

ESTRATEGIA EN LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL. OBSTÁCULOS PARA SU CONCRECIÓN

Juan Ignacio CHIA (*)

*Quizá se trata de quién puede hacer qué a quién
y ser perdonado por ello.*

ATWOOD

Cabe que nos preguntemos a qué obstáculos se enfrenta una estrategia que propenda a la protección del patrimonio cultural en el plano internacional, y cuáles son las especificidades que este problema adopta en nuestro país. No es arriesgado, a tales fines, rescatar algunos pensamientos de Janusz Symonides, jurista polaco recientemente fallecido.

El presente trabajo tiene como objeto analizar el alcance de la tesis de Symonides —en cuanto a que los derechos culturales configuran una “categoría descuidada”⁷ de derechos humanos— en relación con el retorno y la restitución de bienes culturales a sus países de origen. A tal efecto, se presentará en primer término el planteo formulado por Symonides, para evaluar su adecuación a las normatividades existentes en el marco de la UNESCO en materia de retorno y restitución internacional de bienes culturales a sus países de procedencia.

Symonides comienza diciendo que, si bien los derechos culturales suelen reputarse como una “categoría subdesarrollada” de derechos humanos, ya que “en comparación con otras categorías de derechos humanos —civiles, políticos, económicos y sociales— los derechos culturales son los menos desarrollados por lo que atañe a su alcance, contenido jurídico y posibilidad de hacerlos respetar”,⁸ la formulación correcta del problema no debería po-

(*) Abogado (UNR). Doctorando en Derecho (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel). Adscripto en la cátedra “C” de Filosofía del Derecho (FDER-UNR). E-mail: juanignaciochia@gmail.com.

7 Puede v. SYMONIDES, Janusz, “Derechos culturales: una categoría descuidada de Derechos Humanos”. En *Sala de Prensa, Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos*, año XI, Vol. 5.

8 *Ibíd.*, s/n.

ner el eje en una supuesta falta de desarrollo, sino más bien en el descuido y en la subestimación de los derechos culturales ya existentes. Ello es así, en la medida en que el repertorio de derechos culturales contemplados en diferentes instrumentos normativos —en los diferentes planos— es ya lo suficientemente amplio. Es precisamente esta amplitud la que no cuenta con una debida jerarquización con respecto a derechos de otra índole, ni con mecanismos de reaseguro que garanticen su concreción efectiva.

Esta posición desventajosa —continúa el planteo de Symonides— se patentiza no sólo en el tratamiento doctrinario que reciben los derechos culturales, sino también en la práctica de los Estados y de los organismos supranacionales. Ello acontece a pesar de las directrices concretas que adopta el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados parte. Estas directrices dan cuenta del contenido jurídico concreto con respecto a las órbitas de responsabilidad de los Estados parte, puesto que éstos deben brindar información acerca de diferentes variables que hacen al derecho a la participación en la vida cultural, como por ejemplo, disponibilidad de fondos, infraestructura institucional, medidas de promoción de la conciencia y el disfrute del patrimonio cultural de grupos y minorías étnicas, función de los medios de difusión y comunicación, entre otras.

Las razones nombradas por el autor, que coadyuvan a este “descuido”, son múltiples. Symonides alega también la falta de una definición uniforme y vinculante del término “cultura”, que permite su utilización e interpretación de manera más o menos flexible y más o menos restringida, de acuerdo con la conveniencia del caso. A ello se agregarían los temores y sospechas de los Estados a una posible amenaza la unidad nacional si se reconociera cabalmente el derecho a diferentes identidades.

Sin embargo, a los fines del presente trabajo, parece digno de destacar de entre estos motivos el carácter fragmentario y la dispersión que signa al tratamiento normativo de los derechos culturales. Ello se presenta en tanto no existe un tratado o codificación que rija en la materia y pueda brindar pautas uniformes a los encargados del funcionamiento normativo, sobre todo

en casos de laguna, es decir, de carencias de normas aplicables para el caso concreto. Cabe recordar que existen tres clases de ordenamientos normativos que se corporizan en distintos tipos de fuentes formales: la fuente formal habitual de un mero orden es la recopilación, mientras que la de los sistemas, ya sean estos materiales (como el del derecho civil y comercial argentino) o formales (como el del derecho penal liberal), es el código. Esta gradación tiene consecuencias prácticas, pues el mero orden retiene el poder residual para los autores del ordenamiento, mientras que el sistema material lo transfiere a los encargados del funcionamiento y el sistema formal lo entrega a los beneficiarios de la norma de cierre.⁹

Esta fragmentación normativa adquiere una dimensión superlativa en el ámbito problemático de la restitución y el retorno de bienes culturales a sus países de origen. De acuerdo con la postura doctrinaria a la que adherimos y que seguiremos en el desarrollo conceptual siguiente,¹⁰ la cultura puede dividirse en cultura presente y en patrimonio cultural. El patrimonio cultural se compone de elementos culturales del pasado, que continúan siendo de importancia para el presente. Asimismo, tanto la cultura presente como el patrimonio cultural tiene una faz material cuanto una faz inmaterial. Con el concepto de “bienes culturales” son identificados los bienes materiales -muebles o inmuebles- que conforman el patrimonio cultural. De tal modo, bienes culturales son “objetos materiales, muebles o inmuebles, piezas individuales o colecciones/conjuntos, creados, modificados, acuñados por seres humanos o que reflejen su desarrollo cultural, a los cuales les corresponde un valor histórico, artístico, científico, arquitectónico, arqueológico o de otro tipo, de diferente dimensión.”¹¹

Los bienes culturales están sometidos a dos peligros: el primero de ellos atañe a su sustancia, la cual se deriva de su carácter de objetos, e implica que

9 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Rosario, 2019, p. 113ss.

10 VON DER DECKEN, Kerstin, *Kulturgüterschutz durch die UNESCO - Rückblick und Ausblick*. Bonn, Deutsche UNESCO-Kommission e.V., 2019.

11 ODENDAHL, Kerstin, *Kulturgüterschutz: Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenübergreifenden Normensystems*. Tübingen, 2005, p. 387. La traducción nos pertenece.

pueden ser destruidos, dañados, descuidados o abandonados a su decadencia. El segundo peligro incumbe a su ubicación, y resulta de su valor cultural. Puesto que la cultura es un fenómeno social y no individual, es siempre una sociedad la que le concede al objeto un valor cultural. La relación de un objeto con una sociedad hace surgir una “vinculación cultural” del bien cultural. Según explica von der Decken, “el peligro del daño a la vinculación cultural sólo existe para los bienes culturales muebles: es el peligro de su transporte a un lugar en el que se amenace con la pérdida de su valor cultural —y con ello de su cualidad de bien cultural— de manera total o parcial. Se trata de la exportación ilegal de bienes culturales fuera de un estado.”¹² Ambos peligros existen tanto en tiempos de paz, como en tiempos de guerra.¹³

El *corpus* normativo en esta materia encuentra su basamento en instrumentos desarrollados luego de que, en 1970, la Conferencia General de la UNESCO aprobara la “Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales”,¹⁴ ratificado por Argentina el 11 de enero de 1973. Esta Convención impele a los Estados a tomar medidas que prohíban y prevengan la importación, exportación y tráfico de bienes culturales, proveyendo de un marco común para los Estados en cuanto a las medidas a tomar. En su artículo primero establece que “para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia”. De la letra del artículo surge a todas luces evidente el monopolio de la estatalidad para investir a determinado objeto con la categoría —y la consecuente protección— de bien cultural. En el artículo siguiente reconoce que “la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes

12 VON DER DECKEN, op. cit., p. 4. La traducción nos pertenece.

13 *Ibíd.*

14 El texto completo de la Convención se encuentra disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes, y que una colaboración internacional constituye uno de los medios más eficaces para proteger sus bienes culturales respectivos contra todos los peligros que entrañan aquellos actos”, por lo que todo Estado parte, “cuyo patrimonio cultural se encuentra en peligro, a consecuencia de pillajes arqueológicos o etnológicos podrá dirigir un llamamiento a los Estados interesados”, conforme al artículo noveno.

Esta Convención es complementada por el Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente.¹⁵ No resulta sobreabundante recordar que UNIDROIT es una organización intergubernamental que estudia las necesidades y métodos de modernización, armonización y coordinación del derecho privado entre Estados y grupos de Estados. Este Convenio, de la cual Argentina es signataria, pretende brindar pautas para el desarrollo de mecanismos uniformes para el tratamiento de objetos culturales robados o ilícitamente exportados, permitiendo que se proceda con las demandas directamente a través de tribunales nacionales. Este Convenio, según su artículo primero, se aplica “a las demandas de carácter internacional: a) de restitución de bienes culturales robados; b) de devolución de bienes culturales desplazados del territorio de un Estado contratante en infracción de su derecho que regula la exportación de bienes culturales con miras a la protección de su patrimonio cultural”. El artículo define el alcance del término “bienes culturales”, diciendo que por ellos se entiende los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia”. Vemos que aquí no se encuentra la referencia al rol estatal en el proceso de definición como bien cultural.

Asimismo, la Resolución 3026 A (XXVII) sobre derechos humanos y desarrollos científicos y tecnológicos, adoptada en 1972 por la Asamblea General de Naciones Unidas, inaugura larga serie de Resoluciones de este

15 El texto completo del Convenio se encuentra en: http://www.lacult.unesco.org/docc/UNIDROIT_Sp.pdf.

órgano en la materia.¹⁶ En esta treintena de Resoluciones detenta una importancia destacada la Resolución 33/50, adoptada en 1978, que versa sobre la protección, restitución y retorno de bienes artísticos y culturales como parte de la preservación y el desarrollo de valores culturales. En ella se crea el Comité Intergubernamental para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en caso de Apropiación Ilícita.

Esta profusión normativa se ve, empero, desafiada por las numerosas demandas de estados que pretenden la devolución de sus bienes culturales, sustraídos de sus territorios hace ya largo tiempo. De tal suerte, la impotencia de este Comité Intergubernamental para intervenir en los conflictos suscitados, en parte debido a sus escasas competencias y al origen de su financiación, se manifiesta en la baja cifra de casos exitosamente resueltos. El carácter fragmentario del *corpus* normativo en materia de restitución y retorno de bienes culturales hace que no existan recomendaciones, reglas y principios uniformes que sirvan como guías de actuación concretas para las controversias producidas. Los conceptos homogeneizadores de “comunidad internacional” y “Estados parte” que se utilizan en el plano normativo contribuyen a invisibilizar las diferencias y desequilibrios que existen en la dimensión fáctica de las relaciones internacionales. Ello redundando en la desprotección de aquellos estados que ostentan una menor capacidad negocial, pues la zona gris en la que difusamente ingresan sus pretensiones fuerza a que las mismas se diriman por vía de la arbitrariedad.

Son célebres los debates en torno a los bienes culturales africanos, expuestos en museos europeos desde la época colonial,¹⁷ y las exigencias de restitución y retorno. Asimismo, nuestro país restituyó voluntariamente a Perú la cifra récord más de cuatro mil quinientas piezas arqueológicas, pero

16 Una nómina más completa de las resoluciones y su texto íntegro en inglés pueden ser consultados en: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/united-nations/>.

17 Puede v., p.ej.: <https://www.dw.com/de/wem-geh%C3%B6ren-afrikas-kulturg%C3%BCter/av-47402880>; https://www.deutschlandfunkkultur.de/felwine-sarr-afrotopia-schluss-mit-westlichen-kriterien.1270.de.html?dram:article_id=439817; https://www.deutschlandfunkkultur.de/koloniale-vergangenheit-wir-brauchen-eine-neue.1005.de.html?dram:article_id=439770

Argentina se encuentra en el primer lugar de los países latinoamericanos en reportar a Interpol sus bienes culturales robados, con más de dos mil ochocientos objetos culturales robados de casas particulares, galerías de arte, museos y bibliotecas.¹⁸

Es dable pensar entonces en la necesidad de desarrollar nuevos instrumentos más eficaces que zanjén las carencias de los instrumentos existentes,¹⁹ merced no sólo a la elaboración de recomendaciones y principios concretos que establezcan en qué casos debe tener lugar una devolución y en cuáles no, sino también al fortalecimiento de las competencias del Comité y -en el mediano plazo- eventualmente incluso la creación de una instancia o una tribunal que pueda dictar decisiones con carácter vinculante para los estados. Todo este proceso exige el planteamiento no de una táctica cortoplacista, sino de una estrategia. De otra forma, los derechos culturales seguirán siendo derechos humanos de segunda categoría.

18 Puede consultarse información al respecto en: <https://www.cultura.gob.ar/restitucion-de-piezas-arqueologicas-8077/>.

19 VON DER DECKEN, op. cit., p. 12.