 2012).

A partir de estos conceptos, puede pensarse la dimensión territorial del derecho a los patrimonios culturales.

Los procesos sociales a partir de los cuales se construye un territorio no pueden ser explicados sino a través del tiempo. Cada grupo humano produce sobre el espacio geográfico acciones e intervenciones que recogen con múltiples expresiones las claves de su existencia, en un contexto histórico determinado.

²⁷¹Bozzano (2009) hace un profundo análisis sobre el concepto de “lugar”, al que remitimos. Comienza definiéndolo como una relación entre algo y alguien, a diferencia del territorio que constituiría una relación entre sociedad y naturaleza. Desde esta perspectiva, mientras todo lugar es territorio, no todo territorio es lugar. A su vez, señala que la noción de lugar se vincula con la existencia de un patrón de ocupación y apropiación territorial, en la micro y meso escala, que se encuentra atravesada por la idea de espacio-tiempo. Aparecen, entonces, las nociones de huella, impronta y pacto fundacional, como criterios teórico-metodológicos para conocer los procesos de organización territorial en la escala del lugar. Navarro Bello (2003, p. 12), por su parte, define “lugar”, como aquel espacio con carga simbólica, que existe en tanto cuenta con significado.

²⁷²El “paisaje” ha constituido durante largos años un concepto clave en la geografía clásica. De origen sajón, es desarrollado luego por la geografía rusa, hasta inscribirse posteriormente en dos perspectivas, una histórico social y otra fenomenológica. Para un recorrido sintético sobre el desarrollo de las distintas conceptualizaciones sobre el “paisaje”, puede consultarse: “Una aproximación al paisaje como patrimonio cultural, identidad y constructo mental de una sociedad. Apuntes para la búsqueda de invariantes que determinen la patrimonialidad de un paisaje”, de Galit Navarro Bello (2003). Para la perspectiva fenomenológica es imprescindible el artículo clásico de Carl O. Sauer, “La Morfología del Paisaje”, University of California Publications in Geography. Vol. 2, No. 2, pp. 19-53. October 12, 1925. (Traducción de Guillermo Castro H.). La geografía latinoamericana, el uso de los conceptos de “paisaje” y región” parece haber sido sustituido por las ideas de “espacio”, “territorio” y de “lugar”, resultando esta última la categoría de análisis geográfico más contemporánea.

Esta relación espacio-tiempo da como resultado la construcción de un patrimonio cultural en cada territorio, que está constituido no solo por los sistemas de objetos (edificios, obras de infraestructura, etc.) que se agregan a las formas espaciales existentes, sino también por las prácticas de ocupación, ordenación y planificación territorial (sistemas de acciones) que cada generación produce en su presente.

De este modo, cada territorio, como síntesis empírica y concreta del espacio geográfico, es a la vez recurso y condición para la construcción de un nuevo territorio por las generaciones futuras.

Las claves patrimoniales del territorio se manifiestan, se hacen visibles en el paisaje, pero también en prácticas socio culturales colectivas de carácter inmaterial que adquieren sentido en la medida en que se encuentren contextualmente situadas. Se ha sostenido que:

El paisaje no es sólo una marca en el territorio, es también la huella (como rastro o seña, profunda y duradera) dejada en la memoria individual y colectiva, es la huella dejada por el hombre sobre el territorio y a su mismo tiempo la huella dejada por el territorio en la memoria del hombre, por tanto no es posible intentar entender al hombre y su cultura sin el paisaje que lo vio nacer, ni es posible tampoco intentar aproximarnos al valor de un paisaje sin estudiar los procesos humanos que en él actuaron. (Navarro Bello, 2003, p. 3)²⁷³

Las relaciones entre patrimonio cultural y territorio pueden ser equívocas en términos de derechos humanos desde múltiples aspectos. Nos centraremos en dos de ellos: a) las repercusiones perjudiciales de la globalización y b) la desconexión entre los bienes culturales y su territorio como consecuencia de la gestión patrimonial.

La primera cuestión pone de resalto que, frente a un espacio geográfico que se muestra en la actualidad enérgicamente globalizado, en el que se multiplican las áreas uniformes, la relación con sus habitantes se encuentra fuertemente mediatizada por los poderes hegemónicos, proliferan

²⁷³La autora citada, doctora en Arquitectura y Patrimonio Cultural Ambiental, investigadora del Centro de Estudios Arquitectónicos, Urbanísticos y del Paisaje de la Universidad Central de Chile, no utiliza el término territorio con el alcance que escogimos como concepto central de este apartado, sino el de paisaje. Entendemos que esa elección se relaciona con la especificidad de su formación académica. En el artículo citado, refiere: “Lo significativo es que independiente de si estamos hablando de lugares, espacios o paisaje, según cuál sea el autor, lo que queda en evidencia es la relevancia que se le da a la significación del territorio” (Navarro Bello, 2003, p. 3). Lo mismo sucede con la idea de “huella” que propone en el párrafo citado, como rastro o seña, profunda y duradera. Al respecto Bozzano (2009, pp. 132-135), distingue “huella”, de “impronta” y “pacto fundacional”, así: “Se entiende por *huella* a los objetos y cosas – construidas y naturales– significadas en el pasado, e interpretadas y resignificadas en un presente. Se entiende por *impronta* a las acciones y prácticas significadas del pasado, e interpretadas y resignificadas en un presente. Mientras la *huella* tiene una naturaleza más profunda, consciente, visible y en ocasiones hasta material, la *impronta* tiene una condición más repetitiva e inconsciente ligada a prácticas socio-culturales colectivas en ocasiones seculares. (...) Se entiende por *pacto fundacional* a aquel acontecimiento en proceso mediante el cual determinados sujetos deciden crear un lugar, dependiendo ello de motivaciones individuales o grupales, conscientes o inconscientes, económicas, políticas, sociales, religiosas u otras. Siendo motivaciones y decisiones de diferente naturaleza y alcance, el pacto fundacional puede referirse a cualquier territorio o lugar: un pueblo, una ciudad, una región o un estado nacional”. (Destacado en el original).

“experiencias culturales translocalizadas” (Hernández i Martí, 2008, p. 29), emergen nuevas estrategias de resistencia, que proponen mecanismos para contestar y reflexionar ante el ‘desanclaje’ de la desterritorialización. Así, se busca desesperadamente un reforzamiento de lo local, que recupere en el territorio las señales dejadas por sus habitantes originarios, las formas de relación con el espacio de las generaciones pasadas, las iniciativas de los movimientos sociales alternativos al poder, para descubrir las constantes que hacen de ese territorio un patrimonio cultural.

La globalización del patrimonio cultural a partir de la Lista del Patrimonio Mundial que elaboró UNESCO desde 1972 ha sido un elemento que ha favorecido estas dinámicas, desde que:

la difusión de un bien patrimonial a través de los medios de comunicación propicia su acceso a la conciencia de innumerables sujetos residentes en contextos distantes, que podrán así incorporarlo a su propio mundo fenoménico. Paradójicamente, y para que sea posible una identificación entre los sujetos de la aldea global y un bien local, vía patrimonio mundial, se requerirá una neutralización o expurgación del bien en cuestión, en su funcionalidad e interpretación originaria, alcanzando así un estatus claramente desterritorializado por lo que se refiere a su estructura significativa y a su repertorio de valores (...) la desterritorialización del patrimonio cultural constituye una notable paradoja de la modernidad avanzada, ya que siendo la patrimonialización de la cultura un aspecto destacado de la reterritorialización cultural, no puede escapar ni a un contexto ni a unos medios desterritorializados para realizarse. (Hernández i Martí, 2008, p. 30)

Estos procesos dialécticos de desterritorialización y reterritorialización se implican mutuamente y son, en igual medida, rasgos centrales de la globalización en el capitalismo tardío. De este modo, es necesario reconocer que “la desterritorialización no significa en modo alguno el final de la localidad, sino su transformación en un espacio cultural más complejo, caracterizado por diversas manifestaciones, tendencias o efectos culturales” (Hernández i Martí, 2008, p. 29).

Esta reflexión lleva a proponer una superación del debate que contrapone la homogeneización a la heterogeneización cultural como manifestaciones de la desterritorialización del patrimonio, a partir del reconocimiento de que ambas dinámicas se relacionan dialécticamente y se inscriben en contextos globales. En definitiva, “se trata de ver que, como sostiene Boaventura de Sousa Santos (2002), lo local y lo global no existen de forma pura y son, más bien, los extremos ideales de un continuo de globalismos/localizados y de localismos/globalizados, que atraviesan las fronteras del propio estado-nación”. (Médici, 2011, p. 237)

Las potencialidades del reconocimiento de la dimensión territorial del derecho humano a los patrimonios culturales radican justamente en las notas de multiescalaridad y multidimensionalidad a las que nos referimos cuando escogimos el concepto de territorio, y no el de paisaje, para

denominarla. Además de no perderse de vista que, como afirmamos *supra*, al hablarse del territorio, se contempla el rol fundamental del Estado, junto con otros actores, en la gestión del patrimonio²⁷⁴.

La complejidad que supone la noción de territorio, en tanto transformación del espacio para la supervivencia humana, hace de este un patrimonio cultural en sí mismo, de una riqueza imponderable a la hora de su gestión, ya que en el territorio se materializan las múltiples representaciones subjetivas de los actores que producen y reproducen ese territorio, aun de los sectores más olvidados y rezagados de la sociedad, de una manera mucho más participativa que en otros aspectos más clásicos del patrimonio cultural.

El patrimonio cultural puede aportar a una gestión territorial, basada en los principios de gobernanza²⁷⁵ y sostenibilidad, e inscrita en una nueva cultura territorial que rescate las estrategias racionales de conservación, transformación y modificación del territorio, heredadas de las generaciones pasadas y conservadas por las presentes, que permitan una intervención sustentable, es decir económica y ecológicamente viable, que sirvan a la postre para garantizar la diversidad en un mundo globalizado.

A la vez, una mirada territorial sobre el patrimonio debe poner el acento en que el patrimonio no es la suma de varios elementos individuales y aislados, sino que es obra del esfuerzo colectivo de quienes habitan un determinado territorio, y pertenece a la comunidad, que ha contribuido –con sus consensos y disputas– a su producción material día a día. Por lo tanto, su gestión deberá involucrar a todos los actores relacionados con lo patrimonial, y tener por objeto la incorporación de aquellos grupos históricamente segregados.

Una mirada territorial sobre el patrimonio requiere dejar de lado la lógica mercantilista que guía la gestión del patrimonio, basada en la industria del ocio y el turismo cultural, con su pretensión de neutralidad²⁷⁶, para pensar que el patrimonio cultural existe, en tanto exista el territorio en que se inserta.

²⁷⁴El recorte visual del espacio geográfico que propone la idea de “paisaje” puede efectuarse soslayando los límites jurisdiccionales de los Estados. Por ejemplo, el paisaje del agronegocio sojero se distingue por su homogeneidad, que atraviesa múltiples fronteras nacionales. Por eso, consideramos más adecuado el uso del término territorio.

²⁷⁵La gobernanza representa una nueva filosofía de la acción de gobierno por la cual la gobernabilidad se asegura a través de una mayor participación de la sociedad civil en una relación horizontal entre instituciones del gobierno y organizaciones como sindicatos, grupos vecinales, asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales, movimientos sociales, asociaciones profesionales, empresas privadas, etc. (Piñero, 2004).

²⁷⁶En este sentido, Hernández i Martí (2008, p. 36) sostiene que: “Institucionalmente se va imponiendo una concepción del patrimonio pretendidamente neutra y ‘positiva’, donde en nombre de la identidad, el bienestar y el turismo se acaba resaltando el patrimonio-mercancía, generándose una visión acrítica del pasado, funcional al orden imperante y contrapuesta a visiones del patrimonio que insisten en planteamientos críticos o impugnadores de las relaciones de dominación pasadas y presentes”.

El desafío de la gestión patrimonial estriba en territorializar las decisiones²⁷⁷—lo que nos vuelve a conectar con la participación política—, para encontrar nuevas funciones al patrimonio dentro del modelo de desarrollo que cada comunidad desea.

La segunda cuestión se vincula con la desconexión entre el patrimonio cultural y su territorio como consecuencia de la gestión patrimonial. Esta situación resulta especialmente problemática para los pueblos que sufrieron el colonialismo, pero que también se identifica al interior de los Estados y ha originado reclamos y llamamientos a la repatriación de patrimonio cultural²⁷⁸.

Si bien los informes de la Relatora Especial de Naciones Unidas en la órbita de los derechos culturales han soslayado la dimensión territorial del patrimonio, dedica un párrafo a la cuestión, en su Informe sobre el derecho de acceso al patrimonio cultural (2011), en el que expresa:

La desconexión que puede producirse entre el patrimonio cultural y las personas de que se trate también es una importante cuestión de derechos humanos. El reto consiste en encontrar la forma de asegurar que las propias personas, en particular las comunidades de origen, se vean capacitadas, y que las cuestiones relacionadas con el patrimonio cultural no estén limitadas a la preservación y salvaguardia. En particular, los programas de patrimonio cultural no deberían ejecutarse a expensas de las personas y las comunidades que, a veces, en aras de la preservación, son desplazadas o tienen un acceso limitado a su propio patrimonio cultural. (A/HRC/17/38 § 14)

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido también este razonamiento y ha señalado en su Sentencia, en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005)²⁷⁹, la importancia del territorio de los pueblos indígenas como parte de su cultura y cosmovisión, lugar donde realizan sus rituales y como parte de su religión. Del mismo modo, en el caso *Pueblo Saramaka*

²⁷⁷Sobre este aspecto se puede consultar el Informe Patrimonio Natural, Cultural y Paisajístico del Observatorio de la Sostenibilidad en España (OSE), Parte I. Cultura, Patrimonio y Sostenibilidad.

²⁷⁸Existen múltiples ejemplos de repatriación de patrimonio en el plano internacional, algunos como resultado de negociaciones bilaterales, como la repatriación a Perú de piezas arqueológicas de Machu Picchu, que estuvieron durante cien años en poder de la Universidad de Yale, otros, bajo los auspicios del Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales hacia sus Países de Origen que funciona en el ámbito de la UNESCO. En el plano normativo se puede mencionar el Artículo 12 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General en su 107ª sesión plenaria, el 13 de septiembre de 2007, establece: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos. 2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados”. En Argentina, la Ley 25517 del 2001 ordena la restitución de los restos de aborígenes que integren colecciones públicas o privadas, a las comunidades que los reclamen y la obligación de resguardar aquellos que no sean reclamados, lo que sienta un principio que puede ser extendido a otros supuestos y otras comunidades.

²⁷⁹Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No 125. § 135.

vs. Surinam (2007)²⁸⁰, expresó que “La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo”.

Estos antecedentes, cuyo desarrollo se vincula, en especial, con los pueblos originarios y su patrimonio, a quienes se ha reconocido también el derecho al consentimiento previo, libre e informado respecto de toda obra, investigación o intervención sobre su territorio y bienes culturales, deben hacerse extensivos a todas las comunidades involucradas²⁸¹.

En el próximo párrafo, analizaremos los principios básicos del derecho humano a los patrimonios culturales.

3. Principios básicos

Los principios básicos que informan el contenido, la interpretación y la aplicación de un derecho humano son reglas axiológicas que sirven de fundamento a sus enunciados particulares y constituyen una herramienta para que legisladores/as, integrantes del poder judicial y juristas desarrollen su estructura concreta y su modalidad de operación.

Consideramos que en el estado actual del desarrollo de los derechos culturales se identifican cuatro directrices que deben guiar la conceptualización del derecho a los patrimonios culturales: a) El principio de acceso y goce democráticos de los patrimonios culturales; b) El principio de gestión democrática de los patrimonios culturales; c) El principio de función social de la propiedad privada y d) El principio de cooperación²⁸².

²⁸⁰Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2007. Serie C. No 172. § 83.

²⁸¹Remitimos al análisis efectuado en el Capítulo III.

²⁸²El Convenio de 2005 contiene en su articulado una enunciación de principios aplicables a ese instrumento. Artículo 2 - Principios rectores: 1. Principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación. 2. Principio de soberanía. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de adoptar medidas y políticas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios. 3. Principio

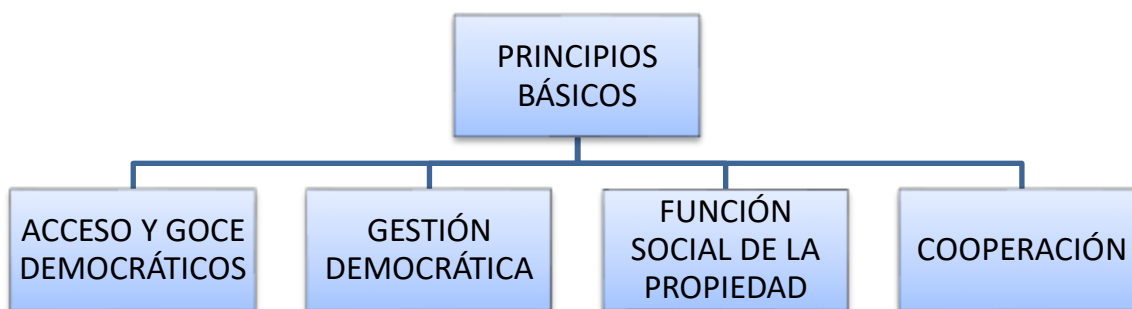


Figura 8: Elaboración propia.

a) Acceso y goce democráticos de los patrimonios culturales

El principio de acceso y goce democráticos del patrimonio nacional es, sin duda, el más desarrollado y, en ocasiones, el único reconocido en relación con el derecho a los patrimonios culturales, en su criterio más estricto. Este principio puede ser confuso desde la perspectiva de los derechos humanos, si se piensa al patrimonio cultural como un campo neutro y se soslayan los conflictos y disputas que aparece. Una interpretación restrictiva del acceso y goce democráticos del patrimonio puede llevar a considerar que este se satisface mediante la puesta a disposición no

de igual dignidad y respeto de todas las culturas. La protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos. 4. Principio de solidaridad y cooperación internacionales. La cooperación y la solidaridad internacionales deberán estar encaminadas a permitir a todos los países, en especial los países en desarrollo, crear y reforzar sus medios de expresión cultural, comprendidas sus industrias culturales, nacientes o establecidas, en el plano local, nacional e internacional. 5. Principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo. Habida cuenta de que la cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de este son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute. 6. Principio de desarrollo sostenible. La diversidad cultural es una gran riqueza para las personas y las sociedades. La protección, la promoción y el mantenimiento de la diversidad cultural son una condición esencial para un desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones actuales y futuras. 7. Principio de acceso equitativo. El acceso equitativo a una gama rica y diversificada de expresiones culturales procedentes de todas las partes del mundo y el acceso de las culturas a los medios de expresión y difusión son elementos importantes para valorizar la diversidad cultural y propiciar el entendimiento mutuo. 8. Principio de apertura y equilibrio. Cuando los Estados adopten medidas para respaldar la diversidad de las expresiones culturales, procurarán promover de manera adecuada una apertura a las demás culturas del mundo y velarán por que esas medidas se orienten a alcanzar los objetivos perseguidos por la presente Convención.

discriminatoria del patrimonio nacional declarado, pero que ha sido seleccionado y resulta administrado por otros.

La Observación General N°21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, relativa al ‘Derecho de toda persona a participar en la vida cultural’, previsto en el artículo 15, párrafo 1 a), del PIDESC, adopta una interpretación restrictiva de este principio, al reconocer como contenido de este derecho el de beneficiarse del patrimonio cultural (CDESC, Ob. Gral N°21 § 15, b), a la vez que insiste en que los Estados deben tomar medidas para garantizar el derecho al acceso y disfrute del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y las minorías (CDESC, Ob. Gral N°21 § 37). Asimismo, contempla como garantía de este derecho la obligación de los Estados de “eliminar las barreras u obstáculos que inhiben o limitan el acceso de la persona a su propia cultura o a otras culturas, sin discriminación y sin consideración de fronteras de ningún tipo” (CDESC, Ob. Gral N°21 § 55, e).

En ese mismo informe, Farida Shaeed destaca los procesos de selección significativa que involucra la noción de patrimonio, y el rol predominantemente estatal en esa selección. En consecuencia, señala que

(...) deben tomarse en consideración las diferencias de poder, por cuanto afectan la capacidad de los individuos y los grupos para contribuir efectivamente a la identificación, el desarrollo y la interpretación de lo que se ha de considerar una ‘cultura’ común o un patrimonio cultural compartido. (A/HRC/17/38, § 10)

Estos aspectos requieren de una significación contrahegemónica, que ponga en disputa los discursos sobre la identidad nacional homogénea que han caracterizado las políticas en materia de patrimonio cultural, para reconocer las desigualdades de acceso y disfrute del patrimonio. Mientras tanto, las políticas culturales actúan como reproductoras de las concepciones hegemónicas sobre el patrimonio.

El rol emancipador o contrahegemónico aparece cuando emergen movimientos y organizaciones sociales que, desde la asunción de una ciudadanía activa, reivindican al patrimonio cultural como un derecho humano orientado a mejorar su calidad de vida, a través de la protección de ciertos elementos valiosos sobre los que se edifican las identidades, la dignidad y la búsqueda de sentido histórico de cada comunidad.

b) Gestión democrática del patrimonio cultural

Para describir el contenido de este principio, partimos del concepto de gestión del patrimonio que propone Viladevall i Guasch (2003, p. 22), al que entiende como

aquella acción conjunta que involucra a todos los actores sociales relacionados con lo patrimonial y cuyos objetivos son promover y potenciar: la investigación, la difusión y conservación del patrimonio en toda su complejidad y riqueza para que a su vez ésta se revierta en una mejor vida del grupo social que lo detenta hoy y lo detentará mañana.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la gestión democrática del patrimonio cultural involucra la medida de participación de los individuos y grupos en la interpretación, conservación y defensa del patrimonio cultural.

Esa participación en los procesos de selección y también en las políticas de preservación del patrimonio puede ser problemática en términos de derechos humanos cuando estos son desarrollados por sectores hegemónicos que pretenden una asimilación de quienes pueden tener una posición divergente respecto de los bienes patrimoniales, a la posición de la sociedad mayoritaria.

Una gestión democrática del patrimonio cultural debe reconocer los intereses contrapuestos y las divergencias a que puede dar lugar la preservación de determinados bienes y prácticas culturales, y garantizar la intervención de los distintos actores involucrados en la toma de decisiones no solo respecto a la selección, sino también durante las etapas de interpretación y preservación.

La Convención de 2003 prevé en su artículo 15 la Participación de las comunidades, grupos e individuos, en un texto que dice:

En el marco de sus actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, cada Estado Parte tratará de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo.

El Convenio de 2005, por su parte, incorpora la participación en su artículo 11:

Artículo 11 - Participación de la sociedad civil. Las Partes reconocen el papel fundamental que desempeña la sociedad civil en la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Las Partes fomentarán la participación activa de la sociedad civil en sus esfuerzos por alcanzar los objetivos de la presente Convención.

En relación con ello, dividiremos la exposición en dos aspectos: el consentimiento previo, libre e informado y la participación democrática, que deben ser interpretados y aplicados de manera conjunta.

b.1) El consentimiento previo, libre e informado:

Tanto los informes de la Relatora especial en materia de derechos culturales, como las decisiones del Comité de Derechos Humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han acentuado un aspecto de la gestión democrática del patrimonio cultural que es el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades involucradas.

En el Capítulo III de esta tesis, hemos desarrollado el contexto de surgimiento del derecho de consulta y su recorrido hasta el de consentimiento previo, libre e informado.

Consideramos que este principio, cuya aplicación ha tenido como únicos sujetos a los pueblos indígenas, debe ser rescatado en un sentido mucho más amplio, y en relación con el derecho al(os) patrimonio(s) culturales, aplicarse a todas las comunidades involucradas. La proposición anterior requiere varias aclaraciones.

En primer lugar, es necesario considerar la Observación General N° 23 de 1994 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas²⁸³, en la que se analiza el artículo 27 del PIDCyP. Dicho artículo establece que:

[e]n los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Pese a que el PIDCyP es un instrumento normativo que protege, primordialmente, derechos individuales, el Comité destaca que:

Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para

²⁸³El Comité de Derechos Humanos es un órgano creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) integrado por 18 expertos en materia de derechos humanos que ejercen su función de modo independiente y que velan por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Pacto, recibiendo los informes periódicos de los Estados y las denuncias interestatales. El Protocolo I de dicho Pacto establece un mecanismo de peticiones individuales que ha dado lugar a un rico corpus de decisiones que establecen los alcances de los derechos allí consagrados.

proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo. (Observación General N°23 § 6.2)

En este sentido, el Comité de Derechos Civiles y Políticos sostuvo que la participación efectiva “(...) entraña más que la mera información o consulta; significa participación cabal y consentimiento previo e informado de la comunidad de que se trate” (Observación General N°23, § 7).

En segundo lugar, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales también sostuvo en su Observación General N° 21, relativa al artículo 15 apartado 1.a del PIDESC, que el derecho de ‘toda persona’ a participar de la vida cultural puede ser ejercido individualmente, en asociación con otras, o dentro de una comunidad o un grupo.

La articulación entre los derechos de las mayorías y de las minorías en relación con el derecho al patrimonio cultural reconoce, entonces, diversos grados de acceso y disfrute que han sido señalados por la Relatora Especial en materia de derechos culturales. En este sentido, a la hora de establecer cuáles son las comunidades que participarán de los mecanismos de consulta previa es necesario diferenciar entre:

a) los depositarios o ‘comunidades de origen’, las comunidades que se consideran custodias y propietarias de un patrimonio cultural específico, personas que mantienen vivo un patrimonio cultural y/o han asumido la responsabilidad por él; b) personas y comunidades, incluidas las comunidades locales, que consideran el patrimonio cultural en cuestión parte integrante de la vida de la comunidad, pero que no pueden estar activamente involucradas en su mantenimiento; c) científicos y artistas; y d) el público en general que accede al patrimonio cultural de otros. (A/HRC/17/38 § 62)

Al respecto, la experta ha considerado que, a la hora de establecerse los mecanismos de consulta y participación, debe garantizarse primordialmente la intervención de las comunidades de origen y locales.

b.2) La participación democrática

Ya señalamos más arriba la interdependencia entre el derecho a los patrimonios culturales en su dimensión colectiva y la participación democrática, en sus diversos grados de cooperación e interacción ciudadana.

La participación democrática en relación con el derecho a los patrimonios culturales constituye, a la vez, una garantía genérica para su consolidación y un derecho humano en sí mismo. En ese sentido, el principio de gestión democrática del patrimonio cultural no se limita al consentimiento previo, libre e informado sino requerirá de la innovación en las prácticas ciudadanas (Médici, 2011, p. 238).

En este sentido, la participación democrática involucra mucho más que la posibilidad de que diversos colectivos se encuentren representados en órganos de consulta, lo que suele constituir el mecanismo más frecuente en las legislaciones que regulan los mecanismos para incluir bienes y prácticas culturales en los listados del patrimonio municipal, provincial o nacional, sino también, el recurso a formas de democracia semidirecta (plebiscitos, referéndums e iniciativas legislativas populares)²⁸⁴; la realización de debates y audiencias públicas, la intervención en la definición de las políticas culturales y la participación con poder de decisión en los distintos canales institucionales, incluyendo los vinculados a aspectos presupuestarios.

La Experta en la órbita de los derechos culturales ha destacado la importancia de la participación de las comunidades involucradas en la gestión patrimonial, al expresar que:

Pueden surgir otras cuestiones de derechos humanos cuando elementos del patrimonio cultural de determinadas comunidades se almacenan o se exhiben en instituciones culturales, en particular en los museos, las bibliotecas y los archivos, sin la participación ni el consentimiento de esas comunidades, y/o de una forma que no respeta la significación ni la interpretación que dan a ese patrimonio (...) La Experta independiente hace hincapié a ese respecto en la necesidad de forjar relaciones más estrechas entre las instituciones culturales y las comunidades, incluidas los pueblos indígenas, para desarrollar buenas prácticas, aprovechando las iniciativas existentes. (A/HRC/17/38 § 16)

De esta manera, la participación democrática constituye un aspecto del principio rector al que hemos denominado ‘gestión democrática’ en relación con el derecho a los patrimonios culturales, en tanto la democracia representativa no logra, por sí sola, satisfacer las garantías políticas para el desarrollo de los bienes públicos relacionales que aseguran su satisfacción.

²⁸⁴Después de un intenso debate, la Convención Constituyente de 1994 incorporó a la Constitución Nacional institutos de democracia semidirecta, criterio que también siguieron las provincias argentinas que reformaron sus constituciones el mismo año. Estos institutos proponen articular el principio de representación política con la idea de participación ciudadana, y aún antes de la reforma eran considerados derechos constitucionales en sí mismos en base al artículo 33 de la Constitución Nacional (Cenicacelaya, 2008, p. 368). Así, el artículo 39 de la Constitución Nacional incorporó la iniciativa popular, el artículo 40 reguló la consulta popular, en su modalidad vinculante y no vinculante. Por su parte, las provincias han incorporado el referéndum constitucional, la iniciativa popular, la consulta popular y la revocatoria popular o *recall*. Algunas constituciones provinciales contemplaron también la democracia semidirecta para el ámbito municipal.

Si se combina este principio con la dimensión territorial del patrimonio cultural de la que dimos cuenta en párrafos anteriores, debe colegirse que la participación democrática debe fortalecerse, fundamentalmente, en el plano local. Al respecto, Médici (2011) plantea que

La participación ciudadana tiene como objeto la democratización del espacio público, y no se limita al ámbito de las instituciones políticas sino que se extiende asimismo al campo de la sociedad civil; se orienta a fortalecer las capacidades autoorganizativas de la sociedad y es un medio de socialización de la política y de generación de nuevos espacios y mecanismos de articulación entre estado y sociedad. (p. 238)

Desde esta mirada, serán las organizaciones de la sociedad civil y los movimientos sociales quienes, desde el ejercicio de la ciudadanía, pueden contribuir a cerrar la brecha entre la vigencia normativa y la vigencia sociológica del derecho humano a los patrimonios culturales.

c) Función social de la propiedad

La función social de la propiedad constituye, a nuestro juicio, el tercer principio orientador del derecho a los patrimonios culturales.

Esta directriz consiste en concebir la propiedad individual al servicio del interés común, lo que implica privilegiar el interés público a la hora de formular y aplicar las políticas públicas en torno al patrimonio cultural, a fin de evitar que el ejercicio irrestricto del derecho de propiedad impida el disfrute de los derechos humanos de otras personas.

La función social de la propiedad se encuentra prevista en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional en el derecho argentino, respecto del que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (2008), en el que:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma

del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional. (CIDH, Serie C Nº179 § 60)

Como se infiere de los párrafos anteriores, el Estado como titular del *imperium* para reglamentar razonablemente el ejercicio de los derechos individuales se encuentra investido de poder suficiente como para tutelar el disfrute colectivo de los bienes patrimoniales, con independencia de su titularidad, garantizando el derecho humano a los patrimonios culturales.

Así, con sustento en lo que la doctrina contemporánea denomina ‘constitucionalismo cultural y ambiental’ es posible establecer restricciones a los titulares de los bienes portadores de valores culturales, que permitan, por un lado, un uso inocuo por parte de la comunidad (investigación, visita pública, etc.) y, por otro, impongan al titular deberes de custodia, conservación e información a la autoridad pertinente, contra el otorgamiento de mecanismos de compensación o beneficios, como las exenciones impositivas, los créditos y las asistencias técnicas.

Lo antedicho no obsta a que, en casos particulares, la utilidad pública de un bien determinado interfiera en su uso individual por los titulares dominiales, quedando en tal caso abierta la vía de la expropiación.

Sin embargo, en la gran mayoría de los casos será posible la coordinación de los derechos individuales y los colectivos, permaneciendo los bienes en manos de sus dueños, aunque sometidos a las cargas de su custodia, conservación y posibilidad de acceso público. El patrimonio cultural queda así afectado a una administración transtemporal, que alcanza a generaciones presentes y futuras.

El impacto que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ha producido en nuestro derecho interno propone, entonces, un cambio en el eje de estudio y en el concepto mismo del derecho de propiedad. La cuestión no se centra ya en quien ejerce su titularidad. Como sostienen Orozco Pardo y Pérez Alonso (1996, p. 32), el interrogante que plantea el derecho ambiental y el constitucionalismo moderno es ‘cómo se ejerce’, vale decir, el paso de la preeminencia a la actividad en detrimento de la titularidad.

Desde esta postura, es posible sostener que una vez asumido el constitucionalismo social y teniendo en cuenta las normas incorporadas a la constitución a partir de 1994, la función social de la propiedad obligará a que su ejercicio contemple la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural (artículo 41)²⁸⁵.

²⁸⁵Bidart Campos (1997, p. 131) señala que los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 42) y los relacionados con el trabajo y la seguridad social (artículo 14 bis).

En este sentido, no podemos dejar de mencionar, por su trascendencia, la solución adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia en agosto de 2015 y a la que hemos referido más arriba.

d) Cooperación

Los instrumentos del Derecho Internacional de la Cultura contemplan específicamente la cooperación como obligación de los Estados parte²⁸⁶ y como estrategia para el logro de sus objetivos. En el caso de la Convención de 1972, este último aspecto surge explícitamente del artículo 7:

Artículo 7. Para los fines de la presente Convención, se entenderá por protección internacional del patrimonio mundial cultural y natural el establecimiento de un sistema de cooperación y asistencia internacional destinado a secundar a los Estados Parte en la Convención en los esfuerzos que desplieguen para conservar e identificar ese patrimonio.

El Convenio de 2005 también contempla la cooperación como un principio fundamental:

Artículo 12 - Promoción de la cooperación internacional: Las Partes procurarán fortalecer su cooperación bilateral, regional e internacional para crear condiciones que faciliten la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, teniendo especialmente en cuenta las situaciones contempladas en los Artículos 8 y 17, en particular con miras a:

- a) facilitar el diálogo entre las Partes sobre la política cultural;
- b) reforzar las capacidades estratégicas y de gestión del sector público en las instituciones culturales públicas, mediante los intercambios profesionales y culturales internacionales y el aprovechamiento compartido de las mejores prácticas;
- c) reforzar las asociaciones con la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado, y entre todas estas entidades, para fomentar y promover la diversidad de las expresiones culturales;
- d) promover el uso de nuevas tecnologías y alentar la colaboración para extender el intercambio de información y el entendimiento cultural, y fomentar la diversidad de las expresiones culturales;

²⁸⁶En este sentido, el artículo 6 de la Convención sobre Patrimonio Mundial Cultural y Natural dice: 1. Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar. 2. Los Estados Partes se obligan, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención, a prestar su concurso para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural de que trata el artículo 11, párrafos 2 y 4, si lo pide el Estado en cuyo territorio esté situado. 3. Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural de que tratan los artículos 1 y 2 situado en el territorio de otros Estados Partes en esta Convención.

e) fomentar la firma de acuerdos de coproducción y codistribución.

Además, establece que las políticas culturales deben integrarse a las de desarrollo sostenible²⁸⁷, y que la cooperación debe otorgar una especial atención a los países en vías de desarrollo²⁸⁸.

4. Obligaciones y amenazas

Tal como lo hemos venido haciendo con cada uno de los derechos bajo análisis, el punto de partida para la definición de las obligaciones estatales y las amenazas que obstaculizan el ejercicio

²⁸⁷ Artículo 13 - Integración de la cultura en el desarrollo sostenible. Las Partes se esforzarán por integrar la cultura en sus políticas de desarrollo a todos los niveles a fin de crear condiciones propicias para el desarrollo sostenible y, en este marco, fomentar los aspectos vinculados a la protección y promoción de diversidad de las expresiones culturales. Artículo 14 - Cooperación para el desarrollo. Las Partes se esforzarán por apoyar la cooperación para el desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza, especialmente por lo que respecta a las necesidades específicas de los países en desarrollo, a fin de propiciar el surgimiento de un sector cultural dinámico por los siguientes medios, entre otros: a) el fortalecimiento de las industrias culturales en los países en desarrollo: i) creando y reforzando las capacidades de los países en desarrollo en materia de producción y difusión culturales; ii) facilitando un amplio acceso de sus actividades, bienes y servicios culturales al mercado mundial y a las redes de distribución internacionales; iii) propiciando el surgimiento de mercados locales y regionales viables; iv) adoptando, cuando sea posible, medidas adecuadas en los países desarrollados para facilitar el acceso a su territorio de las actividades, los bienes y los servicios culturales procedentes de países en desarrollo; v) prestando apoyo al trabajo creativo y facilitando, en la medida de lo posible, la movilidad de los artistas del mundo en desarrollo; vi) alentando una colaboración adecuada entre países desarrollados y en desarrollo, en particular en los ámbitos de la música y el cine; b) la creación de capacidades mediante el intercambio de información, experiencias y competencias, así como mediante la formación de recursos humanos en los países en desarrollo, tanto en el sector público como en el privado, especialmente en materia de capacidades estratégicas y de gestión, de elaboración y aplicación de políticas, de promoción de la distribución de bienes y servicios culturales, de fomento de pequeñas y medianas empresas y microempresas, de utilización de tecnología y de desarrollo y transferencia de competencias; c) la transferencia de técnicas y conocimientos prácticos mediante la introducción de incentivos apropiados, especialmente en el campo de las industrias y empresas culturales; d) el apoyo financiero mediante: i) la creación de un Fondo Internacional para la Diversidad Cultural de conformidad con lo previsto en el Artículo 18; ii) el suministro de asistencia oficial al desarrollo, según proceda, comprendido el de ayuda técnica, a fin de estimular y apoyar la creatividad; iii) otras modalidades de asistencia financiera, tales como préstamos con tipos de interés bajos, subvenciones y otros mecanismos de financiación.

²⁸⁸ Artículo 16 - Trato preferente a los países en desarrollo. Los países desarrollados facilitarán los intercambios culturales con los países en desarrollo, otorgando por conducto de los marcos institucionales y jurídicos adecuados un trato preferente a los artistas y otros profesionales de la cultura de los países en desarrollo, así como a los bienes y servicios culturales procedentes de ellos. Artículo 17 - Cooperación internacional en situaciones de grave peligro para las expresiones culturales. Las Partes cooperarán para prestarse asistencia mutua, otorgando una especial atención a los países en desarrollo, en las situaciones contempladas en el Artículo 8.

pleno del derecho a los patrimonios culturales será el esquema de sistematización propuesto por Serrano y Vázquez (2014, p. 62).

En consecuencia, examinaremos en relación con el derecho los patrimonios culturales, las obligaciones generales de respeto, protección, garantía y promoción. El contenido básico de cada una de estas obligaciones surge también del *corpus iuris* internacional que hemos descrito. Como hemos señalado antes, las obligaciones estatales frente al derecho a los patrimonios culturales no se encuentran literalizadas en las principales normas de los sistemas de protección de los derechos humanos, sino que surgen más explícitamente de los instrumentos que integran lo que se denomina el Derecho Internacional de la Cultura, cuya trayectoria analizamos en el capítulo I. Lo que haremos a continuación es vincular cada una de esas obligaciones estatales relativas a la protección del patrimonio cultural, con las obligaciones generales de derechos humanos, para aportar a la definición del contenido del derecho humano a los patrimonios culturales.

Cabe aclarar que cuando hablamos de patrimonios culturales en clave de derechos lo hacemos desde una concepción amplia que involucra tanto al patrimonio cultural material como al inmaterial, en los términos en que lo hemos descrito en el capítulo I.

A su vez, cada obligación general se relaciona con principios de aplicación, elementos institucionales (enfoque 4A) y deberes de verdad-justicia, sanción y reparación.

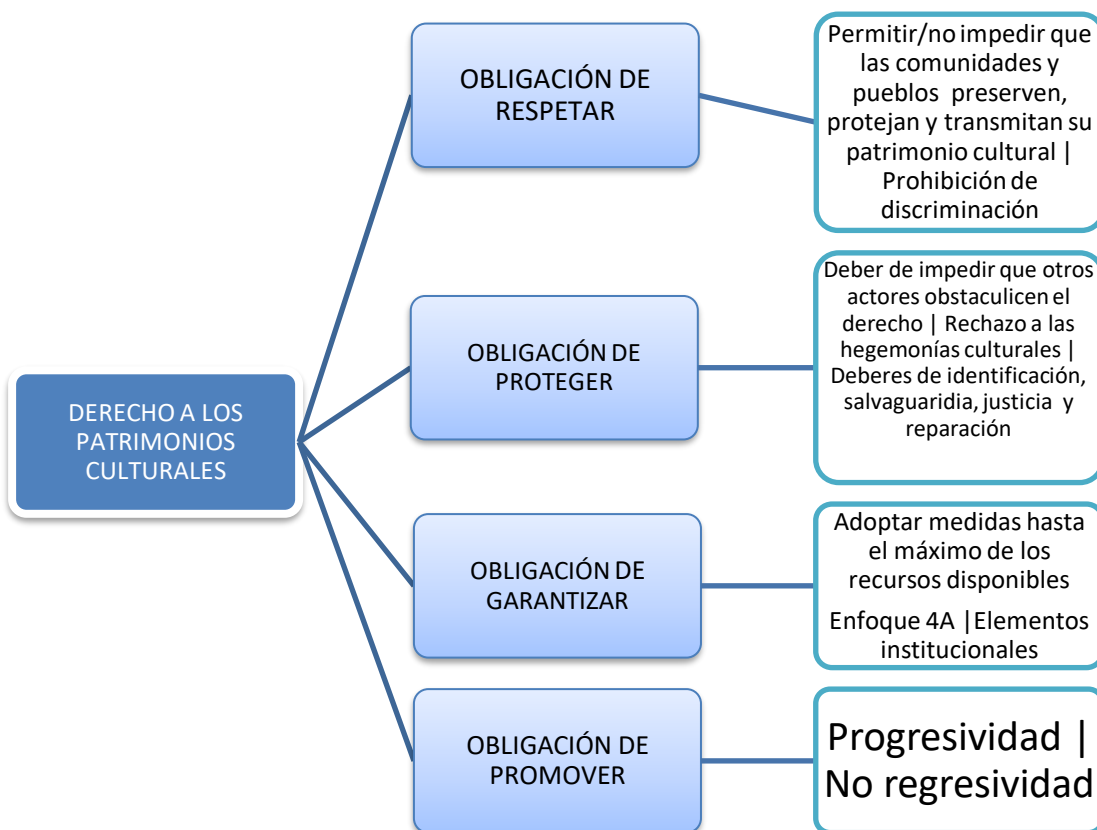


Figura 9: Elaboración propia.

a) Obligación de respetar

La obligación de respeto implica el deber del Estado de Permitir/no impedir que las comunidades y pueblos preserven, protejan y transmitan su patrimonio cultural. Esta obligación implica, además, el deber de no discriminar.

La DNUPI prevé específicamente este derecho y la corresponsiva obligación estatal en su artículo 11, primer párrafo, que establece:

Artículo 11 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

Además, en su artículo 12 protege especialmente a las prácticas culturales religiosas y lugares de culto.

La DAPI, contempla el derecho al patrimonio cultural en el artículo XIII párrafo 1, que dice:

Artículo XIII. Derecho a la identidad e integridad cultural 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras (...)

En el párrafo 3, el mismo artículo prevé las obligaciones de respeto y reconocimiento:

3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.

En lo relativo al derecho a los patrimonios culturales, la obligación de respeto adquiere matices especiales, ya que no basta con el reconocimiento en el plano normativo. Los procesos de atribución de valores que asignan a determinados bienes y prácticas culturales el carácter de patrimonios culturales implican mecanismos institucionales, procedimentales y decisiones políticas que no se satisfacen solo con la abstención estatal, como veremos más adelante.

Uno de los aspectos centrales es la adopción de una concepción amplia de los patrimonios culturales que no excluya los bienes y prácticas culturales de los sectores menos favorecidos de la sociedad.

En el caso del derecho a los patrimonios culturales es necesaria la incorporación de los bienes y prácticas culturales a los regímenes de protección creados al efecto.

b) Obligación de proteger

La obligación de proteger implica que el Estado debe diseñar y operacionalizar la maquinaria institucional necesaria para impedir interferencias de sus propios agentes y de otros particulares frente al ejercicio del derecho a los patrimonios culturales.

Frente al derecho a los patrimonios culturales, el Estado tiene deberes concretos de identificación y salvaguardia, para impedir la extinción de los bienes y prácticas culturales y, frente a su violación, deberes de justicia y reparación.

El Convenio de 2005 prevé medidas específicas de protección en su artículo 8, que establece:

Artículo 8 - Medidas para proteger las expresiones culturales

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 5 y 6, una Parte podrá determinar si hay situaciones especiales en que las expresiones culturales en su territorio corren riesgo de extinción, o son objeto de una grave amenaza o requieren algún tipo de medida urgente de salvaguardia.

2. Las Partes podrán adoptar cuantas medidas consideren necesarias para proteger y preservar las expresiones culturales en las situaciones a las que se hace referencia en el párrafo 1, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

3. Las Partes informarán al Comité Intergubernamental mencionado en el Artículo 23 de todas las medidas adoptadas para enfrentarse con la situación, y el Comité podrá formular las recomendaciones que convenga.

La DAPI contempla expresamente la obligación de reparar, en su artículo XIII, párrafo 2, en el que señala

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Los deberes de identificación y salvaguardia tienen un rol central de contrapeso frente a los mecanismos de disposición narrativa que favorecen la representación de grupos hegemónicos en el discurso patrimonial.

El papel del mercado y la propiedad privada, por un lado, y el rol del estado en la gestión del patrimonio cultural, por el otro, operan como un mecanismo de pinzas que bloquea la consolidación de un derecho humano a los patrimonios culturales, puesto que obstruye los espacios plurales, colectivos y relacionales de lucha por la dignidad humana que constituyen su soporte.

En efecto, si la lógica capitalista se centra en la protección absoluta del derecho a la propiedad privada, que no da lugar a otros criterios de valoración diferentes del económico, la lógica estatalista contribuye a alejar al patrimonio de las comunidades reduciéndolo a un mecanismo burocrático. Esta doble operación contribuye a una disposición hegemónica del discurso patrimonial.

La lucha contra las hegemonías culturales requiere de acciones positivas del Estado que favorezcan la participación de aquellos sectores excluidos como mujeres y diversidades sexo-genéricas, colectivos racializados, y otros sujetos subalternos.

Como imponente categoría discursiva, el patrimonio cultural tiene la potencialidad de destacar a determinados sujetos y sus bienes y prácticas culturales como protagonistas de las identidades y memoria nacional. Paralelamente, detenta la potestad de eclipsar a aquellos que no lo integran.

Desde esta perspectiva, la realización plena de los derechos culturales y, en particular, del derecho a los patrimonios culturales requiere de políticas públicas que:

- a) entiendan a la ‘identidad nacional’ como una construcción histórica, heterogénea y compleja, comprensiva de identidades diversas en permanente disputa;
- b) desalienten la declaratoria de bienes patrimoniales que refuercen discursos culturales hegemónicos, a partir del reconocimiento de la influencia del patrimonio en la reproducción de desigualdades sociales;
- c) reconozcan a los pueblos originarios y a las mujeres como sujetos productores de bienes culturales;
- d) favorezcan el empoderamiento de dichos sujetos históricamente segregados, lo que implica no sólo la adecuada protección de sus productos y prácticas culturales sino también su participación en los órganos y procedimientos de selección que permiten la incorporación de dichos bienes en la categoría ‘patrimonio cultural’
- e) incorporen en las legislaciones relativas a derechos culturales, normas que garanticen condiciones igualitarias de acceso y goce a tales derechos.

c) Obligación de garantizar

La obligación de garantía exige al Estado el establecimiento de una maquinaria institucional que no solo se orienta a mantener a las comunidades, grupos e individuos en el disfrute del derecho, sino también a perfeccionar las vías de acceso y repararlo en caso de violación.

En el caso del derecho humano a los patrimonios culturales, la restitución es prácticamente imposible. En consecuencia, los esfuerzos estatales deben orientarse a la prevención de la pérdida y destrucción de los bienes y prácticas culturales.

La Convención de 1972 fija las obligaciones estatales en su artículo 5. Aunque el ámbito de aplicación de esta convención refiere solo a aquellos bienes que integren la Lista de Patrimonio Mundial, la norma constituye una pauta que orienta las acciones estatales en orden a la satisfacción plena del derecho bajo análisis.

Artículo 5: Con objeto de garantizar una protección y una conservación eficaces y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas a cada país, cada uno de los Estados Partes en la presente Convención procurará dentro de lo posible:

- a) adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general;
- b) instituir en su territorio, si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumban;
- c) desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural;
- d) adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio; y
- e) facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación científica en este campo.

La Convención de 2003 también especifica obligaciones estatales

Artículo 11: Funciones de los Estados Partes: Incumbe a cada Estado Parte:

- a) adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio;
- b) entre las medidas de salvaguardia mencionadas en el párrafo 3 del Artículo 2, identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

Artículo 12: Inventarios: 1. Para asegurar la identificación con fines de salvaguardia, cada Estado Parte confeccionará con arreglo a su propia situación uno o varios inventarios del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio. Dichos inventarios se actualizarán regularmente. 2. Al presentar su informe periódico al Comité de conformidad con el Artículo 29 cada Estado Parte proporcionará información pertinente en relación con esos inventarios.

Artículo 13: Otras medidas de salvaguardia: Para asegurar la salvaguardia, el desarrollo y la valorización del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio, cada Estado Parte hará todo lo posible por:

- a) adoptar una política general encaminada a realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad y a integrar su salvaguardia en programas de planificación;
- b) designar o crear uno o varios organismos competentes para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio;
- c) fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías de investigación, para la salvaguardia eficaz del patrimonio cultural inmaterial, y en particular del patrimonio cultural

inmaterial que se encuentre en peligro;

d) adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para:

- i) favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial, así como la transmisión de este patrimonio en los foros y espacios destinados a su manifestación y expresión;
- ii) garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio;
- iii) crear instituciones de documentación sobre el patrimonio cultural inmaterial y facilitar el acceso a ellas.

En relación con el acceso y goce democráticos de los patrimonios culturales, la Experta de NU en la órbita de los Derechos Culturales propuso un contenido más amplio, al extender la aplicación al campo del patrimonio cultural, de la definición amplia de ‘derecho de acceso’ que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales desarrolló en relación con el derecho a la educación, conocida como esquema 4A, integrado por cuatro elementos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad (*availability, accessibility, acceptability, adaptability*).

De este modo, afirma que debe garantizarse

a) el acceso físico al patrimonio cultural, que puede verse complementado por el acceso a través de las tecnologías de la información; b) el acceso económico, lo cual significa que el acceso debe ser asequible para todos; c) el acceso a la información, que se refiere al derecho a recabar, recibir e impartir información sobre el patrimonio cultural, sin fronteras; y d) el acceso a los procedimientos de adopción de decisiones y supervisión, en particular los procedimientos y recursos administrativos y judiciales. El principio que lo abarca todo es la no discriminación, con especial atención a los grupos desfavorecidos. (A/HRC/17/38, § 60)

En este sentido, especifica que

El acceso al patrimonio cultural y su disfrute son conceptos interdependientes, en que uno va aparejado con el otro. Transmiten la capacidad, entre otras cosas, de conocer, comprender, entrar, visitar, hacer uso, mantener, intercambiar y desarrollar el patrimonio cultural, así como beneficiarse del patrimonio y de la creación de otros, sin impedimentos políticos, religiosos, económicos ni físicos. No se puede considerar a las personas y a las comunidades meros beneficiarios o usuarios del patrimonio cultural. El acceso y disfrute significan también contribuir a la determinación, interpretación y desarrollo del patrimonio cultural, así como al diseño y la aplicación de políticas y programas de preservación y salvaguardia. Un elemento clave de esos conceptos es la participación eficaz en los procesos de adopción de decisiones relacionados con el patrimonio cultural. (A/HRC/17/38, § 58)

La Relatora de Naciones Unidas en la órbita de los Derechos Culturales, Karima Bennoune, ha definido, en su informe de 2019²⁸⁹ sobre los espacios públicos, algunos criterios que nos interesan especialmente cuando contienen o expresan elementos que integran el patrimonio cultural. Utilizando el plural para subrayar su diversidad, afirmó que los espacios públicos son:

lugares de propiedad pública²⁹⁰ y accesibles para todas las personas sin discriminación, donde estas pueden participar en el proyecto de crear una sociedad basada en los derechos humanos, la igualdad y la dignidad, donde pueden encontrar formas de desarrollar la convivencia, construir lo que tienen en común y compartir su humanidad común, pero sin dejar de fomentar y expresar su propia identidad. Entre ellos figuran los sitios culturales, al igual que los espacios abiertos, naturales, virtuales, urbanos y rurales, las instalaciones públicas y las calles. Estos espacios son intrínsecamente diversos y los comparten muchas personas, tanto de manera colectiva como individual.

Desde esta perspectiva, los espacios públicos constituyen un lugar de encuentro en el que se posibilita la construcción y transmisión de sentidos de identidad y de pasado, así como la expresión y la creación artísticas.

El diseño, la implementación y la evaluación de políticas públicas integrales, basadas en derechos humanos en lo referido a la creación, la gestión y el disfrute de espacios públicos requiere de la superación de varias restricciones. En *Global Public Space Toolkit* –una guía elaborada por ONU Hábitat para convertir los principios mundiales en prácticas locales– se señalan, entre otras: la creciente mercantilización de la sociabilidad urbana, la inversión cada vez menor en espacios públicos y la inseguridad de esos espacios.

Además de la superación de las mentadas restricciones, es necesario reevaluar periódicamente el uso de los espacios culturales, para evitar que estos transmitan un mensaje contrario a los derechos humanos o sean excluyentes (Bennoune, 2019, § 34).

²⁸⁹Relatoría especial sobre los derechos culturales. Informe temático relativo a los espacios públicos, 2019. Disponible en <https://undocs.org/es/A/74/255>.

²⁹⁰En el mismo informe (párrafo 9), la Relatora expresa también su preocupación por los espacios de propiedad privada y de uso público, que a veces funcionan como espacios públicos. “Entre ellos se incluyen los centros comerciales utilizados por la gente como espacios de ocio y reunión, así como los espacios en torno a los pozos de aldea en las zonas rurales, ubicados en propiedad privada, pero con un derecho consuetudinario para acceso y uso público. (...) Esos espacios deben respetarse, pero también se rigen por las normas de derechos humanos, como la prohibición de la discriminación, en particular contra las mujeres.

La obligación de garantizar los patrimonios culturales en clave de derechos humanos requiere, entonces, generar espacios de participación política para que el acceso sea efectivo, especialmente, a los grupos más vulnerados.

d) Obligación de promover

Hemos subrayado antes que la obligación de promover involucra el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas de mediano y largo plazo, que se orientan a extender la base de realización de un derecho y a buscar, progresivamente, una transformación en las estructuras sociales del problema.

En el caso del derecho a los patrimonios culturales, uno de los aspectos fundamentales de la obligación de promoción es sentar las bases para que la transmisión de bienes y prácticas culturales a las generaciones futuras sea posible.

Así lo prevé la Convención de 1972 en su artículo 4, cuando prescribe

Artículo 4 Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico.

La Convención de 2003 también contempla obligaciones estatales en torno a la Educación, sensibilización y fortalecimiento de capacidades en su artículo 14:

Artículo 14: Educación, sensibilización y fortalecimiento de capacidades. Cada Estado Parte intentará por todos los medios oportunos:

a) asegurar el reconocimiento, el respeto y la valorización del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad, en particular mediante:

i) programas educativos, de sensibilización y de difusión de información dirigidos al público, y en especial a los jóvenes;

ii) programas educativos y de formación específicos en las comunidades y grupos interesados;

iii) actividades de fortalecimiento de capacidades en materia de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, y especialmente de gestión y de investigación científica; y

iv) medios no formales de transmisión del saber;

- b) mantener al público informado de las amenazas que pesan sobre ese patrimonio y de las actividades realizadas en cumplimiento de la presente Convención;
- c) promover la educación sobre la protección de espacios naturales y lugares importantes para la memoria colectiva, cuya existencia es indispensable para que el patrimonio cultural inmaterial pueda expresarse.

En el mismo sentido, se expresa el Convenio de 2005, en su artículo 10

Artículo 10 - Educación y sensibilización del público. Las Partes deberán:

- a) propiciar y promover el entendimiento de la importancia que revisten la protección y fomento de la diversidad de las expresiones culturales mediante, entre otros medios, programas de educación y mayor sensibilización del público;
- b) cooperar con otras Partes y organizaciones internacionales y regionales para alcanzar los objetivos del presente artículo;
- c) esforzarse por alentar la creatividad y fortalecer las capacidades de producción mediante el establecimiento de programas de educación, formación e intercambios en el ámbito de las industrias culturales. Estas medidas deberán aplicarse de manera que no tengan repercusiones negativas en las formas tradicionales de producción.

El Convenio de 2005 incluye también medidas para promover la diversidad de las expresiones culturales sobre la base del principio de no discriminación y con la participación de artistas, organizaciones y comunidades:

Artículo 7 - Medidas para promover las expresiones culturales.

1. Las Partes procurarán crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a:
 - a) crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos;
 - b) tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo.
2. Las Partes procurarán también que se reconozca la importante contribución de los artistas, de todas las personas que participan en el proceso creativo, de las comunidades culturales y de las organizaciones que los apoyan en su trabajo, así como el papel fundamental que desempeñan, que es alimentar la diversidad de las expresiones culturales.

La promoción del derecho humano a los patrimonios culturales es una obligación estatal que expresa el carácter progresivo de los derechos humanos, cuyo objetivo general procura producir una

transformación en la conciencia pública (Serrano y Vázquez, 2014). En ese sentido, el propósito de las acciones diseñadas en cumplimiento de la obligación de promover debe tender al empoderamiento de la ciudadanía desde y para los derechos. Ello supone reconocer la diversidad de actores, la pluralidad de demandas y la existencia de factores que obturan su desarrollo y que es necesario desarticular, a través de la generación de una nueva institucionalidad democrática y participativa.

5. Conclusiones preliminares

En relación con el derecho a los patrimonios culturales, y luego de un pormenorizado análisis de normas que surgen tanto del “derecho internacional de la cultura” como del “derecho internacional de los derechos humanos”, fue posible identificar las dimensiones y principios básicos para la concreción de este derecho.

Las dimensiones posibilitan a su vez interrelacionar el derecho a los patrimonios culturales con el derecho a la memoria y el subderecho a ejercer los derechos culturales en un territorio.

Las obligaciones generales fueron precisadas y también se identificaron como amenazas para la concreción de este derecho las hegemonías culturales, la desterritorialización y la persistencia de matrices discriminatorias en los discursos y prácticas patrimoniales.

CONCLUSIONES

1. Objetivos alcanzados e hipótesis confirmadas

Esta investigación tuvo como objetivo general indagar acerca de la interdependencia entre los derechos culturales y los restantes derechos humanos, sobre la base de la hipótesis principal que sostuvo la existencia de una dimensión cultural presente en todos los derechos humanos, que incide en el modo en que estos son garantizados y en el proceso de construcción de su universalidad. Profundizando ese sentido, la hipótesis secundaria afirmó que como consecuencia de los principios de invisibilidad e interdependencia, el desarrollo y la consolidación de los derechos culturales son una condición de posibilidad de la realización plena de todos los derechos humanos.

Es así que, de acuerdo a la nuestra propuesta metodológica, en una primera etapa se realizó la descripción y sistematización de fuentes primarias y; el análisis de sus contextos de nacimiento, producción y reproducción. A partir de esa tarea, fue posible la identificación de la existencia, el contenido y los alcances de los derechos culturales en el derecho internacional de los derechos humanos (con énfasis en el sistema universal e interamericano), tópico que constituyó el primer objetivo específico de la investigación.

Para ello se relevaron y sistematizaron 97 fuentes, entre las que se encuentran las correspondientes a la acción normativa de UNESCO (38), de ICOMOS (33) y de la OMPI (26) que se identifican y ordenan en las cronologías obrantes en el anexo.

También se relevaron 16 tratados internacionales sobre derechos humanos y 7 Declaraciones, 16 sentencias de la CoIDH, 23 informes temáticos y observaciones generales de diversos órganos internacionales.

Esta tarea de recopilación y sistematización, por su utilidad práctica, posibilita además la proyección de los hallazgos obtenidos a futuras investigaciones ante la ausencia de trabajos previos en ese sentido.

Los resultados obtenidos dan cuenta de un proceso lento pero firme de desarrollo de normas jurídicas destinadas a la protección de la cultura desde la segunda mitad del siglo veinte, que no produjo un recorrido en clave de derechos culturales. Como lo acreditamos en el Capítulo I de esta tesis, las políticas culturales nacieron de la mano de los Estados Nacionales con el objetivo de

consolidar su soberanía, expresada tanto en el control del territorio como en las relaciones internacionales (Bayardo, 2008, p. 18).

Las disparidades en los espacios y mecanismos de producción de normas relativas a la protección de bienes culturales, que en muchos casos nacieron como respuesta a situaciones coyunturales, produjeron un itinerario que dio lugar a instrumentos de diversa índole y jerarquía, que a su vez han originado formas diversas de agrupamiento y organización.

El denominado “Derecho Internacional de la Cultura”, impulsado por sectores gubernamentales y técnicos fundamentalmente europeos, consolidó una serie de normas, organizaciones y mecanismos de protección que constituyen hasta la actualidad el núcleo de la protección internacional de los bienes culturales, cuyo ejemplo paradigmático es la Lista de Patrimonio Mundial. Sin embargo, esos esfuerzos no se tradujeron en el reconocimiento de derechos de individuos y grupos en relación con el acceso a la vida cultural.

De la mano de la Convención para salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial (UNESCO, 2003), nació una tercera generación de políticas culturales que complejiza la definición del patrimonio cultural y dio origen a un proceso permanente de ensanchamiento de lo patrimonial que hoy en día, alcanza a todo tipo de manifestaciones culturales. El patrimonio cultural se concibe ahora como un bien social, dotado de un sentido y un valor social (Viladevall i Guasch, 2003).

Como lo describimos en el Capítulo I, este cambio de concepción abrió la puerta a la vinculación entre el Derecho Internacional de la Cultura y los Derechos Humanos.

A partir del proceso de consolidación de la protección internacional de los derechos humanos, desde la segunda mitad del siglo XX, se vivió un notable incremento del corpus normativo de derechos humanos, de mecanismos y órganos de protección, y de fuentes primarias (normativas) y secundarias entre las que se incluyen sentencias, observaciones generales, observaciones finales, informes y otros productos emanados de órganos creados para su protección. Sin embargo, como ya lo hemos señalado, los derechos culturales siguen siendo una categoría subestimada de derechos humanos.

La ampliación y complejidad de los derechos culturales es un fenómeno mucho más reciente, en el que se expresan derechos individuales y colectivos que se definen ahora en relación con la idea de pluralidad y diversidad de las culturas, como hemos señalado en la introducción.

Nuestro análisis realizado en el Capítulo II da cuenta de que a la fecha, los derechos culturales no han alcanzado un tratamiento orgánico y sistemático en el sistema universal de protección de los

derechos como así tampoco en los sistemas regionales. Identificamos como excepción el caso del Sistema Africano que se da en el marco de la Unión Africana (UA).

En el capítulo III, analizamos obstáculos que impidieron crear las herramientas y condiciones para que los derechos culturales resulten plenamente garantizados.

Al mismo tiempo, nuestra búsqueda y sistematización permitió visibilizar que en Latinoamérica, desde la década de 1990 a la fecha, diferentes normas constitucionales y subnacionales reconocieron derechos culturales, que a la vez han sido elementos clave de los discursos de los movimientos sociales en contextos de lucha por la diversidad cultural.

Es entonces que, la perspectiva de derechos humanos ha precipitado la urgencia de pensar las políticas culturales desde las necesidades de los pueblos y grupos, y no al revés, articulándolas en clave de derechos humanos y ligándolas con la idea de desarrollo sustentable, de manera tal que puedan confluir en un proyecto posible no solo para las generaciones presentes sino también para las futuras.

La trayectoria que describimos en este punto muestra de modo elocuente las dificultades que han existido en el sistema universal de protección de los derechos humanos para alcanzar definiciones concretas en torno a los derechos culturales.

Al interior del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los avances más importantes son recientes y se vinculan con la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento que ha logrado condensar los múltiples aspectos que involucra el tema de los derechos culturales, así como sus fuertes articulaciones con objetivos más amplios como el desarrollo y la paz. Más allá de este instrumento, la trayectoria normativa no concreta un reconocimiento consolidado, orgánico y sistemático de los derechos culturales.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló una rica y poco ortodoxa jurisprudencia en materia de derechos culturales que se orienta en dos sentidos: a) por un lado, hacia el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como derecho en sí mismo y como medio instrumental para la satisfacción de otros derechos expresamente reconocidos; b) por el otro, hacia el establecimiento de un vínculo entre los derechos culturales, las medidas de reparación simbólica frente a violaciones de derechos humanos y las garantías de no repetición.

Estos dos sentidos operan como puntos cardinales que orientan la resolución de las hipótesis planteadas en la investigación. Al mismo tiempo, estructuran los dos sentidos que conferimos a la

palabra ‘emergencia’ en el título: como categoría que surge dentro de la teoría y práctica de los derechos humanos y como realidad que requiere una urgente concreción.

Para alcanzar el segundo objetivo específico, esto es, la explicitación de las garantías sociales, políticas y jurídicas necesarias para la realización plena de los derechos culturales se debió profundizar el análisis de las fuentes, lo que comenzó a concretarse en el Capítulo III.

Se aplicó la técnica de comparación entre mecanismos de protección; y se indagaron fuentes secundarias como opiniones consultivas, observaciones y decisiones de órganos jurisdiccionales, cuasi-jurisdiccionales y consultivos del sistema universal y sistema americano de protección de los derechos humanos, producciones de organizaciones científicas y de la sociedad civil. Con esas herramientas, fue posible la identificación de factores que limitaron o impidieron un mayor grado de reconocimiento de los derechos culturales en los instrumentos internacionales del sistema.

Al tiempo que se avanzó en el segundo objetivo, buscando precisar las obligaciones estatales y explicitar las garantías para la plena eficacia de los derechos culturales, se pudieron trazar interrelaciones entre los derechos culturales y otros derechos humanos, lo que constituyó el tercer objetivo específico de esta tesis. Estas interrelaciones fueron explicitadas en la segunda parte de la tesis, al analizarse los derechos culturales seleccionados en particular, utilizando el método del desempaque crítico de derechos.

A la luz del derecho positivo vigente en el *corpus iuris* de derechos humanos y de los criterios interpretativos producidos por sus órganos de aplicación que sistematizamos y organizamos a lo largo del Capítulo IV, fue posible realizar un aporte a la definición del contenido del derecho a la autoidentificación cultural a partir del análisis de las obligaciones estatales generales.

Como resultado de la investigación se identificó una dimensión colectiva de este derecho, que se expresa en el espacio público y que subraya la interdependencia con la participación política y otros derechos colectivos. También distinguimos una dimensión individual, con aspectos públicos y privados, y con una faz positiva y otra negativa. Se precisaron los alcances de las obligaciones y se determinó que las políticas de asimilación constituyen la principal amenaza a su concreción. Se describieron además los principios de aplicación que guiarán el diseño de las políticas públicas en la materia: no discriminación, diversidad, participación, cooperación y asistencia.

En el Capítulo V, a partir del análisis de fuentes primarias y secundarias, fue posible conocer las dimensiones colectiva e individual (con su faz pública y privada) del derecho a la memoria. Se señalaron los subderechos relacionados que se desprenden del *corpus iuris* de derechos humanos, se

describieron las obligaciones generales, se identificaron las principales amenazas constituidas por el negacionismo y los discursos de odio.

En cuanto a los principios de aplicación se incorporan los de integración regional y no regresión, a otros comunes con el derecho a la identidad cultural.

Al mismo tiempo, fue posible registrar la interdependencia del derecho a la memoria con los derechos de verdad, acceso a la justicia y a la reparación, incluyendo las garantías de no repetición, lo que posibilita su proyección hacia contextos de aplicación diferentes del que originaron su surgimiento, como los casos de violencia estructural contra pueblos indígenas, mujeres y otros colectivos vulnerados.

En relación con el derecho a los patrimonios culturales analizado en el Capítulo VI, y luego de un pormenorizado análisis de normas que surgen tanto del “derecho internacional de la cultura” como del “derecho internacional de los derechos humanos”, fue posible identificar las dimensiones y principios básicos para la concreción de este derecho.

Las dimensiones posibilitan a su vez interrelacionar el derecho a los patrimonios culturales con el derecho a la memoria y el subderecho a ejercer los derechos culturales en un territorio.

Las obligaciones generales fueron precisadas y también se identificaron como amenazas para la concreción de este derecho las hegemonías culturales, la desterritorialización y la persistencia de matrices discriminatorias en los discursos y prácticas patrimoniales.

De este modo se pudo corroborar la hipótesis secundaria en que nos planteamos, que afirmaba que, como consecuencia de los principios de invisibilidad e interdependencia, el desarrollo y la consolidación de los derechos culturales son una condición de posibilidad de la realización plena de todos los derechos humanos. En este sentido Meyer-Bisch subraya:

La tesis de nuestro grupo es que, si los derechos humanos son la gramática política principal en la democracia, los derechos culturales tienen una función de enlace con el centro de su sistema entre derechos civiles y derechos sociales; tienen un lugar específico, ético y funcional porque protegen el acceso a los conocimientos, sin los cuales ningún derecho, ni libertad, ni responsabilidad es posible. Son las capacidades de las capacidades (2018, p.3).

Los derechos culturales son conductores de sentido. Constituyen sin duda el vínculo más fuerte entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales, al ubicar a la “instrucción” de las libertades en el centro de todos los derechos, como condición para su realización (2018, p. 7).

Porque en definitiva, los derechos culturales posibilitan reconocerse y reconocer a otros como sujetos políticos, y por ende, titulares de todos los derechos humanos.

3. ¿Cómo contribuyen los derechos culturales a la realización plena de los derechos humanos?

Este interrogante conduce a la demostración de la hipótesis secundaria de esta tesis, consistente en la enunciación de que, como consecuencia de los principios de invisibilidad e interdependencia, el desarrollo y la consolidación de los derechos culturales son una condición de posibilidad de la realización plena de todos los derechos humanos.

Realizamos a continuación una serie de proposiciones que pretenden aportar a su afirmación.

a. Los derechos culturales contribuyen a la realización plena de los derechos humanos porque amplían la concepción sobre su titularidad incluyendo una dimensión colectiva de esa subjetividad

Como hemos dicho antes, la existencia de derechos colectivos es un dato incontestable en el derecho internacional (López Calera, 2001, p. 20), que los contempla en principios y en textos legales y políticos. Este mismo orden jurídico reconoce también a los sujetos colectivos, que son sus titulares. Sin embargo, la matriz de derechos humanos se asienta fundamentalmente en la idea de sujeto individual.

Los derechos culturales introducen en el discurso de los derechos humanos la idea de derechos colectivos, como lo hacen también el derecho al ambiente y el derecho al desarrollo.

Como describimos a la luz del análisis de fuentes realizado, los derechos culturales son derechos humanos que recaen sobre bienes comunes indivisibles y que, por lo tanto, pueden ejercerse tanto individual como colectivamente. La dimensión individual se vincula al acceso y al disfrute de los bienes y prácticas culturales. La dimensión colectiva, implica la posibilidad de participar en la construcción y transmisión de los bienes públicos relacionales (recursos materiales y simbólicos) que son el contenido medular de estos derechos. Estos bienes, además de comunes e indivisibles, han sido contruidos de modo relacional.

Es justamente la posibilidad de participar de ese proceso de construcción de referencias simbólicas, de prácticas y de bienes culturales, como así también la de transmitirla de manera transgeneracional, la que permite introducir también como sujetos beneficiarios de los derechos culturales las generaciones futuras.

Los derechos culturales posibilitan comprender que desde los principios de indivisibilidad e interdependencia es necesario expandir la titularidad de derechos, lo que requiere de la generación de condiciones políticas, económicas y ambientales que posibiliten la existencia de la base comunitaria sobre la que se asientan los derechos humanos.

b. Los derechos culturales contribuyen a la realización plena de los derechos humanos proponiendo criterios de acceso a bienes que contestan la matriz individualista capitalista sobre la que se asienta su versión hegemónica

El papel del mercado y la propiedad privada, por un lado, y el rol del estado en la gestión cultural, por el otro, operan como un mecanismo de pinzas que bloquea la consolidación de los derechos culturales, puesto que obstruye los espacios plurales, colectivos y relacionales de lucha por la dignidad humana que constituyen su soporte.

En efecto, si la lógica capitalista se centra en la protección absoluta del derecho a la propiedad privada, que no da lugar a otros criterios de valoración diferentes del económico, la lógica estatalista contribuye a alejar a la cultura de las comunidades reduciéndola a un mecanismo burocrático. Esta doble operación de apropiación contribuye a una disposición hegemónica de la cultura.

Los derechos culturales contestan la matriz hegemónica de derechos al proponer criterios de acceso a bienes basados en valores históricos, identitarios, simbólicos, paisajísticos, ambientales y políticos. Los procesos de construcción, selección y transmisión significativa que dan forma a cada uno de los derechos culturales se desarrollan de manera inter-relacional y sobre un territorio vivido. Se trata del derecho a la experiencia de lo humano. “Sin dicha experiencia, la dignidad no es más que una palabra en vano. Sin dicha experiencia, las personas, anquilosadas por la vergüenza, no poseen libertad ni dinamismo” (Meyer-Bisch, 2013, p. 3).

Es por ello que los Estado deben garantizar los derechos a la propiedad colectiva, los derechos de soberanía y seguridad alimentaria y salud intercultural, para posibilitar el ciclo de producción,

transmisión y reproducción de la cultura. Estos últimos aspectos se relacionan con los derechos bioculturales, los derechos ambientales y, fundamentalmente, los derechos políticos en sus expresiones autonómicas, que suponen diversos grados de participación política.

c. Los derechos culturales contribuyen a la realización plena de los derechos humanos porque posibilitan la construcción de medidas de reparación simbólica que pueden operar como garantías de no repetición

En el capítulo V hicimos un profundo análisis de la relación entre los derechos culturales y las reparaciones simbólicas diseñadas por la CoIDH al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hemos desentrañado la preocupación por la producción de medidas de reparación que actúen en el plano simbólico y de la memoria, que constituyen verdadera doctrina jurisprudencial en la materia.

En los últimos años, este criterio se ha desarrollado en el sentido de ordenar medidas de satisfacción referidas a la conmemoración de las víctimas, incluyendo la denominación de distintos espacios públicos con el nombre de las víctimas o la erección de monumentos, a partir de la consideración de que estas contribuirán no solo a su desagravio, sino a despertar la conciencia pública y otorgar garantías de no repetición.

Los desarrollos más recientes en torno al derecho a la memoria involucran el diseño de iniciativas que garanticen la dimensión colectiva del derecho a la memoria mediante mecanismos de participación de víctimas, familiares y comunidades en la identificación y gestión de sitios de memoria.

Al mismo tiempo, se ha avanzado en el diseño de políticas que neutralicen las amenazas a este derecho, especialmente los discursos de odio y el negacionismo, y en la creación de dispositivos de promoción, que buscan ampliar el horizonte de subjetividades comprendidas dentro de sus titulares, para generar una transformación cultural que conmueva las bases más profundas de la violencia.

d. Los derechos culturales contribuyen a la realización plena de los derechos humanos porque denuncian a las desigualdades sociales y los mecanismos para su reproducción

De acuerdo con los criterios que hemos señalado a lo largo de la primera parte de esta tesis, entendemos que los derechos culturales están llamados a ocupar un rol significativo en las estrategias para abordar la desigualdad, en tanto las desigualdades constituyen una afrenta que socava todo el sistema de protección de los derechos humanos. Como señalamos en la Introducción, las plusvalías semióticas presentes en todo proceso social originan contiendas entre diversos actores que pugnan por significarlas. En esa disputa son interpeladas las desigualdades sociales, sus legitimaciones y sus posibilidades de transformación (Grimson, 2012, p. 41).

La idea de universalidad de los derechos humanos ha contribuido en gran medida a ocultar la desigualdad, a partir de afirmación de un principio jurídico de igualdad *a priori* de todo individuo frente al ordenamiento jurídico.

En este sentido, hemos sostenido junto a Meyer-Bisch que “el subdesarrollo de los derechos culturales es un déficit que concierne al conjunto de los derechos humanos” (2008, p. 1), en tanto es urgente avanzar en la construcción de una cultura de derechos que en lugar de reproducir la desigualdad reforzando estereotipos, prejuicios raciales o de género u otros imaginarios o representaciones discriminatorios, se alce en su contra.

Esto último supone el reconocimiento de las desigualdades sociales como culturalmente construidas y el llamado al desarrollo de políticas públicas orientadas a eliminar la violencia simbólica y a mejorar la calidad de vida y las condiciones reales de existencia de las minorías.

Consideramos urgente una “comprensión exigente de la universalidad” (Meyer-Bisch, 2008, p.1), que a la luz de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reconozca al pluralismo cultural, a la interculturalidad, a la diversidad, como un camino imprescindible para la construcción de una universalidad entendida como punto de llegada.

No es posible avanzar hacia la vigencia plena de los derechos culturales sin partir del reconocimiento de las profundas diferencias en el acceso a bienes y prácticas culturales, y sin advertir que las desigualdades sociales son culturalmente construidas, lo que nos conduce, inexorablemente, a la necesidad de ampliar o expandir el campo de los derechos culturales.

Para su consolidación, es preciso reconocer, identificar y proteger las dimensiones culturales de todos los derechos humanos.

4. Nuestra definición de derechos culturales

Hemos señalado antes que, desde nuestra fundamentación de derechos humanos, no es posible pensar ninguna categoría de derechos como una lista o catálogo cerrado, al mismo tiempo, hemos recorrido las dificultades en orden a la precisión del objeto y el campo que nos ocupa. A continuación intentaremos formular una definición que identifique los rasgos fundamentales de lo que hoy entendemos por derechos culturales. Arribar a una definición propia de derechos culturales, ante las dificultades que se derivan de los déficit de enunciación de estos derechos en el plano normativo constituyó el cuarto objetivo específico de esta tesis.

Los derechos culturales designan, en un sentido amplio, las dimensiones culturales de todos los derechos humanos, y específicamente aquéllos derechos que aseguran las capacidades de individuos y grupos de acceder, producir y transmitir los recursos simbólicos necesarios para expresar su creatividad, conocer, elegir, experimentar y construir sentidos de identidad y de pasado, una concepción del mundo, así como también los saberes que les posibiliten cuidar de sí y de otros, proyectar el futuro y ejercer todos los derechos humanos. Como consecuencia de ello, las obligaciones estatales en relación con los derechos culturales, requieren el respeto, la protección, la garantía y la promoción de las mencionadas capacidades y de los bienes públicos relacionales que son condición de su ejercicio, y adicionalmente la adopción de acciones positivas en favor de las personas y grupos más desprotegidos y vulnerables.

Analizaremos a continuación los principales elementos de la definición presentada.

Dimensiones culturales: Como señalamos en la Introducción, si Gramsci destacó las dimensiones culturales de la dominación, visibilizando los consensos que favorecen su constitución, los EC destacaron la imbricación de la cultura con todas las prácticas sociales considerándola la suma de todas las interrelaciones (Hall, 2010 b, p. 32). Así, a partir del reconocimiento de la “interacción de todas las prácticas entre sí y dentro de las demás” (Hall, 2010 b, p. 33) se evita el problema de la determinación, destacando que la separación de la cultura de otras esferas de la actividad humana es un producto moderno (Raymond Williams, 1980), y que, en definitiva, la importancia de la cultura radica en que “no existe ningún proceso social que carezca de significación (Grimson, 2012, p. 41)”. Por ello, el derecho no es ajeno a la cultura, y todos los derechos tienen dimensiones culturales.

Capacidades: Utilizamos aquí el enfoque de capacidades, cuyo origen en la obra del economista hindú Amartya Sen (1998), presentado en 1979, en la que refuta la teoría de la igualdad

del utilitarismo y de los bienes primarios de Rawls (1971). Las capacidades materializan la idea de libertad, a través de oportunidades concretas en la vida de cada persona. Será Marta Nussbaum (2005) quien aportará al enfoque un listado de diez capacidades básicas para una vida digna, que debieran ser aseguradas por un orden político aceptable. Varias de ellas se vinculan a nuestra proposición de derechos culturales: la número 4) Sentidos, imaginación y pensamiento: que involucra “la experimentación y producción de trabajos y eventos de escogencia propia, tanto religiosos, literarios, musicales, etc. de forma protegida por libertad de expresión” (Nussbaum, 2005, p. 32); 5) Emociones: estar capacitado para tener vínculos afectivos por cosas y personas fuera de nosotros mismos, amar, sufrir, desarrollarse emocionalmente; 6) Razón práctica: “involucrarse en una reflexión crítica sobre la planeación de la propia vida” (Nussbaum, 2005, p. 32); 8) Otras especies: estar capacitado para respetar el mundo natural 9) Recreación: “estar capacitado para jugar, reír, y disfrutar actividades recreativas” (Nussbaum, 2005, p. 33). 10) Control sobre el propio entorno: Político, como capacidad de participación de decisión en ese plano y material, como poder de ejercer la propiedad y el trabajo.

Retomando a Meyer Bisch, diremos que:

Todos los derechos fundamentales de la persona designan capacidades, pero más en concreto en el marco del conjunto de los derechos humanos los derechos culturales, en tanto que portadores de saberes, son capacidades de capacidades: los saberes y reconocimientos necesarios para ejercer el conjunto de sus derechos, libertades y responsabilidades. (2013, p. 6)

Recursos simbólicos: Se trata de aquéllos elementos que nos posibilitan la operación de dar sentido y contexto a la realidad. En el plano de los derechos culturales, esos recursos simbólicos se traducen en referencias culturales “[que] constituyen la fuente de toda identificación, personal y común” (Meyer-Bisch, 2008, p. 3).

Creatividad: La creatividad es un concepto que vinculado a la cultura, se liga históricamente a la agenda de los patrimonios culturales²⁹¹. En 1996, el Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo “Nuestra Diversidad Creativa”²⁹² se refiere a ella como el impulso transformador de la realidad que, en el marco de una sociedad plural y democrática debe constituirse en una herramienta para el desarrollo humano integral. Recientemente, ha sido el principal tópico del informe de

²⁹¹ Ver Declaración emanada de la Conferencia de UNESCO, Nairobi, 1976.

²⁹² Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (1996). Informe: Nuestra diversidad creativa. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000104333_spa

UNESCO de 2022 “Re|pensar las políticas para la creatividad: plantear la cultura como un bien público global”²⁹³.

Sentidos de identidad: Como señalamos antes, la construcción de sentidos de identidad, individualmente y con otros, requiere que el proceso de socialización y la constitución subjetiva en el marco de una cultura sean posibles, porque esta cultura subsiste, existe y se transmite. Implica también la posibilidad de exteriorizar prácticas culturales en el espacio público (rituales, festividades, ceremonias, manifestaciones artísticas, etc.), de utilizar una o varias lenguas, vestimentas, en definitiva, de vivir y reproducir una concepción del mundo en común con otros/as.

Sentidos de pasado: Nos referimos a la memoria colectiva, como operación de dar sentido al pasado²⁹⁴.

Saberes: Siguiendo a Meyer-Bisch:

Concretamente, los derechos culturales, en el marco del conjunto indivisible e interdependiente de los derechos humanos, protegen todos los saberes necesarios para expresarse, informarse e informar, habitar equilibradamente su entorno, tener cuidado de uno mismo y de los demás, alimentarse y alimentar a los demás y elegir la mejor educación o el mejor sistema político (2013, p.6).

Se trata de un derecho a la experiencia de los saberes, de la belleza y de la reciprocidad, que no constituyen un “plus” para la persona una vez satisfechas sus necesidades básicas, sino un principio fundamental de desarrollo (2013, p.3).

Concepción del mundo: Nos referimos a una Cosmovisión. De acuerdo a Restrepo, se trata de una:

visión de sí mismo, del mundo y el universo, de la ubicación del ser humano en ellos y de su accionar conjunto. La cosmovisión explora las profundidades del sistema integrado del universo, la comprensión de las urdimbres mayores que nos hacen cosmos, mundo, seres humanos, partícipes de un acto creativo, incluso la posibilidad de nombrar y entender, hasta donde nos es posible, a la divinidad misma. El conocimiento que genera la cosmovisión, traducido generalmente en un sistema de mitos y ritos, no depende de una aproximación racional al mundo; es un tipo de conocimiento emocional e intuitivo, cuyo sentido es esencialmente simbólico, que se tornará en cierta medida racional en cuanto comienza a formar un pensamiento, dada la necesidad de cada comunidad humana de interactuar en el mundo concreto.

²⁹³ UNESCO (2022). Informe: Re|pensar las políticas para la creatividad: plantear la cultura como un bien público global. Disponible en: <https://es.unesco.org/creativity/publications/2022-informe-mundial-repensar-las-politicas-para-creatividad>

²⁹⁴ Hemos analizado los debates teóricos en torno a esta cuestión en el capítulo V.

Cuidado: Las tareas de cuidado son aquéllas necesarias para la producción y reproducción de la vida. Nussbaum introdujo esta cuestión como una de las necesidades básicas, identificada con el número 7) Afiliación: “estar capacitado para vivir con y ante otros, para reconocer y mostrar preocupación por otros seres humanos; para involucrarse en formas de interacción social; estar capacitado para imaginar la situación de otro (...) Contar con las bases para la autoestima y contra la humillación” (Nussbaum, 2005, p. 33).

La OIT ha señalado que el trabajo de cuidados consiste en dos tipos de actividades superpuestas: las *actividades de cuidado directo*, personal y relacional, como dar de comer a un bebé o cuidar de un cónyuge enfermo, y las *actividades de cuidado indirecto*, como cocinar y limpiar. Ha alertado sobre la necesidad de adopción de medidas urgentes para su regulación en atención al crecimiento de la población, al envejecimiento poblacional, a los cambios en las dinámicas familiares y sociales y al agravamiento de las situaciones de desigualdad de género que la crisis mundial del cuidado produce²⁹⁵. En el mismo sentido ONU Mujeres ha llamado la atención sobre la necesidad de “impulsar una agenda que empodere a la ciudadanía en el ejercicio del derecho al cuidado y asigne responsabilidades a los sujetos e instituciones obligadas a prestarlo” (2018, p. 6)²⁹⁶. Aunque estas últimas referencias se vinculan específicamente a medidas de acción positiva para luchar contra la desigualdad de género, es posible colocarlas en un horizonte más amplio involucrando la ética del cuidado del ambiente. El ecofeminismo, como movimiento social y corriente de pensamiento ha denunciado la relación entre la crisis socioecológica y la crisis de los cuidados.

Proyectar el futuro: refiere al alcance transgeneracional de los derechos culturales²⁹⁷.

Condición de posibilidad: Como señala Meyer-Bisch, los derechos culturales contemplan “El derecho y las capacidades para elegir, personalmente y en común, no sólo son condiciones éticas en cada uno de los ámbitos, sino también de inteligencia en situación y, por lo tanto, de eficacia” (2013, p. 6).

Es por ello que junto al autor citado entendemos que los derechos culturales son condición de posibilidad de todos los derechos humanos, por cuanto aseguran a las personas los conocimientos que

²⁹⁵ OIT (2019). *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*. Ginebra: OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_737394.pdf

²⁹⁶ ONU Mujeres (2018) Reconocer, Redistribuir y Reducir el Trabajo de Cuidados. Prácticas Inspiradoras en América Latina y el Caribe. Disponible en: <https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documentos/Publicaciones/2018/11/Estudio%20cuidados/2a%20UNW%20Estudio%20Cuidados-compressed.pdf>

²⁹⁷ En este sentido, véase la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, aprobada por la Conferencia General de UNESCO en 1997.

les permitirán apropiarse de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y ambientales. En definitiva los derechos culturales involucran la aptitud de hacer propia la dinámica democrática en sus diversos grados de participación ciudadana.

5. Proyección a futuras investigaciones

Nuestros próximos desafíos se vinculan por un lado, a abordar los derechos culturales que quedaron fuera del recorte de esta tesis y que se relacionan a los derechos autorales y el derecho a la comunicación. Por otro lado, pretendemos retomar una línea de indagación que habíamos explorado en el año 2012, el derecho al acceso al conocimiento científico y sus aplicaciones, abordando entre otros aspectos las políticas de acceso abierto al conocimiento, los problemas de la privatización del conocimiento, las transferencias de conocimiento para bienestar de los pueblos, la participación de individuos y comunidades.

Nuestras investigaciones sobre derechos culturales en el marco del Grupo de Trabajo en Investigación “Derechos Humanos, Políticas Públicas y Sistemas Internacionales de Protección” y nuestra labor extensionista, y de activismo civil tuvieron impacto concreto en acciones normativas y de gestión cultural en la Provincia de La Pampa²⁹⁸.

Esta tesis, que es el resultado de más de 20 años de investigaciones en el campo de los derechos culturales, no es un punto final. Es un andamio para que, junto a los distintos grupos de trabajo de investigación que integramos, se continúen indagando y analizando problemas de derechos humanos vinculados a la realidad en la que ejercemos nuestra tarea docente, investigativa y de gestión y nuestra práctica comunitaria en el territorio que habitamos.

²⁹⁸ Nos referimos concretamente a la elaboración del proyecto de lo que luego fue la Ley 2.083 sobre Patrimonio Cultural de la Provincia de La Pampa, su Decreto Reglamentario 1934/04, y la Ley 3.104 sobre Patrimonio Arqueológico y Paleontológico. También a nuestra labor integrando la Comisión Provincial de Patrimonio Cultural, órgano de aplicación de la Ley 2.083 desde 2005 a la fecha, y a los informes producidos en el marco de la Comisión de Derechos Culturales del Observatorio de Derechos Humanos de la FCEyJ-UNLPam.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2003). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En: Víctor Abramovich et al., *Derechos sociales. Instrucciones de uso* (pp.5-23). México: Distribuciones Fontamara.
- Álvarez Mora, A. (2001). Reforma urbanística o Recreación Monumental: Un dilema abierto para el Centro Histórico de Puebla. En: Mireia Viladevall i Guasch (Coordinadora), *Ciudad, Patrimonio y Gestión* (pp. 51-68). Puebla: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla Dirección General de Fomento Editorial. Gobierno del Estado de Puebla, Secretaría de Cultura.
- Arroyo Yañez, L. M. (2006). Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, ISSN-e 1699-7026, N°. 2, 2006 (Ejemplar dedicado a: Los derechos sociales), págs. 262-283
- Azar, María José. 2014. Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión. *Revista Derecho Privado*, I (2), 241-280.
- Ballart, J. (1997). *El patrimonio histórico y arqueológico: valor y uso*. Barcelona: Ariel.
- Ballart Hernández J. y Juan i Tresserras, J. (2001). *Gestión del patrimonio cultural*. Barcelona: Ariel.
- Bayardo García, R. (2008). Políticas culturales: derroteros y perspectivas contemporáneas *RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 7, núm. 1 , 2008, pp. 17-29
- Borón, Atilio A. (1999) 'Pensamiento único' y resignación política: los límites de una falsa coartada. En: Atilio A. Borón, Julio Gambina y Naum Minsburg (Comp.) *Tiempos violentos; Neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO - EUDEBA, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (pp. 219-246) Recuperado desde: <http://168.96.200.17/ar/libros/tiempos/boron.rtf> Accedido en 15 sept. 2011.

- Berberián, E. (1992). *La protección jurídica del patrimonio arqueológico en la república argentina*. Córdoba: Comechingonia.
- Berberián, E. (2009). *La protección del patrimonio cultural argentino: arqueológico y paleontológico. Ley Nacional N° 25.743: comentarios al texto*. Córdoba: Brujas.
- Bidart Campos, G. (1997). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: EDIAR.
- Bouchenaki, M (2004). Editorial. *Museum Internacional, Patrimonio Inmaterial*, 221,222, mayo 2004, (pp.7-12). París: UNESCO. Recuperado de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001358/135852s.pdf> Accedido en 15 ago. 2014.
- Bourdieu, P. (2000). *Poder, derecho y clases sociales*. Madrid: Ed. Desclée de Brower.
- Bozzano, H. (2009). *Territorios posibles. Procesos, lugares, actores*. Buenos Aires: Lumiere.
- Briones, C., (2005). Formaciones de alteridad: contextos globales, procesos nacionales y provinciales. En Claudia Briones (comp.). *Cartografías Argentinas. Políticas indigenistas y formaciones provinciales de alteridad* (pp. 9-36). Buenos Aires: Antropofagia.
- Cançado Trindade, Augusto A. 1994. Derechos de solidaridad. En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo I ,63-73. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Chapman, M. (2022). Derechos culturales en la legislación latinoamericana. Análisis comparativo. Ponencia en XI Encontro Internacional de Direitos Culturais, “*O agir democrático no âmbito dos direitos culturais*”, Fortaleza: GEPDC-UNIFOR
- Choay, F. (1996). *La Allegorie du patrimoine*. Paris: Seuil.
- Clavero, B. (2007). ¿Cómo es que no hay un derecho humano a tu propia cultura? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 41 (2007), 203-216.
- Colombato, Lucía (2012). Derechos culturales. Debilidades discursivas en la formulación de sus contenidos. Cuestiones transversales. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas* vol. 2, núm 1, pp. 81-100.

- Colombato, Lucía (2016). *El derecho humano a los patrimonios culturales. Avances, frenos y retos de su consolidación desde La Pampa*, Santa Rosa: EDUNLPam.
- Colombato, Lucía (2018). ¿Son los pueblos indígenas sujetos de derecho internacional público?. En Bertolé, C., Colombato, L., y Lell, H. (Comp.) *Actas del II Congreso Nacional de Derecho*. Santa Rosa: EdUNLPam.
- Colombato, Lucía C. (2015). *Avances, frenos y retos de la consolidación del derecho humano al(os) patrimonio(s) cultural(es) desde La Pampa (1994-2013)*. Tesis de maestría. Universidad Nacional de La Pampa. Facultad de Ciencias Humanas. Argentina. http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tespo/h_colava703.pdf
- Colombato, Lucía. 2014. Avances, frenos y retos en la consolidación del patrimonio cultural como derecho humano. *Actas de XVII Congreso del IRI / I Congreso del CoFEI / II Congreso de la FLAEI* (La Plata, 2014). Recuperado desde: <http://congresos.unlp.edu.ar/index.php/CRRII/CRRIVII/paper/view/1640> Accedido en 8 jun. 2015.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Derecho a la verdad en las Américas*. Organización de Estados Americanos.
- Cosci, L. D. (2001) Caminos de rememoración. La memoria y la construcción del conocimiento histórico en la hermenéutica de Paul Ricoeur, *Revista Cifra*, 6, 29-40.
- Cunha Filho, H. (2022). *Teoría de los derechos culturales. Fundamentos y finalidades*. Sao Paulo: Edições Sesc
- Da Silva, J.A. (1993) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Sao Paulo: Malheiros, p. 280
- Di Filippo, M. I. (2001). La protección del patrimonio cultural y el ejercicio del derecho de propiedad, *Revista La Ley*, 2001-C, s.p.
- Dulitzky, A. (2017), La memoria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Parra Vera, O. y otros (Ed.), *La lucha por los Derechos Humanos Hoy*. Valencia: Tirant lo Blanch

- Dussel, E. (2001). *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Dussel, E. (2010). Derechos vigentes, nuevos derecho y derechos humanos. *Revista Crítica Jurídica*, 29 (ene-jun 2010), 229-235.
- Endere, M. L. (2000). *Arqueología y Legislación en Argentina: Cómo proteger el patrimonio arqueológico*. Olavarría: Incuapa (Investigaciones arqueológicas y paleontológicas del cuaternario pampeano). Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.
- Endere, M., & Mariano, M. (2013). Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina. *Quinto Sol*, 17(2).
- Fraser, N. (1997). ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época post-socialista. *Iustitia Interrupta*, pp. 17-54. Bogotá: Siglo del Hombre. Universidad de los Andes
- Galeotti, A. E. Multiculturalismo. Filosofía política e conflitto identitario. Nápoles, Liguori, 1999, pp. 10-12
- Galí Boadella, M. (2001). La gestión y conservación del patrimonio urbano desde la perspectiva de la historia del arte. En M. Viladevall i Guasch (Coord.), *Ciudad, Patrimonio y Gestión* (pp. 33-49). Puebla: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Dirección General de Fomento Editorial. Gobierno del Estado de Puebla, Secretaría de Cultura.
- Gallardo, H. (2008). *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de los derechos humanos*. México D.F.; Comisión Estatal de Derechos Humanos; Universidad Autónoma de San Luís Potosí.
- García Canclini, N. (1999). Los usos sociales del Patrimonio Cultural. En: Encarnación Aguilar Criado (ed). Cuadernos Patrimonio Etnológico. Nuevas perspectivas de estudio (pp. 16-33). Andalucía: Consejería de Cultura. Junta de Andalucía.
- Gargallo, F. (2006). ¿Hacia un feminismo no occidental?. En Francisca Gargallo: *Ideas Feministas Latinoamericanas*, pp. 197-219. Fundación Editorial el Perro y la Rana
- Gil Domínguez, A. (2005). *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*. Buenos Aires: Ediar.
- Gordillo, A.; Flax, G. et al (2007). *Derechos Humanos*. Buenos Aires: FDA.

- Grimson, A. (2006). Nuevas xenofobias, nuevas políticas étnicas en Argentina. En: Alejandro Grimson y Elisabeth Jelin, (comps.) *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencias, desigualdades y derechos* (pp. 66-97). Buenos Aires: Prometeo.
- Grimson, A. (2012). *Los límites de la cultura*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Grimson, A. (2013). Introducción. En: Alejandro Grimson y Karina Bidaseca (coord.). *Hegemonía Cultural y políticas de la diferencia* (pp. 9-22). Buenos Aires: CLACSO.
- Grossberg, L. (2003). Identidad y estudios culturales: ¿no hay nada más que eso?. En: Stuart Hall y Paul du Gay (comps.), *Cuestiones de identidad cultural* (pp. 148-180). Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Grossberg, L. (2012). El corazón de los estudios culturales. En: *Estudios culturales en tiempo futuro: Cómo es el trabajo intelectual que requiere el mundo de hoy* (pp. 21-75). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Gutman, A. (2016). Efectos del testimonio en el sujeto y en lo social. En página web Territorios Clínicos de la Memoria. Recuperado desde: <https://tecmered.com/efectos-en-el-testimonio-en-el-sujeto-y-en-lo-social-alma-gutman/> En 8/2/2021
- Halbwachs, M. (2004). *Los marcos sociales de la memoria*. Caracas: Anthropos Editorial, Universidad Central de Venezuela.
- Hall S. (2010 c). La cuestión de la identidad cultural. En: Eduardo Restrepo, Catherine Walsh y Víctor Vich (eds.). *Stuart Hall, Sin garantías: Trayectorias y problemáticas en estudios culturales* (pp. 363-404). Instituto de estudios sociales y culturales Pensar, Universidad Javeriana; Instituto de Estudios Peruanos; Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; Envión Editores.
- Hall, S. (2003). Introducción ¿quién necesita “identidad”? En: Stuart Hall y Paul du Gay (comps.), *Cuestiones de identidad cultural* (pp.13-39). Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Hall, S. (2005). Whos heritage? Un-settling ‘The heritage’, re-imagining the post-nation En: Jo Littler y Roshi Naidoo (eds). *The politics of heritage: The legacies of ‘race.’* (pp. 21-31). Londres
Mg. Lucía C. Colombato

y Nueva York: Routledge. Traducido por Daniel Ramírez. Noviembre de 2009. Recuperado desde: www.ram-wan.net/restrepo/hall/patrimoniohall_dr.doc. Accedido en 11 nov. 2013.

Hall, S. (2010 a). El espectáculo del “Otro”. En: Eduardo Restrepo, Catherine Walsh y Víctor Vich (eds.). *Stuart Hall, Sin garantías: Trayectorias y problemáticas en estudios culturales* (pp. 419-445). Instituto de estudios sociales y culturales Pensar, Universidad Javeriana; Instituto de Estudios Peruanos; Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; Envi3n Editores.

Hall, S. (2010 b). Estudios culturales: dos paradigmas. En: Eduardo Restrepo, Catherine Walsh y Víctor Vich (eds.). *Stuart Hall, Sin garantías: Trayectorias y problemáticas en estudios culturales* (pp. 29-50). Instituto de estudios sociales y culturales Pensar, Universidad Javeriana; Instituto de Estudios Peruanos; Universidad Andina Sim3n Bolívar, sede Ecuador; Envi3n Editores.

Harvey E. (2008). *Los derechos culturales. Instrumentos normativos internacionales y pol3ticas nacionales*. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/discussion/EdwinRHarvey.pdf>
Accedidos el 05/06/2017

Hernández i Martí, G. M. (2008). Un zombi de la modernidad: el patrimonio cultural y sus límites. *La Torre del Virrey: revista de estudios culturales*, (5), 2008, 27-38.

Herrera Flores, J. (2005a). *Los derechos humanos como productos culturales. Cr3tica del humanismo abstracto*. Madrid: Los libros de la catarata.

Herrera Flores, J. (2005b). *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua Libros.

Herrera Flores, J. (2006). Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia. En Luc3a Provencio Garrig3s (Coord.), *La construcci3n social de las identidades colectivas en Am3rica Latina* (pp. 73-96). Murcia: Universidad de Murcia.

Herrera Flores, J. (2008). *La reinvencci3n de los derechos humanos*. Andaluc3a: Atrapasueños.

Highton de Nolasco, H. y Kemelmajer de Carlucci, A. y Lorenzetti, R. 2012. *Fundamentos del Anteproyecto de C3digo Civil y Comercial de la Naci3n*. Recuperado desde:

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Accedido en 8 jun. 2015.

Honneth, A. (2010). *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*. Madrid: Katz Editores.

INADI (2017). *Guía temática: Interculturalidad, Racismo y Xenofobia*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación

Jelin, E. (2002). *Los trabajos de la memoria*. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A., Buenos Aires: Siglo XXI de Argentina.

Kovács, M (2009). *Políticas culturales en África. Compendio de documentos de referencia*. Madrid: Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) – Observatorio de Políticas Culturales en África (OPCA).

Laclau, E. Representación y Movimientos Sociales, revista www.izquierdas.cl, N°15, abril 2013, ISSN 0718-5049, pp. 214-223

Laclau, E. y Mouffe, Ch. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Madrid: Siglo XXI.

Lassalle, A. M. (2008). De Memoria, Patrimonio y Centenario. En Ana María T. Rodríguez et al, *Esta antigua tierra que somos. Guatraché 1908-2008*. Buenos Aires: Municipalidad de Guatraché, UNLPam, Miño & Dávila.

López Calera, N. M. (2001). Sobre los derechos colectivos. En Ansuátegui Roig, F. J. *Una discusión sobre los derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Universidad Carlos III de Madrid.

Lugones, M. (2008). Colonialidad y Género. En Revista *Tábula Rasa*, (9), junio-diciembre 2008, 75-101.

Luther, J. (2010). El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, mayo-agosto (2010), págs. 45-76

- Maldonado Torres, N. (2007). Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. En: Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel (comp.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 127-168). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Mançano Fernandes, B. (2008). Territorio, teoría y política. En: *Actas del Seminario Internacional "Las configuraciones de los territorios rurales en el Siglo XXI"*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Martín-Barbero, J. (2002). Culturas populares. En: Carlos Altamirano (dir.), *Términos críticos de sociología de la cultura* (pp. 49-60), Buenos Aires: Paidós.
- Martín-Barbero, J. (2008). Comunicación: una agenda entre nuestras culturas. *Revista Chasqui*, 17/06/2008. Recuperado desde <http://chasquirevista.wordpress.com/2008/06/17/comunicacion-una-agenda-entre-nuestras-culturas/> Accedido en 27 sept. 2014.
- Médici, A. (2010). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*. Revista Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2010. N°3. Pgs. 3-23 ISSN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS.UNLP
- Médici, A. (2011). *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Edulp. Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.
- Médici, A. (2012). *La Constitución Horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Aguascalientes / San Luis Potosí / San Cristóbal de Las Casas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Educación para las Ciencias en Chiapas A. C.
- Médici, A. (2013). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. *El Otro Derecho*, (48), 19-62.
- Médici, A. M. (2016). *Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. Maestría en Derechos Humanos. Universidad Autónoma San Luis Potosí.

- Menjívar Ochoa, M.; Argueta, R. A. y Solano Muñoz, E. (2005). Historia y Memoria: Perspectivas teóricas y metodológicas. *Cuadernos de Ciencias Sociales* (135), 9-28.
- Meyer-Bisch, P. (2008). Analyse des droits culturels. *Droits fondamentaux, Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH) de Paris II* (7), 1-35.
- Meyer-Bisch, P. (2013). Los derechos culturales en la gramática del desarrollo. E: Comisión de cultura de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU), “*Agenda 21 de la cultura*”. Disponible en: www.nueva.agenda21culture.net
- Mignolo, W. (2001). Introducción. En Walter Mignolo (comp.) *Capitalismo y Geopolítica del Conocimiento: el Eurocentrismo y la Filosofía de la Liberación en el Debate Intelectual Contemporáneo* (pp. 9-53). Madrid: Ediciones del Signo.
- Mignolo, W. (2003). *Historias locales/ diseños globales*. Madrid: Ediciones Akal.
- Mignolo, W. (2007): El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. En Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel (comp.) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 25-46). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Munjeri, D. (2004). Patrimonio material e inmaterial: de la diferencia a la convergencia. *Museum Internacional, Patrimonio Inmaterial* 221,222, mayo 2004, (pp.13-21). París: UNESCO. Recuperado de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001358/135852s.pdf> Accedido en 15 ago. 2014.
- Navarro Bello, G. (2003). Una aproximación al paisaje como patrimonio cultural, identidad y constructo mental de una sociedad. Apuntes para la búsqueda de invariantes que determinen la patrimonialidad de un paisaje. *Diseño Urbano y Paisaje*, Año 1. Número 1 2004. Recuperado desde www.ucentral.cl/dup/pdf/n1pdf/6.pdf [Accedido en 27 sept. 2014.](#)
- Nikken, P. (1987) *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: Editorial Civitas / Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

- Noel, E. (2016). Los derechos culturales como proyecto emancipatorio. *Acta académica: XXX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología*. San José: Asociación Latinoamericana de Sociología.
- Nora, P. (1998) La aventura de Les Lieux de mémoire. *Revista Ayer*, 1998, 32.
- Nora, P. (2008). *Los lugares de la Memoria*. Montevideo: Trilce.
- Orozco Pardo, G. y Pérez Alonso, E. (1996). *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*, Madrid: MacGraw Hill.
- Nussbaum, M. (2005), *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Peces Barba, G. (1995): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. UC3M-BOE. Madrid.
- Pérez Luño, A. (1991). *Derechos humanos: Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos.
- Piñero, D. (2004). *Movimientos sociales, gobernanza ambiental y desarrollo territorial rural*. RIMISP. Recuperado desde : www.rimisp.org Accedido en 23 jun. 2011.
- Pulgarín Silva, M. R., *El espacio geográfico como objeto de enseñanza en el área de ciencias sociales*, Sociedad Geográfica de Colombia, Academia de Ciencias Geográficas. Recuperado desde www.sogeocol.edu.co/documentos/El_Espacio.pdf Accedido en 10 mayo 2012.
- Quijano, A (2007). Colonialidad del poder y clasificación social. En Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel (comp.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 93-126). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Rajagopal, B. (2005). *El Derecho Internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*. Bogotá: ILSA. Colección En Clave de Sur.
- Ramonedá, J. (2014). Los derechos culturales en clave política y perspectiva social. *Periférica Internacional. Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, (15), 2014, 281-293

- Rawls, J., (1971). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Restrepo, Eduardo (2012). Apuntes sobre estudios culturales. En: *Antropología y estudios culturales. Disputas y confluencias desde la periferia* (pp.121-149). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Ricoeur, P. (1999). *La lectura del tiempo pasado: memoria y olvido*. Madrid: Arrecife.
- Ricoeur, P. (2003). *La memoria, la historia, el olvido*. Madrid: Trotta
- Riegl, A. (2008 [1903]). *El culto moderno a los monumentos caracteres y origen*. Madrid: A. Machado Libros. Colección La Balsa de Medusa.
- Rosillo Martínez, A. (2010). Presupuestos para recuperar una tradición hispanoamericana de derechos humanos. *Revista Crítica Jurídica*, 29 (ene/jun 2010) 27-57.
- Rosillo Martínez, A. (2013 a). Una reflexión filosófica de la dinámica histórica de los derechos humanos. *Revista Direitos Humanos en Democracia*, Editora Unijuí, 1 (1) jan./jun.2013. 3-44.
- Rosillo Martínez, A. (2013 b). *Fundamentación de los Derechos Humanos desde América Latina*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma San Luis Potosí. Editorial Itaca.
- Salvioli, F. O. (1996). La Conferencia de Viena de las Naciones Unidas: esperanzas y frustraciones en materia de derechos humanos, en *Direitos Humanos: A promessa do século XXI* (pp. 19-37). Oporto: Universidade Portucalense.
- Salvioli, F. O. (1997 a). Relaciones internacionales, Derechos Humanos y Educación para la Paz, en *Direitos Humanos: A promessa do século XXI*, s.p. Oporto: Universidade Portucalense.
- Salvioli, F. O. (1997 b). Algunas tendencias sobre derechos humanos en las relaciones internacionales y el derecho internacional de la posguerra fría. En: *Anuario en Relaciones Internacionales 1995/96* (pp. 21-80). Editorial Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, Argentina.

- Salvioli, F. O. (2000). Los derechos Humanos en las convenciones internacionales de la última década del Siglo XX (pp. 11-81). En: *Las grandes conferencias mundiales de la década de los 90*. Tomo I. La Plata: Instituto de Relaciones Internacionales / Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Sánchez Rubio, D. (2013). Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos. En: David Sánchez Rubio y Juan Antonio Senent de Frutos: *Teoría Crítica del Derecho Nuevos Horizontes* (pp. 17-46). Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C. Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C. Aguascalientes / San Luis Potosí / San Cristóbal de Las Casas.
- Santos, B (2011) “Epistemologías del Sur Epistemologies of the South” En Utopía y Praxis Latinoamericana / Año 16. N° 54 (Julio-Septiembre, 2011) Pp. 17 - 39 Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social / ISSN 1315-5216 CESA – FCES – Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela
- Santos, B. (1997). Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (48), junho 1997, 11-32.
- Santos, B. (2000). *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclée de Brower.
- Santos, B (2006). Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes. En: León Olivé , Boaventura de Sousa Santos, Cecilia Salazar de la Torre, et al. (pp. 31-84) La Paz: CLACSO - Muela del Diablo Editores– Comunas - CIDES - UMSA. 2009.
- Santos, B. (2008). *Nuestra América. Hegemonía y contrahegemonía en el Siglo XXI*. Panamá: CELA.
- Santos, B. (2009). Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade, *Revista Direitos Humanos*, (2), junho 2009, 10-18.
- Santos, M. (2002), O dinheiro e o território. En: Milton Santos, *Território, Territórios*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense

- Santos; B (2007). La reinención del estado y el estado plurinacional. *Revista del observatorio social de América Latina*, num 22, Buenos Aires: Clacso, 2007, p. 42)
- Segato, R. L. (2010). Los cauces profundos de la raza latinoamericana: una relectura del mestizaje. *Crítica y Emancipación* (3), 11-44.
- Sen, A. (1998) ¿Igualdad de qué?. *Libertad, Igualdad y Derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*, Ariel, Barcelona, 1998.
- Senent de Frutos, J.A. (2013 a). Hacia una teoría crítica del derecho. Aportes desde Ignacio Ellacuría (pp. 47-88) En: David Sánchez Rubio y Juan Antonio Senent de Frutos: *Teoría Crítica del Derecho. Nuevos Horizontes*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C. Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C. Aguascalientes / San Luis Potosí / San Cristóbal de Las Casas.
- Senent de Frutos, J.A. (2013 b). El método de la historización de los conceptos normativos (pp. 173-196). En: David Sánchez Rubio y Juan Antonio Senent de Frutos: *Teoría Crítica del Derecho. Nuevos Horizontes*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C. Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Educación para las Ciencias en Chiapas, A.C. Aguascalientes / San Luis Potosí / San Cristóbal de Las Casas.
- Serrano, S. y Vazquez, D. (2011). *Fundamentos teóricos de los derechos humanos. Características y principios*. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
- Serrano, S. y Vazquez D. (2014). *Los derechos en acción*. Ciudad de México: FLACSO México / CLACSO.
- Spivak, G. (2011). *¿Puede hablar el subalterno?*. Buenos Aires: El Cuenco de Plata.
- Symonides, J. (1998). Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N°158, UNESCO. Recuperado desde: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/090914.pdf> Accedido en 11 jun. 2011.
- Szurmuk, M. y McKee Irwin, R. (2009). *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*. México: Instituto Mora-Siglo XXI Editores.

- Tello, A. M. (2010). Notas sobre las políticas del patrimonio cultural. *Cuadernos Interculturales*, 8 (15), 2010, 115-131.
- Touraine, A. (1987). *El regreso del actor*. Buenos Aires, Eudeba.
- Viladevall i Guasch, M. (2003). Introducción. En M. Viladevall I Guasch (Coord.), *Gestión del patrimonio cultural: Realidades y retos* (pp. 17-22), Puebla: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Dirección General de Fomento Editorial.
- Walsh, C. (2007). Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. En Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel (comp.), *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 47-62). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Walsh, C. (2009). *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya Yala
- Williams, R. (1980). *Marxismo y literatura*. Barcelona: Península.
- Yao, J. (2014). África central: perspectivas para una emergencia cultural. *Index | Comunicación*, 4 (2), 2014, 87-99

ANEXOS

CRONOLOGÍA DE LA ACCIÓN NORMATIVA DE UNESCO SOBRE DERECHOS CULTURALES - DESCRIPCIÓN

A. CONVENCIONES

1947

Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias científicas y artísticas

Los Estados Contratantes, miembros de la Organización de Estados Americanos, se comprometen a reconocer y a proteger el derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas

1952

Convención Universal sobre la Protección de los derechos de autor y derechos conexos y sus tres protocolos anexos

Los Estados contratantes se comprometen a adoptar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

1954

Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y sus Protocolos (1954, 1999)

Exige a los estados signatarios proteger el patrimonio cultural en caso de guerra. La convención establece un símbolo protector para facilitar la identificación de los bienes culturales protegidos en caso de conflicto armado. El triple uso de dicho signo permite marcar los bienes culturales excepcionalmente importantes que están bajo protección especial.

1954

Convención para el fomento de las relaciones culturales interamericanas (1954)

Establece un sistema de becas de intercambio de profesores, maestros y estudiantes entre los países americanos y el estímulo a las relaciones más estrechas entre los organismos no oficiales que contribuyen a formar la opinión pública.

1970

Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales

Es uno de los instrumentos clave que ha elaborado la UNESCO con el objetivo de proteger y salvaguardar el patrimonio cultural mundial. Responde a la necesidad de frenar los robos en museos y sitios que son patrimonio cultural. Prevé las medidas legales esenciales para evitar el tráfico ilícito de bienes culturales (legislación nacional, inventarios, combate de excavaciones ilegales, guías de seguridad para las adquisiciones de los museos, procedimientos de incautación y restitución de las piezas robadas o importadas ilegalmente, sanciones penales, entre otros).

1971

Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas

Es una Convención que tiene por objeto la protección contra la reproducción no autorizada de fonogramas y por el perjuicio resultante para los intereses de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas

1972

Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural

El objetivo de la Convención es promover la identificación, la protección y la preservación del patrimonio mundial, cultural y natural considerado especialmente valioso para la humanidad. Mediante la Convención, los Estados Partes se comprometen identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio situado en su territorio. Cada estado también se promete asignar los recursos tanto materiales, como inmateriales necesarios para esta labor de protección. La Convención crea un Comité intergubernamental de protección del patrimonio cultural y natural y un Fondo para protección del patrimonio mundial cultural y natural, con los objetivos de confeccionar la Lista del Patrimonio Mundial, vigilar el estado de los lugares inscritos en la Lista, ayudar a los Estados a crear mecanismos para la salvaguardia del Patrimonio Mundial, con ayuda del Fondo, prestar a los Estados la ayuda de emergencia necesaria para proteger los lugares que corren peligro inminente.

1976

Convención sobre la defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas

La Convención, adoptada en el ámbito de la Organización de Estados Americanos tiene como objeto la identificación, registro, protección y vigilancia de los bienes que integran el patrimonio cultural de las naciones americanas, para: a) impedir la exportación o importación ilícita de bienes culturales; y b) promover la cooperación entre los Estados americanos para el mutuo conocimiento y apreciación de sus bienes culturales.

2001

Convención para la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático

Es un tratado internacional especialmente dedicado a la protección del Patrimonio Cultural Subacuático: establece principios básicos para la protección del Patrimonio Cultural Subacuático; prevé un sistema de cooperación pormenorizado, a fin de que los Estados puedan llevar a cabo esa protección y prevé normas prácticas comúnmente reconocidas para el tratamiento e investigación del Patrimonio Cultural Subacuático.

2003

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial fue aprobada por la UNESCO en 2003. Esta Convención es el complemento de la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural del Mundo aprobado por la misma institución en 1972.

Los temas centrales de la Convención son la salvaguardia, el respeto y la sensibilización hacia el patrimonio inmaterial. Entre los ámbitos donde se manifiesta este patrimonio son tradiciones y

expresiones orales, artes de espectáculo, usos rituales y festivos, usos relacionados con la naturaleza y el universo y técnicas artesanales tradicionales.

Para proteger y promover el patrimonio cultural inmaterial se crea el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, y se establecen y determinan las funciones de Estados Partes a nivel nacional.

2005

Convenio para la Protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales

Es un convenio de la UNESCO de carácter vinculante adoptado por la Conferencia General de la UNESCO el 20 de octubre de 2005. La Convención reconoce los derechos de las Partes a tomar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, e imponen obligaciones tanto a nivel nacional e internacional para las Partes. Reconoce que la diversidad de las expresiones culturales es una gran riqueza para las personas y las sociedades; y que la promoción, protección y mantenimiento de la diversidad cultural son una condición esencial para el desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

B. RECOMENDACIONES

1956

Recomendación que define los Principios Internacionales que deberían aplicarse a las Excavaciones Arqueológicas

La Conferencia General de UNESCO recomienda a los Estados Miembros que apliquen las disposiciones que establece y la adopción cualesquiera medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para llevar a la practica en sus respectivos territorios los principios aplicables a Excavaciones Arqueológicas

1960

Recomendación sobre los Medios más Eficaces para Hacer los Museos Accesibles a Todos

La Conferencia General de UNESCO recomienda a los Estados Miembros la adopción de todas las medidas adecuadas para que los museos situados en su territorio sean accesibles a todos, sin distinción de condición económica o social.

1962

Recomendación relativa a la Protección de la Belleza y el Carácter de los Lugares y Paisajes

La Conferencia General de UNESCO recomienda a Estados miembros la adopción de medidas para la protección de la belleza y el carácter de los lugares y paisajes, la preservación y, cuando sea posible, la restitución del aspecto de los lugares y paisajes naturales, rurales o urbanos debidos a la naturaleza o a la mano del hombre que ofrecen un interés cultural o estético o que constituyen medios naturales característicos.

1964

Recomendación sobre las Medidas Encaminadas a Prohibir e Impedir la Exportación, Importación y Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales

La Conferencia General recomienda a los Estados Miembros la aplicación de las disposiciones encaminadas a prohibir e impedir la importación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, adoptando, en forma de ley nacional o en otra forma, las medidas procedentes para poner

en vigor, en los territorios que están bajo su jurisdicción, las normas y principios que se formulan en la misma.

1968

Recomendación sobre la Conservación de los Bienes Culturales que la Ejecución de Obras Públicas o Privadas pueda poner en Peligro

Los Estados Miembros deben dar prioridad a las medidas necesarias para la conservación in situ de los bienes culturales que corran peligro como consecuencia de obras públicas o privadas, para mantener así la continuidad y las vinculaciones históricas de tales bienes. Cuando las circunstancias económicas o sociales impongan el traslado, el abandono o la destrucción de los bienes culturales, los trabajos encaminados a salvarlos deberían siempre comprender un estudio detenido de los bienes culturales de que se trate y el registro completo de los datos de interés.

1972

Declaración sobre los Principios Rectores del Empleo de las Transmisiones por Satélite para la Libre Circulación de la Información, la Difusión de la Educación y la Intensificación de los Intercambios Culturales

Consciente de la importancia de las transmisiones vía satélite, la UNESCO establece una serie de principios que debe regir la actividad: 1. Las transmisiones por satélite respetarán la soberanía y la igualdad de todos los Estados; 2. Serán apolíticas y respetarán los derechos individuales y los de las entidades no gubernamentales; 3. Todo los países deben poder aprovechar, sin discriminación alguna e independientemente de su grado de desarrollo, las transmisiones por satélite; 4. El uso de satélite para las transmisiones deben fundarse en la cooperación internacional, mundial y regional, intergubernamental y profesional; 5. Las transmisiones por satélite ofrecen un nuevo medio de difundir conocimientos y promover una mejor comprensión entre los pueblos; 6. Para lograr esas posibilidades es preciso tener en cuenta las necesidades y los derechos del público, así como los objetivos de paz, amistad y cooperación entre los pueblos y de progreso económico, social y cultural.

1972

Recomendación sobre la Protección, en el Ámbito Nacional, del Patrimonio Cultural y Natural

Además de definir el patrimonio nacional cultural y natural, la Conferencia General de UNESCO recomienda a los Estados Miembros formular, desarrollar y aplicar en la medida de lo posible y de conformidad con sus normas constitucionales y su legislación, una política nacional cuyo principal objetivo consista en coordinar y utilizar todas las posibilidades científicas, técnicas, culturales y de otra índole para lograr una protección, una conservación y una revalorización eficaces de su patrimonio cultural y natural.

1976

Recomendación relativa a la Salvaguardia de los Conjuntos Históricos o Tradicionales y su Función en la Vida Contemporánea

La Conferencia General de la UNESCO recomienda a cada Estado Miembro la formulación, con arreglo a sus condiciones propias en materia de distribución de poderes, una política nacional, regional y local con objeto de que las autoridades nacionales, regionales o locales tomen medidas jurídicas, técnicas, económicas y sociales con miras a salvaguardar los conjuntos históricos y su medio y adaptarlos a las exigencias de la vida contemporánea. Esta política debería influir en el

planeamiento nacional, regional o local y orientar la planificación urbana y la ordenación regional y rural en todos los niveles

1976

Recomendación sobre el Intercambio Internacional de Bienes Culturales

La Conferencia General de la UNESCO recomienda a los Estados Miembros adoptar medidas de cooperación referidas al intercambio de bienes culturales, teniendo en cuenta que todos los bienes culturales forman parte del patrimonio cultural común de la humanidad y que cada Estado tiene una responsabilidad a ese respecto no sólo hacia sus propios nacionales sino también hacia la comunidad internacional en su totalidad.

1976

Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural

La Conferencia General de la UNESCO recomienda a los Estados Miembros la adopción de medidas tendientes a favorecer la participación del mayor número posible de personas y asociaciones en las actividades culturales más diversificadas y libremente escogidas. Señala que el acceso de amplias capas de la población a los bienes culturales sólo se puede asegurar si se reúnen las condiciones económicas que permitan a los interesados no sólo disfrutar de esos bienes, sino también participar activamente en todas las manifestaciones de la vida cultural así como en el proceso del desarrollo cultural.

1976

Recomendación sobre la Protección Jurídica de los Traductores y de las Traducciones y sobre los Medios Prácticos de Mejorar la Situación de los Traductores

La Conferencia General recomienda a los Estados Miembros extender a los traductores, por lo que respecta a sus traducciones, la protección que conceden a los autores de conformidad con las disposiciones de las convenciones internacionales sobre derecho de autor en las que son partes o de su legislación nacional, o de unas y otras disposiciones, y esto sin perjuicio de los derechos de los autores de las obras preexistentes.

1978

Recomendación sobre la Protección de los Bienes Culturales Muebles

La Conferencia General recomienda a los Estados Miembros adoptar con arreglo a su sistema legislativo y constitucional, todas las disposiciones requeridas para proteger de modo eficaz los bienes culturales muebles, en particular, en el caso de transporte, adoptar las medidas de protección y conservación necesarias y asegurar la cobertura de todos los riesgos posibles.

1980

Recomendación sobre la Salvaguardia y la Conservación de las Imágenes en Movimiento

La Conferencia General de la UNESCO recomienda a los Estados Miembros la adopción de medidas necesarias conseguir que las imágenes en movimiento que forman parte del patrimonio cultural de los países sean sistemáticamente conservadas, a través de instituciones de archivo oficialmente reconocidas.

1980

Recomendación relativa a la condición de artista

La Conferencia General de la UNESCO señala que la acción de los poderes públicos es necesaria y urgente para poner remedio a la situación preocupante de los artistas que se ha comprobado en muchos Estados Miembros, en particular desde el punto de vista de los derechos humanos y de las condiciones económicas, sociales y de empleo, para que los artistas disfruten de las condiciones necesarias para el desarrollo y la plena expresión de su talento, y para que puedan desempeñar su papel en la concepción y la aplicación de las políticas y de la animación culturales de las colectividades y los países, y en el mejoramiento de la calidad de la vida,

1989

Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular

La Conferencia General de la UNESCO insta a los Estados a salvaguardar la cultura tradicional y popular, en cuanto expresión cultural, del grupo (familiar, profesional, nacional, regional, religioso, étnico, etc.) cuya identidad expresa. A tal efecto, los Estados Miembros deberían alentar investigaciones adecuadas, preparar un inventario nacional de instituciones interesadas en la cultura tradicional y popular, crear sistemas de identificación y registro, estimular la creación de una tipología normalizada de la cultura tradicional y popular.

2003

Recomendación sobre la promoción y el uso del plurilingüismo y el acceso universal al ciberespacio

La Conferencia General de la UNESCO recomienda a los Estados Miembros la adopción de medidas para garantizar la diversidad lingüística en las redes mundiales de información y el acceso universal a la información en el ciberespacio.

2011

Recomendación sobre el paisaje urbano histórico, con inclusión de un glosario de definiciones

La Conferencia General de la UNESCO señala la necesidad de integrar estrategias de conservación, gestión y ordenación de conjuntos históricos urbanos en los procesos de desarrollo local y planificación urbana, como los asociados a la arquitectura contemporánea y la creación de infraestructuras, y que la aplicación de un planteamiento paisajístico contribuiría a mantener la identidad urbana.

2015

Recomendación relativa a la protección y promoción de los museos y colecciones, su diversidad y su función en la sociedad

La Conferencia General de la UNESCO formula una serie de principios y recomendaciones que deberían guiar las actividades relacionadas con la adquisición y gestión de las colecciones, con inclusión de análisis de riesgos y la creación de capacidades de preparación y planes de emergencia, así como seguridad, conservación preventiva y correctiva y restauración de los objetos museísticos, garantizando la integridad de las colecciones utilizadas y almacenadas.

2015

Recomendación relativa a la preservación del patrimonio documental, comprendido el patrimonio digital, y el acceso al mismo

La Conferencia General de la UNESCO señala que el patrimonio documental del mundo tiene una importancia global y debería ser plenamente preservado y protegido para todos. Debería ser accesible para todos y reutilizable de manera permanente y sin obstáculos. Es un medio para entender la historia social, política y colectiva, así como personal, y puede contribuir a constituir la base de la buena gobernanza y el desarrollo sostenible. Para cada Estado, su patrimonio documental refleja su memoria e identidad y contribuye así a determinar su lugar en la comunidad mundial.

C. DECLARACIONES

1966

Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional

La Conferencia General de la UNESCO solicita a los Estados Miembro la consideración de los principios referidos a la cooperación cultural internacional, con la finalidad de: 1. Difundir los conocimientos, estimular las vocaciones y enriquecer las culturas; 2. Desarrollar las relaciones pacíficas y la amistad entre los pueblos; 3. Contribuir a la aplicación de los principios enunciados en las declaraciones de las Naciones Unidas; 4. Promover el acceso al saber, el disfrute de las artes y de las letras de todos los pueblos, el acceso a los beneficios de los progresos logrados por la ciencia, la promoción del enriquecimiento de la vida cultural; 5. Mejorar en todas las regiones del mundo las condiciones de la vida espiritual y de la existencia material.

1978

Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales

La Conferencia General de la UNESCO emite esta Declaración de Principios, preocupada por el avance de la discriminación racial. Rechaza toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial. Rechaza el racismo que engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falaz de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables. Condena el prejuicio racial, históricamente vinculado a las desigualdades de poder, que tiende a agudizarse a causa de las diferencias económicas y sociales entre los individuos y los grupos humanos y a justificar, todavía hoy, esas desigualdades, está totalmente desprovisto de fundamento.

1978

Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra

1995

Declaración de Principios sobre la Tolerancia

La Conferencia General de la UNESCO proclama esta Declaración de Principios e insta a los Estados a promover la Tolerancia, a la que define como: el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz.

1997

Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras

La Conferencia General de la UNESCO proclama que las generaciones actuales tienen la responsabilidad de garantizar la plena salvaguardia de las necesidades y los intereses de las generaciones presentes y futuras. Insta a tomar todas las providencias necesarias para que, respetando los derechos humanos y las libertades fundamentales, las generaciones presentes y futuras puedan escoger libremente su sistema político, económico y social y preservar su diversidad cultural y religiosa. Llama a las generaciones actuales a esforzarse por asegurar el mantenimiento y la perpetuación de la humanidad, respetando debidamente la dignidad de la persona humana. Expresa que no se ha de atender de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana.

2001

Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural

La Conferencia General de la UNESCO declara que la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

2003

Carta sobre la preservación del patrimonio digital

La Conferencia General de la UNESCO proclama una serie de principios para la preservación del patrimonio digital, que consiste en recursos únicos que son fruto del saber o la expresión de los seres humanos. Comprende recursos de carácter cultural, educativo, científico o administrativo e información técnica, jurídica, médica y de otras clases, que se generan directamente en formato digital o se convierten a éste a partir de material analógico ya existente. Los productos “de origen digital” no existen en otro formato que el electrónico y se encuentran en riesgo de extinción por su carácter efímero.

2003

Declaración de la UNESCO relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural

La Conferencia General de la UNESCO expresa su preocupación por este fenómeno e insta a los Estados Miembros a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, evitar, hacer cesar y reprimir los actos de destrucción intencional del patrimonio cultural, dondequiera que éste se encuentre.













CRONOLOGÍA DE LA ACCIÓN NORMATIVA ICOMOS – DESCRIPCIÓN

INSTRUMENTOS ADOPTADOS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE ICOMOS

Carta Internacional sobre la conservación y restauración de monumentos y sitios, Carta de Venecia (1964)

Carta Internacional sobre Jardines Históricos, Carta de Florencia (1981)

Carta Internacional para la salvaguarda de poblaciones y áreas urbanas históricas, Carta de Washington (1987)

Carta Internacional para la gestión del patrimonio arqueológico (1990)

Carta internacional para la protección y la gestión del patrimonio cultural subacuático (1996)

Carta Internacional de turismo cultural, la gestión turística de los sitios de patrimonio significativo (1999)

Principios a seguir para la conservación de las estructuras históricas en bosques (1999)

Carta del patrimonio vernáculo construido (1999)

Principios para el análisis, la conservación y la restauración de estructuras de patrimonio arquitectónico (2003)

Principios para la preservación y la conservación-restauración de pinturas murales (2003)

Carta de itinerarios culturales (2008)

Carta para la interpretación y la presentación de sitios culturales patrimoniales (2008)

Principios conjuntos de ICOMOS TICCCIH para la conservación de sitios, construcciones, áreas y paisajes de patrimonio industrial, Principios de Dublin (2011)

Principios de la Valette para la salvaguarda y la gestión de villas y de conjuntos urbanos históricos (2011)

RESOLUCIONES Y DECLARACIONES

Resoluciones del Simposio sobre la Introducción a la arquitectura contemporánea en antiguos grupos de edificios, 3º Asamblea General de ICOMOS (1972)

Resoluciones del Simposio sobre la Conservación de pequeñas villas históricas, 4º Asamblea General de ICOMOS (1975)

Declaración de Tlaxcala sobre la Revitalización de Pequeños Asentamientos (1982)

Declaración de Dresden sobre la Reconstrucción de Monumentos destruidos por la guerra (1982)

Declaración de Roma (1983)

Directivas sobre la educación y la formación en la conservación de monumentos, conjuntos y sitios (1993)

Documento de Nara sobre la autenticidad (1994)

Declaración de San Antonio (1996)

Principios para el establecimiento de archivos documentales de monumentos, conjuntos arquitectónicos y sitios (1996)

Declaración de Estocolmo: Declaración de ICOMOS en ocasión del 50mo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1998)

Declaración de Xi'an sobre la conservación del contexto de construcciones, sitios y sectores patrimoniales (2005)

Declaración de Québec sobre la salvaguarda del espíritu del lugar (2008)

Declaración de Lima para la Gestión de Patrimonio Cultural en riesgo de desastre (2010)

Declaración de París sobre el patrimonio como motor del desarrollo (2011)

Declaración de Florencia (2014)

CARTAS ADOPTADAS POR COMITÉS NACIONALES DE ICOMOS

Principios para la Conservación de Sitios Patrimoniales en China (2004)

Carta de Indonesia para la Conservación del Patrimonio (2003)

Carta de Burra para sitios de significación cultural, ICOMOS Australia (1981)

Carta de conservación del patrimonio de Québec

Carta de Appelton para la protección y puesta en valor del ambiente construido, ICOMOS Canadá (1983)

Primer Seminario Brasileiro sobre la preservación y revitalización de Centros Históricos (1987)

Carta para la Conservación de Lugares de valor patrimonial, ICOMOS Nueva Zelanda (2010)

OTROS TEXTOS DOCTRINARIOS INTERNACIONALES

Carta de Atenas para la Conservación de monumentos de arte e historia (1931)

Informe final de la reunión sobre la Preservación y Utilización de Monumentos y Sitios de valor histórico y artístico, Normas de Quito (1967)

Declaración de Amsterdam (1975)

Carta europea de patrimonio arquitectónico (1975)

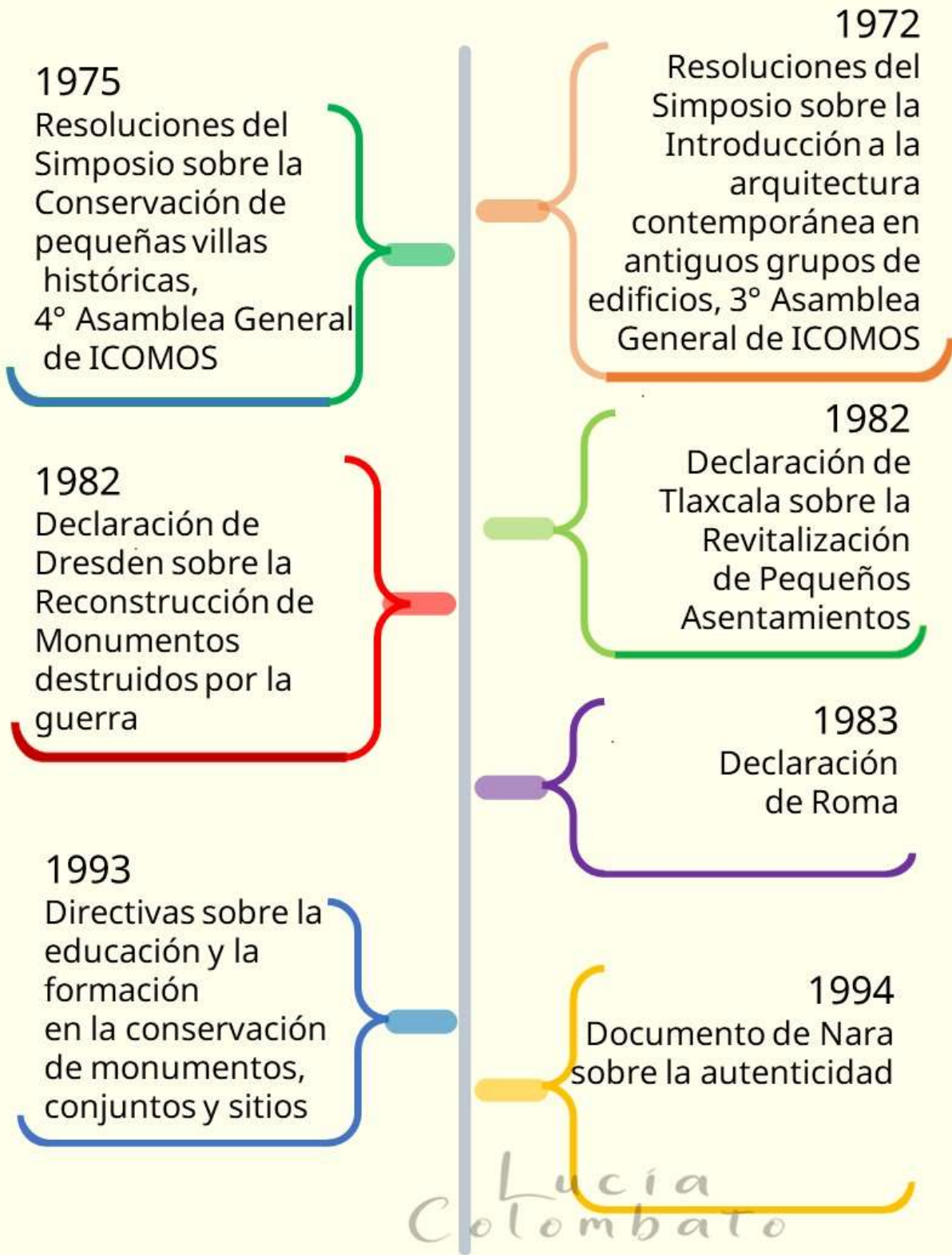
ACCIÓN NORMATIVA ICOMOS
INSTRUMENTOS
ADOPTADOS POR LA
ASAMBLEA GENERAL DE
ICOMOS



ACCIÓN NORMATIVA ICOMOS
INSTRUMENTOS
ADOPTADOS POR LA
ASAMBLEA GENERAL DE
ICOMOS



ACCIÓN NORMATIVA ICOMOS
RESOLUCIONES Y
DECLARACIONES



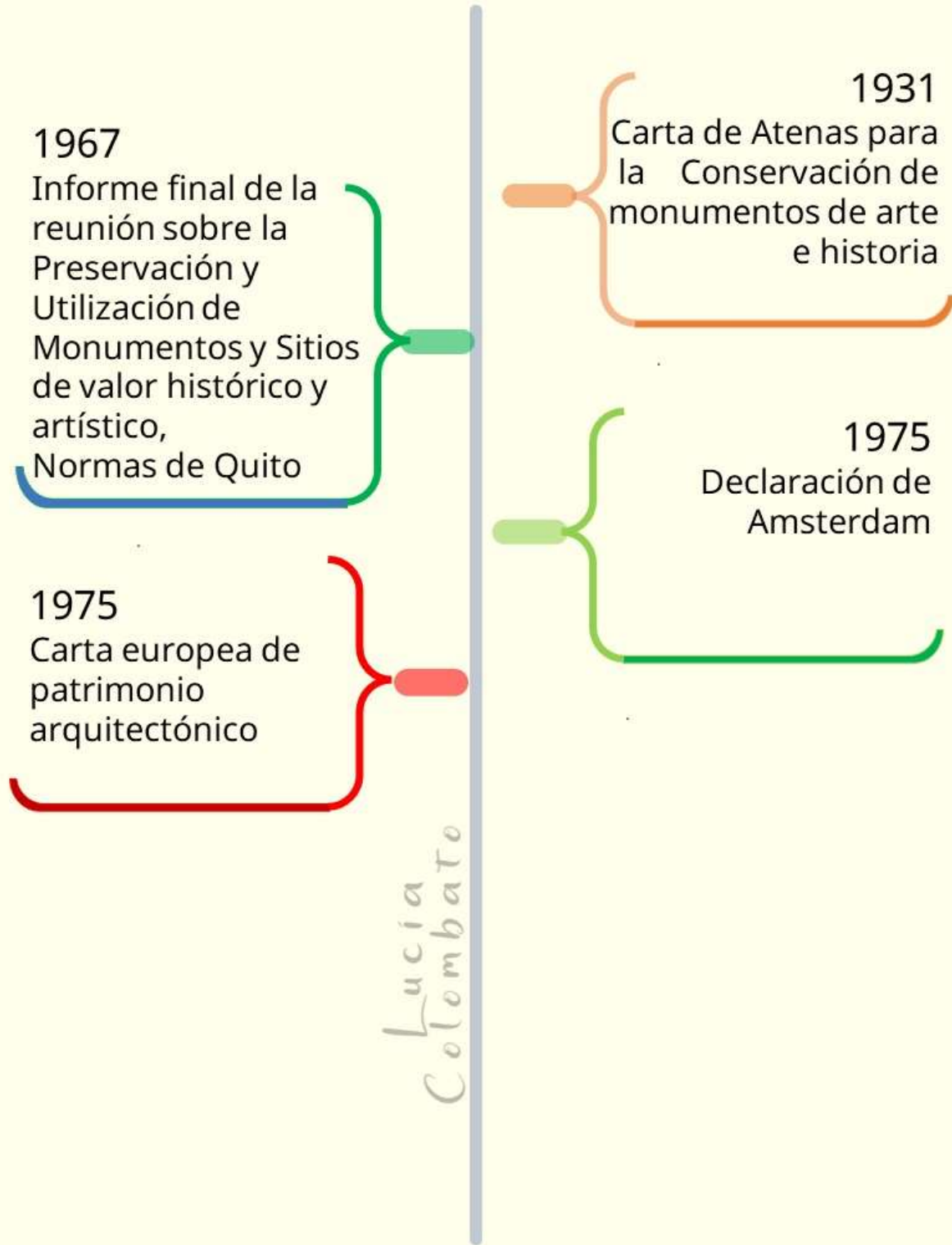
ACCIÓN NORMATIVA ICOMOS
RESOLUCIONES Y
DECLARACIONES



ACCIÓN NORMATIVA ICOMOS
CARTAS ADOPTADAS POR
COMITÉS NACIONALES DE
ICOMOS



ACCIÓN NORMATIVA ICOMOS
OTROS TEXTOS
DOCTRINARIOS
INTERNACIONALES



<http://www.icomos.org/fr/notreaction/participation-aux-conventions-internationales/normes>

CRONOLOGÍA DE LA ACCIÓN NORMATIVA DE LA OMPI - DESCRIPCIÓN

La OMPI administra 26 tratados incluyendo el denominado “Convenio de la OMPI”.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)

El Convenio de París se aplica a la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las patentes, las marcas de productos y servicios, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad (una especie de "pequeña patente" establecida en la legislación de algunos países), las marcas de servicio, los nombres comerciales (la denominación que se emplea para la actividad industrial o comercial), las indicaciones geográficas (indicaciones de procedencia y denominaciones de origen) y la represión de la competencia desleal.

Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886)

El Convenio de Berna, que fue adoptado en 1886, trata de la protección de las obras y los derechos de los autores. Ofrece a los creadores como los autores, músicos, poetas, pintores, etc., los medios para controlar quién usa sus obras, cómo y en qué condiciones. Se fundamenta en tres principios básicos y contiene una serie de disposiciones que determinan la protección mínima que ha de conferirse, así como las disposiciones especiales para los países en desarrollo que quieran valerse de ellas.

Arreglo de Madrid relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas en los productos (1891)*

De conformidad con dicho Arreglo, deberán embargarse en el momento de la importación todos los productos en que figure una indicación de procedencia falsa o engañosa la cual señale de forma directa o indirecta a un Estado Contratante o a un lugar de éste, y deberá prohibirse esa importación o aplicarse otras medidas y sanciones con respecto a ella.

Arreglo de Madrid (Marcas) relativo al Registro Internacional de Marcas (1891)*

El Sistema de Madrid de registro internacional de marcas se rige por el Arreglo de Madrid, adoptado en 1891, y el Protocolo concerniente a ese Arreglo, adoptado en 1989. El sistema permite proteger una marca en gran número de países mediante la obtención de un registro internacional que surte efecto en cada una de las Partes Contratantes que hayan sido designadas.

Arreglo de La Haya relativo al registro internacional de dibujos y modelos industriales (1925)*

El Arreglo de La Haya rige el registro internacional de dibujos y modelos industriales Adoptado en 1925, el Arreglo establece un sistema internacional –el Sistema de La Haya– que permite conceder protección a los dibujos y modelos industriales en varios países o regiones con un mínimo de formalidades.

Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas (1957)

El Arreglo de Niza, adoptado en Niza en 1957, revisado en Estocolmo en 1967 y modificado en 1979, establece una clasificación de productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicio (la Clasificación de Niza).

En los documentos y publicaciones oficiales que publiquen en relación con el registro de marcas, las oficinas competentes de los Estados Contratantes deben indicar los números que señalan las clases de la Clasificación en las cuales se incluyan los productos y servicios que sean objeto del registro.

Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional (1958)*

El Arreglo de Lisboa contempla la protección de las denominaciones de origen, o sea, la "denominación geográfica de un país, de una región, o de una localidad que sirva para designar un producto originario del mismo y cuya calidad o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos". El Boletín "Las Denominaciones de Origen" es la publicación oficial del Sistema de Lisboa.

Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961)

La Convención de Roma asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, los fonogramas de los productores de fonogramas y las emisiones de los organismos de radiodifusión.

Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Convenio de la OMPI) (1967)

El Convenio de la OMPI, el instrumento constitutivo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), fue firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, entró en vigor en 1970 y fue enmendado en 1979. La OMPI es una organización intergubernamental que en 1974 pasó a ser uno de los organismos especializados del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas.

Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales (1968)

El Arreglo de Locarno, adoptado en Locarno en 1968 y enmendado en 1979, establece una clasificación para los dibujos y modelos industriales (la Clasificación de Locarno).

En los documentos y publicaciones oficiales que publiquen en relación con el depósito o el registro de dibujos o modelos industriales, las oficinas competentes de los Estados Contratantes deben indicar los números correspondientes a las clases y subclases de la Clasificación a las cuales pertenezcan los productos en que se plasmen los dibujos o modelos.

Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) (1970)

El Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) permite buscar protección por patente para una invención en muchos países al mismo tiempo mediante la presentación de la solicitud "internacional" de patente. Pueden presentar dicha solicitud los nacionales o residentes de los Estados Contratantes del PCT. Por lo general, el trámite de presentación se cumple ante la oficina nacional de patentes del Estado Contratante de nacionalidad o de domicilio del solicitante o, a elección de éste, ante la Oficina Internacional de la OMPI, en Ginebra.

Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (1971)

El Convenio Fonogramas, adoptado en Ginebra en octubre de 1971, establece la obligación de los Estados Contratantes de proteger a los productores de fonogramas que son nacionales de otro Estado Contratante contra la producción de copias sin el consentimiento del productor, contra la importación de dichas copias, cuando la producción o la importación se haga con miras a la distribución al público, y contra la distribución de esas copias al público. La OMPI se encarga de administrar el Convenio conjuntamente con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes (1971)

El Arreglo de Estrasburgo establece la Clasificación Internacional de Patentes (CIP), que divide la tecnología en ocho secciones que contienen aproximadamente 70.000 subdivisiones. Cada subdivisión está representada por un símbolo formado por números arábigos y letras del alfabeto latino.

Los símbolos correspondientes de la CIP deben figurar en todos los documentos de patente (las solicitudes de patente publicadas y las patentes concedidas), de los cuales se emiten más de 2 millones por año. Asignan esos símbolos las oficinas nacionales o regionales de propiedad industrial que publican los documentos de patente. Por lo que respecta a las solicitudes PCT, la asignación de los símbolos de la CIP incumbe a la Administración encargada de la búsqueda internacional.

Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los elementos figurativos de las marcas (1973)*

El Acuerdo de Viena, adoptado en Viena en 1973 y enmendado en 1985, establece una clasificación (la Clasificación de Viena) para las marcas que consisten en elementos figurativos o que contienen dichos elementos.

En los documentos y publicaciones oficiales que publiquen en relación con el registro de marcas, las oficinas competentes de los Estados Contratantes deben indicar los números que señalen las categorías, divisiones y secciones de la Clasificación a las cuales correspondan los elementos figurativos de las marcas en cuestión.

Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (1974)

El Convenio de Bruselas o Convenio Satélites establece la obligación de los Estados Contratantes de tomar medidas adecuadas para impedir que, en su territorio o desde él, se distribuyan sin autorización señales portadoras de programas transmitidas por satélite.

Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes (1977)*

Adoptado en 1977, el Tratado de Budapest aborda un aspecto específico del procedimiento internacional en materia de patentes: los microorganismos.

Todos los Estados partes en el Tratado deben reconocer, a los fines de los procedimientos en materia de patentes, el depósito de microorganismos ante una autoridad internacional de depósito, con independencia de dónde se encuentre dicha autoridad.

Tratado de Nairobi sobre la Protección del Símbolo Olímpico (1981)

Todos los Estados adheridos al Tratado de Nairobi tienen la obligación de proteger el símbolo olímpico - cinco anillos entrelazados - para evitar que sea utilizado con fines comerciales (en la publicidad o en productos, como marca, etc.) sin autorización del Comité Olímpico Internacional.

Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados (IPIC) (1989)*°

El Tratado de Washington, adoptado en 1989, se ocupa de la protección de los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados. Si bien el Tratado **no ha entrado en vigor aún**, los siguientes Estados lo han ratificado o se han adherido a él: Bosnia y Herzegovina, Egipto y Santa Lucía.

Protocolo de Madrid (1989)*

El Sistema de Madrid de registro internacional de marcas se rige por el Arreglo de Madrid, adoptado en 1891, y el Protocolo concerniente a ese Arreglo, adoptado en 1989. El sistema permite proteger una marca en gran número de países mediante la obtención de un registro internacional que surte efecto en cada una de las Partes Contratantes que hayan sido designadas.

Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT)(1994)*

El objetivo del Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT) es en armonizar y agilizar los procedimientos nacionales y regionales de registro de marcas. Esto se logra mediante la simplificación y la unificación de determinados aspectos de esos procedimientos, de forma que la presentación de las solicitudes de registro de marcas y la administración de los registros en varias jurisdicciones resulten tareas menos complicadas y más previsibles.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)(1996)

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. Aunque no estén obligadas por dicho Convenio, las Partes Contratantes en el Arreglo deberán cumplir con las disposiciones sustantivas del Acta de 1971 (París) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). Además, el WCT menciona dos objetos de protección por derecho de autor: i) los programas de ordenador, con independencia de su modo o forma de expresión, y ii) las compilaciones de datos u otros materiales ("bases de datos") en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de su contenido constituyen creaciones de carácter intelectual.

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996)

En el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) se contemplan los derechos de propiedad intelectual de dos categorías de beneficiarios, en particular, en el entorno digital: i) los artistas intérpretes o ejecutantes (actores, cantantes, músicos, etc.) y ii) los productores de fonogramas (personas físicas o jurídicas que toman la iniciativa y tienen la responsabilidad de la fijación de los sonidos de la interpretación o ejecución).

Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT)(2000)*

El Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT) tiene por objeto armonizar y agilizar los procedimientos de forma relacionados con las solicitudes de patentes y las patentes nacionales y regionales para facilitar la labor a los usuarios. Con la importante salvedad de los requisitos relativos a la fecha de presentación, el PLT establece una lista máxima de los requisitos que podrán solicitar las oficinas de las Partes Contratantes. Así pues, dichas Partes Contratantes serán libres de establecer requisitos más flexibles desde el punto de vista de los solicitantes y los titulares, pero no podrán crear obligaciones que superen el máximo establecido.

Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas (2006)

El objetivo del Tratado de Singapur es crear un marco internacional moderno y dinámico para la armonización de los trámites administrativos de registro de marcas. Sobre la base del Tratado sobre el Derecho de Marcas de 1994 (el TLT de 1994), el nuevo Tratado de Singapur posee un alcance más amplio y tiene en cuenta la evolución más reciente en el ámbito de las tecnologías de la comunicación.

Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (2012)*

El Tratado confiere a los artistas intérpretes o ejecutantes cuatro tipos de derechos patrimoniales sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por ejemplo, en películas: i) el derecho de reproducción, ii) el derecho de distribución, iii) el derecho de alquiler y iv) el derecho de puesta a disposición.

Por lo que respecta a las interpretaciones o ejecuciones no fijadas (en vivo), el Tratado concede a los artistas intérpretes o ejecutantes tres tipos de derechos patrimoniales: i) el derecho de radiodifusión, (excepto en el caso de retransmisión); ii) el derecho de comunicación al público (excepto cuando la interpretación o ejecución constituya una interpretación o ejecución radiodifundida); y iii) el derecho de fijación.

El Tratado también confiere a los artistas intérpretes o ejecutantes derechos morales, es decir, el derecho a ser reconocidos como artistas intérpretes o ejecutantes (excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución); y el derecho a oponerse a toda distorsión, mutilación u otra modificación que perjudique el honor y la reputación del autor, teniendo en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.

Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (2013)

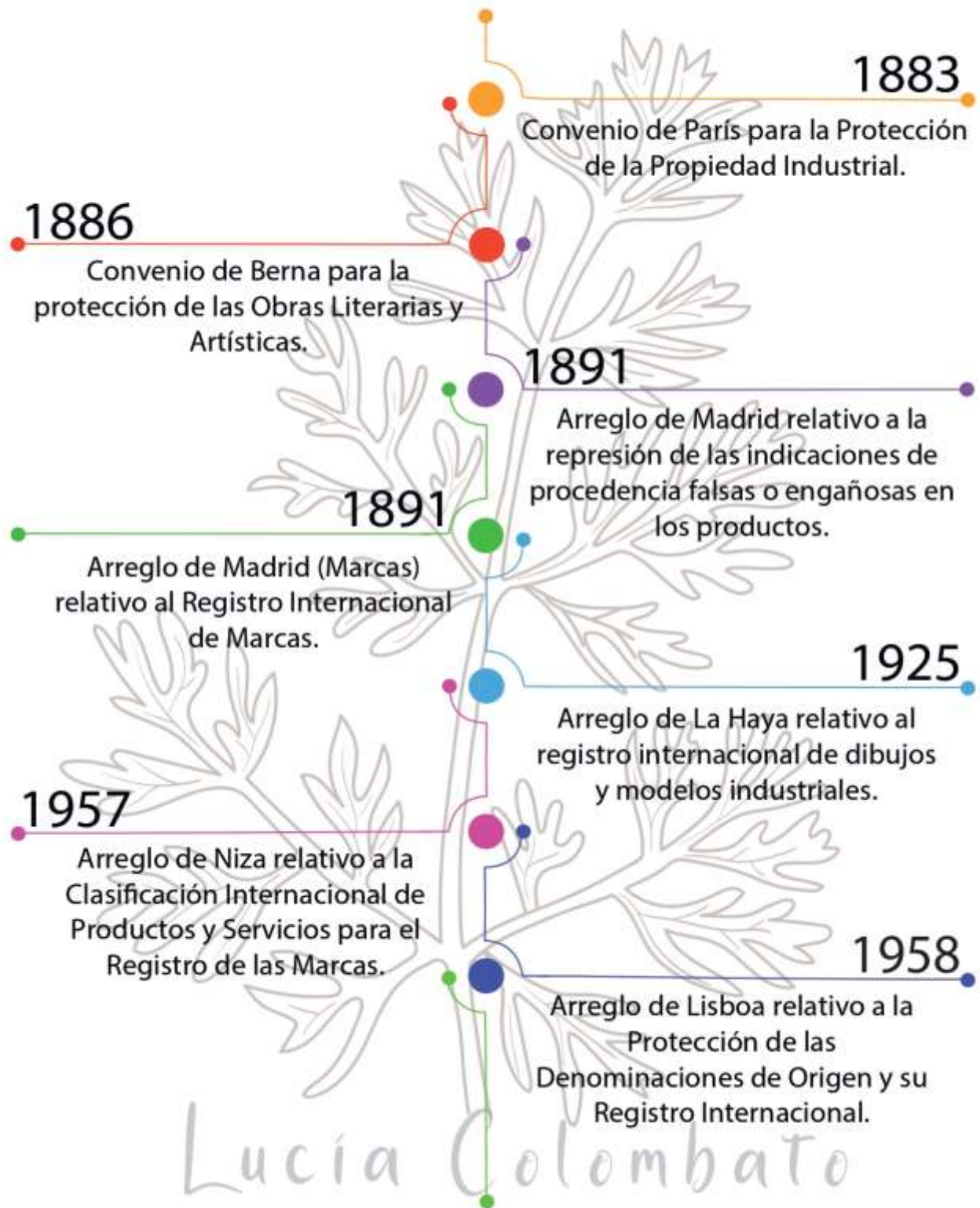
El Tratado de Marrakech, que fue adoptado el 27 de junio de 2013 en Marrakech, forma parte de un cuerpo de tratados internacionales sobre derecho de autor administrados por la OMPI. Posee una clara dimensión de desarrollo humanitaria y social, y su principal objetivo es crear un conjunto de limitaciones y excepciones obligatorias en beneficio de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

*No ratificado por Argentina

°No entró en vigor

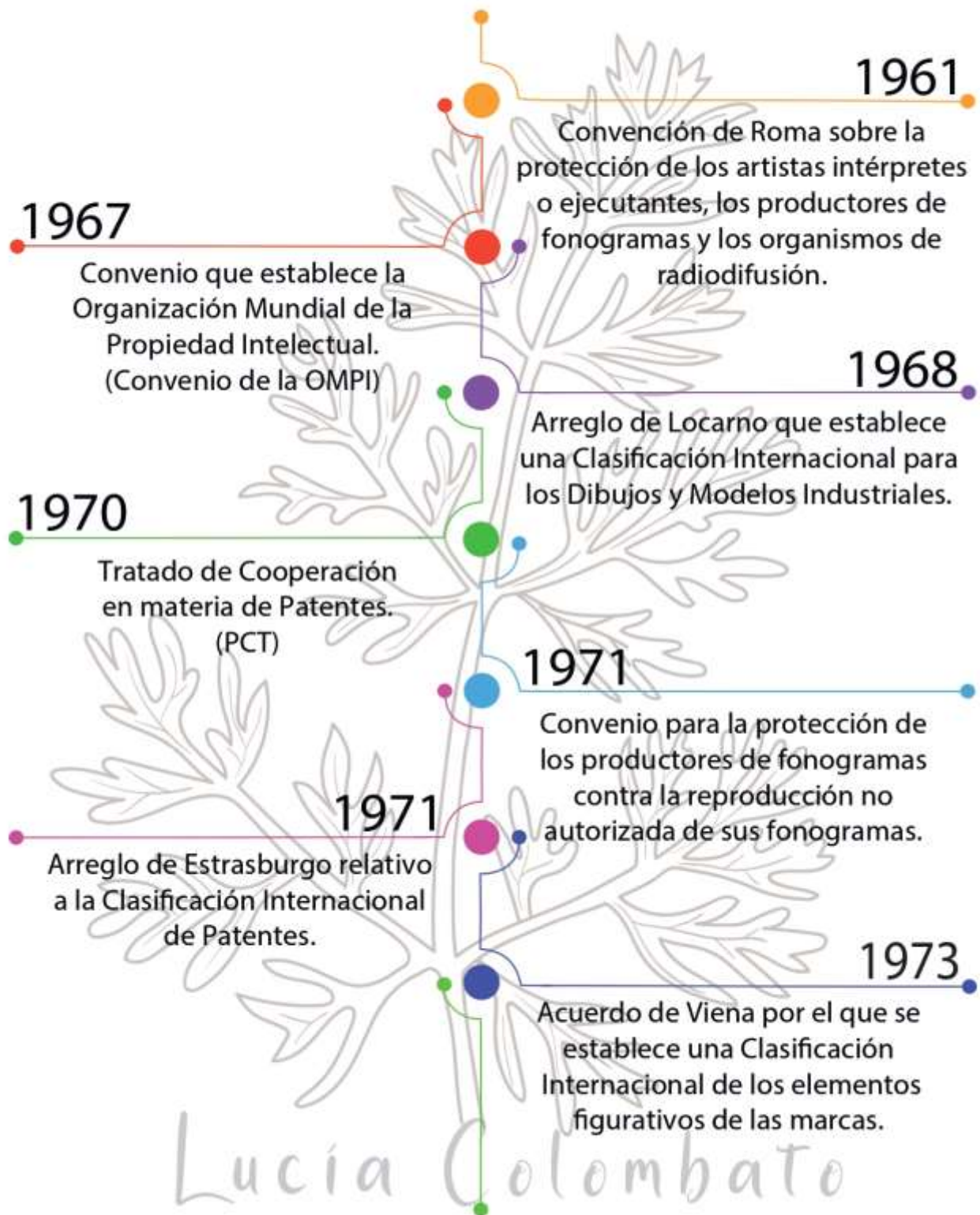
OMPI

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual



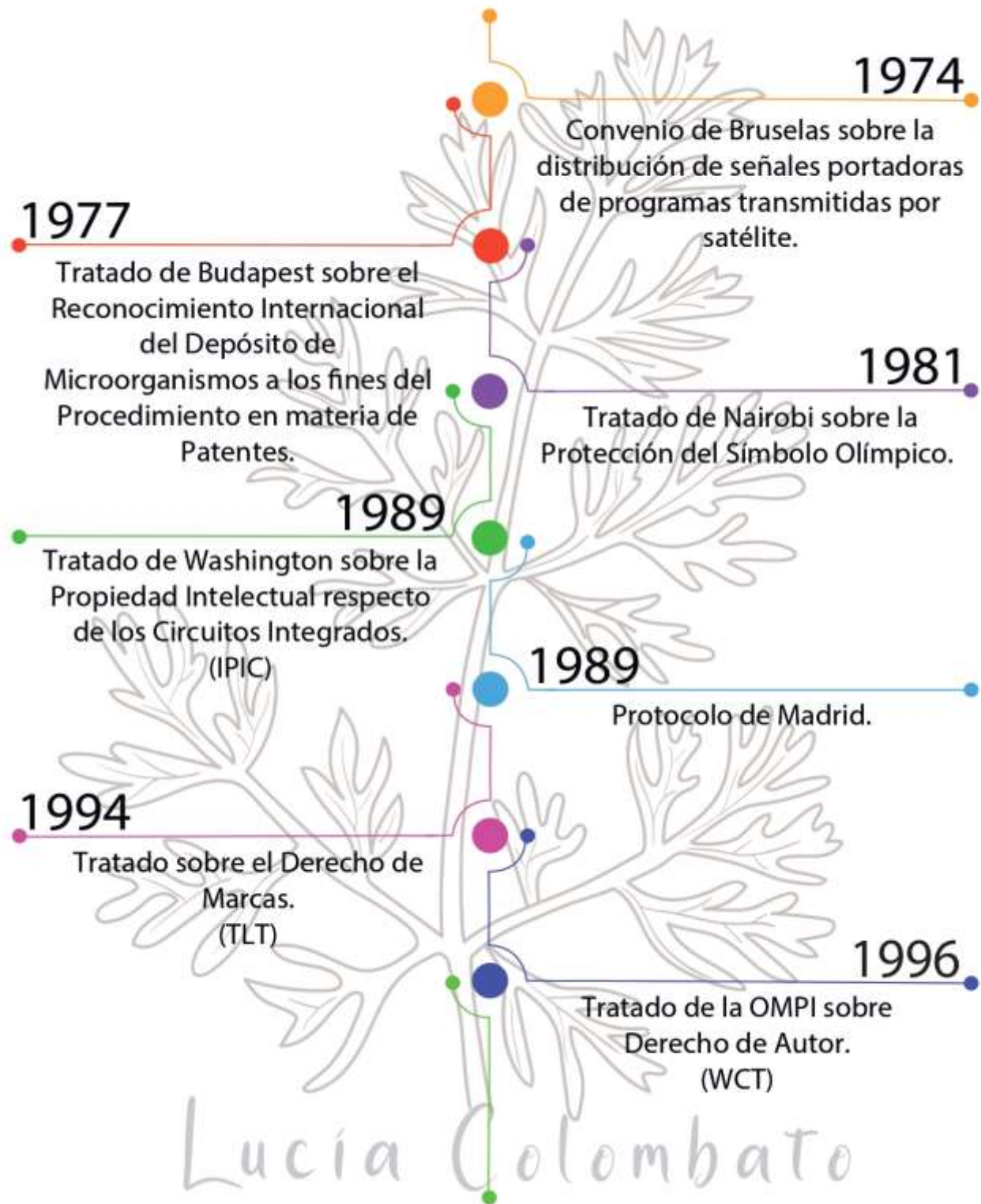
OMPI

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual



OMPI

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual



OMPI
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

