América Latina y los límites de la legalidad Especial referencia a la protección del patrimonio cultural

Latin America and the Limits of Legality. Special Reference to the Protection of Cultural Heritage

Pablo Luis Gasipi
Consejero Académico de la Academia Belgraniana de la República Argentina



1

Las exposiciones de la Reunión de Gestores INAH 2023 fueron muy enriquecedoras. Rescato, como punto de partida, que Dolores Martínez Orralde sostuvo la importancia de "conocer para poder proteger" y que David Andrade Olvera contó que prefiere, para cumplir su cometido, una ayuda similar a "la gota que dure y no al chorro que falte".

La protección del patrimonio ambiental, tanto el natural como el antrópico, se asienta en un trípode y —según lo veo— esas expresiones son la médula de dos de sus patas: *conocer* qué y para qué se va a preservar y conservar cosas, tradiciones u otras manifestaciones inmateriales de la cultura; y *encaminar y dirigir* firmemente acciones para lograr aquel objetivo. También quedó en claro que todo lo que se haga para avanzar en este sentido debe ser guiado por la idea de "buenas prácticas" expuestas por Louis Noelle Gras y que debe realizárselo con la coordinación imprescindible sobre la que nos ilustró Sergio Estrada Rojas.

El tercer apoyo de la protección es la *legalidad ambiental*, que prevé y regula qué elementos patrimoniales se custodian especialmente y cómo se consumarán los otros dos soportes. A este aspecto normativo se referirán las líneas que van a continuación.

La separación de esos tres elementos es didáctica, pues la fuerza de los hechos y la necesidad de una tutela amplia, firme y tempestiva impone que los tres elementos sean entendidos sistemáticamente y ejecutados entre todos los habitantes de una vez. Algo así como una composición

virtuosa de lo sucedido en Fuenteovejuna o una comprensión acabada de lo planteado en el documento final de la Conferencia Mundial UNESCO-Mondiacult-2022, en tanto existe una comprobada repercusión multidimensional de la cultura en todas las áreas la sociedad.[1]

2

La legalidad, que no es ni más ni menos que uno de los principios fundantes y ordenadores de la convivencia comunitaria, está compuesta, dicho rápidamente, por las normas que regulan esa vida compartida en un espacio dado —conceptos de ciencia política y sociológicos de población y Estado—.

A partir de su Constitución Política correspondiente, cada Estado estructura un conjunto de leyes y normas subordinadas a ella que disciernen la vida de sus habitantes en todos los sentidos. Tiene ese conjunto normativo dos vertientes: una es permisiva —con dos líneas a su vez: *i)* lo que no está expresamente prohibido puede hacerse y *ii)* se reconocen los derechos y deberes de los habitantes entre sí y con el Estado—, mientras que la otra es prohibitiva —indica qué no se debe ejecutar y cuáles son los límites de la actuación del Estado en relación a los particulares—.

A su vez, el avance de la idea de comunidad internacional, los nuevos parámetros de comunicación interpersonal asidua y la creciente relación interestatal continúa —grandes fenómenos consolidados durante el siglo XX— lograron que convivan en un mismo Estado las normas propias y otras, de estipulación bi- o multinacional, cuyo cumplimiento es igual de obligatorio; por eso existe actualmente en cada Estado un conjunto de leyes variado que dan forma a una *legalidad amplia* que todos sus habitantes deben acatar.

Por otra parte, no se debe olvidar que la protección del *patrimonio cultural* es una acción antigua, con sus normas jurídicas de apoyo de la misma condición. Así, sabemos —entre otros ejemplos— que Alfonso X el Sabio, tanto en el Fuero Real como en las Partidas, reguló el asunto para su reino (España, siglo XIII) y que la bula del papa Pío II *Cum almam nostram urbem* (1462) imponía el cuidado especial de los edificios antiguos de Roma y sanciones para quienes los dañaran.

En ese contexto, lo cierto es que el concepto *patrimonio cultural* como lo conocemos hoy y la estructura normativa para definirlo, regularlo e imponer la obligación de su tutela y preservación se exteriorizaron claramente a partir de y en el llamado *constitucionalismo moderno* (reparo en lo dicho por Diego Prieto Hernández en su clase inaugural sobre las menciones específicas a este aspecto en la Constitución mexicana de 1917).

Así, es posible sostener que la normatividad —conjunto de constituciones, leyes y normas, propios o de adhesión internacional— tiene actualmente una rama de leyes muy concreta: *la normatividad ambiental-cultural*. A ella van dedicadas las líneas que siguen.

3

Puede sostenerse, teniendo en cuenta lo antedicho, que existe una idea consolidada —es importante la protección del patrimonio cultural— que se manifiesta a través de una regulación básica acepta-

[1] Véase https://www.unesco.org/sites/default/files/medias/fichiers/2022/10/6.MONDIACULT_EN_DRAFT%20FINAL%20DECLARATION_FINAL_1.pdf.

da mundialmente; ese nuevo conjunto de normas constituye un sistema internacional uniforme.

Los acuerdos internacionales sobre patrimonio cultural —que establecen, básicamente, qué cuidar, presentan reglas básicas sobre cómo hacerlo y establecen que el Estado es el principal obligado a trabajar en ese asunto— son de cumplimiento obligatorio para los Estados que los acepten como parte de su propio conjunto normativo vigente (de nuevo, recurro a las ideas que presentó Sergio Estrada Rojas para aclarar este tópico). Luego de esta incorporación, deberán promover la adecuación de su legislación interna a la normativa internacional y, como acción concreta, se deberán adecuar todas las decisiones del poder público interno al cumplimiento de las pautas del sistema internacional. En ambos casos, no se podrá perforar el piso de protección establecido en la normativa internacional pero sí mejorarlo y ampliarlo atendiendo a su propia idiosincrasia y a la especificidad de su propio acervo.

En lo que aquí importa, las convenciones internacionales que forman la legalidad para la tutela del patrimonio cultural material en la actualidad son:

1) el llamado Pacto Roerich, de 1935 —Tratado sobre Protección de Instituciones Artísticas y Científicas y Monumentos Históricos—;
2) la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, su Reglamento y Primer Protocolo (ONU, La Haya, 14 de mayo de 1954) y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya, de 1954, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 1999);
3) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, Nueva York, 1966);
4) la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedades Ilícitas de Bienes Culturales (ONU, París, 1970), que debe ser complementada —en lo pertinente— con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000);
5) la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (UNESCO, Paris, 1972);
6) la Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico, y Artístico de las Naciones Americanas —Convención de San Salvador— (OEA, Washington, 1976);
7) la Convención del UNIDROIT sobre objetos culturales robados o exportados ilegalmente (Roma, 1995); y
8) la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (UNESCO, París, 2001).

Entre todas ellas y sus reglamentaciones forman —como ya se dijo— un sistema internacional uniforme de tutela del patrimonio cultural, al que todos los Estados subordinan sus disposiciones y decisiones internas. Este sistema aglutina a tres regímenes: el *preventivo*, el *reforzado* y el *sancionatorio*.

En el conjunto de *normas preventivas* están las prescripciones permanentes referidas a la identificación de bienes culturales que merecen protección, a la difusión de la importancia de esos objetos y la necesidad de su cuidado, a la educación —formal e informal— sobre esas piezas y sobre cómo llevar adelante la tarea, a las normas de su registro o inventario y a las especi-

ficaciones sobre la custodia (espacio éste en donde se impone un trabajo de concertación de acciones de cuidado entre el Estado y los coleccionistas particulares y en el cual los protocolos de actuación cobran gran importancia, como expresó Sophie Delepiere, experta del ICOM, durante el Taller Regional de Capacitación para el Combate del Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, celebrado el de 3 de octubre de 2023, convocado por la UNESCO y llevado a cabo en Río de Janeiro, Brasil). La desatención a estas normas de prevención inicia una senda que permite el tráfico ilícito de bienes culturales.[2]

Respecto de las *normas de prevención reforzada*: A la previsión genérica vista anteriormente, se agregan normas específicas para ciertas ocasiones y lugares: casos de guerra o conflicto armado. La Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1954) y sus Protocolos (1954 y 1999) contienen detalles sobre las acciones de identificación y custodia de los bienes en tiempos de paz y sobre salvaguardia, respeto irrestricto y eventual transporte —programado o urgente— para el caso de guerra o conflicto armado, interno o internacional. Los bienes culturales identificados según las pautas de la Convención gozan de protección especial en ese tiempo convulso, la que los coloca fuera de "cualquier acto de hostilidad respecto a ellos", como asienta el artículo 9 de la Convención.

En cuanto a las *normas sancionatorias*, si por algún motivo los regímenes preventivo y preventivo reforzado fallan o no se aplican sus disposiciones por la causa que fuere, se activa este último subgrupo de normas, el más severo, el que contiene normas represivas, las cuales prevén que ante un hecho dañoso a bienes culturales, un espolio o una destrucción de monumentos o bienes muebles o ante hechos de tráfico ilícito de bienes culturales exista una sanción penal —prisión, multa o penas alternativas para su cumplimiento—, se disponga el decomiso de la pieza objeto del delito y que, eventualmente, se la restituya a aquel Estado que la reclame con legítimo derecho.

Dos cometarios sobre este ítem:

1) Algunas veces existe conflicto entre las disposiciones de la normativa internacional y la nacional, porque ésta no se adecuó al sistema global, porque puede haber puntos divergentes en sus posiciones o por lo que implica su aplicación interna sin la debida adecuación. Es un dato a tener en cuenta al momento de comprender el sistema y al de analizar cómo los Estados cumplen las disposiciones de las Convenciones.
2) Por otra parte, el principio de tipicidad penal —solamente quien adecue su conducta concreta a lo que la ley puntualmente considera delito puede ser imputado, en palabras sencillas— obliga a que las normas sean estrictas y no ambiguas, a que sean precisas; desde allí, como las menciones a la punición de ciertas conductas en los instrumentos internacionales son indirectas y a que cada Estado presenta

[2] *Cfr*. las "Directrices" contenidas en la Resolución 69/196 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2014 (disponible en https://www.unodc.org/documents/organized-crime/trafficking_in_cultural/RES-681-86/A_RES_69_196_S.pdf), y mi interpretación sobre el fenómeno en "Tráfico ilícito de bienes culturales y delito complejo. Mínimas observaciones criminológicas", *Poliedro*, núm. 3, pp. 112-118, 2020, disponible en https://usi.edu.ar/publicacion-archivos/numero-3-completo/.

particularidades en punto a su sistema de leyes penales, queda en claro que cada Estado deberá regular este aspecto en su legislación doméstica.

4

La legalidad atinente al patrimonio cultural es parte de la legalidad ambiental. Tal situación —la unión y sujeción de las normas que nos interesan en aquellas más amplias que tutelan el ambiente en general— es a su vez la que, por una parte, regula las obligaciones de la actuación del Estado y de los agentes públicos comprometidos en ello y, por la otra, proporciona los instrumentos para una tutela anticipatoria, ágil y tempestiva. Este aspecto, poco explorado, es la base de un análisis diferenciado de la normatividad vigente y de su aplicación a los procesos de preservación del patrimonio cultural o a aquellos que juzgan su degradación.

En definitiva, lo que se pretende es la custodia de los bienes del patrimonio cultural y la prevención a que padezcan daño o espolio, ya que las consecuencias de esas agresiones —por la naturaleza misma del objeto cultural— son irreparables. Lo mismo sucede con la degradación ecológica o con el daño al patrimonio ambiental mixto; desde allí está justificada la asimilación de situaciones y el uso de regulación uniforme para ambos extremos.

Antes que la represión es fundamental la previsión: son más provechosas las medidas anticipatorias del menoscabo patrimonial que el castigo penal porque éste haya ocurrido. El conjunto de normas de amparo ambiental vigente a nivel global, con las particularidades que le imprime cada Estado en atención a sus propios bienes identitarios, es el elenco más apropiado para estructurar y ejecutar lícitamente aquel objetivo. A partir de esta afirmación es que los límites de la legalidad se pueden flexibilizar, sin llegar a romper aquella frontera que ella misma impone.

El agente público o el particular que vaya a echar mano de los principios jurídicos o de las normas preventivas o de prevención reforzada debe tener en cuenta que la interpretación y el uso de las mandas de tutela del patrimonio cultural está aliviado y adecuado por el objetivo específico al que sirve, cediendo en tal caso las formalidades y los términos tan estrictos de actuación que se imponen para otras prácticas que requieran la intervención del Derecho para su solución. Sin romper aquellas vallas, se espera en estos casos un proceder oficial o particular rápido, menos formal y que esté guiado por la concertación de voluntades. Está bien que así sea porque las normas aplicables al caso específico lo prevén y autorizan.

El límite de la legalidad no se perfora cuando se adecua su contorno para incluir aquellas decisiones que se adopten. El objetivo final —prevenir la degradación o el espolio— justifica esta flexibilidad.

La consecuencia del ajuste previsto se percibe en dos áreas; *i)* la de prevención, por la aplicación de normas propias de la tutela de los elementos del ambiente, de la aplicación de los principios de desarrollo sostenible y los referidos a la anticipación del daño —principios preventivo y precautorio—, y *ii)* la de organizar la tutela efectiva de los bienes.

El segundo de los ítems es el que más interesa desarrollar para esta breve explicación, porque toca directamente la labor de los gestores del patrimonio, ejes del Encuentro y —por sobre todo— los respon-

sables de la ejecución de las políticas de preservación de los bienes culturales.

La labor de los gestores en este aspecto defensor es constante y benéfica, a veces desconocida y muchas veces minimizada. La de quienes hacen trabajo en campo o en un escritorio, la de quienes lo hacen con sus manos, su cuerpo y algunas herramientas, o quienes usen plumas estilográficas u ordenadores para expresar ideas; sin el apoyo e intervención de todos ellos, la obtención del logro previsto en las normas internacionales y nacionales y en las ideas ambientales que abrazamos con énfasis, estaría entorpecida. El modo que encuentro de colaborar con tan linda y provechosa labor es dejar estas líneas, de aliento y de advertencia sobre cómo aprovechar el sistema que las leyes ponen a su alcance para desarrollar, con respaldo concreto, una acción tan compleja como interesante y provechosa.

El punto de partida para el desarrollo de este avance virtuoso es el conocimiento sobre qué preservar y para qué, el que se centre en qué ideas u objetos con rasgos culturales resultan aptos y deben ser incluidos en la conservación y tutela diferencial; luego, saber cómo, dónde, para qué y para quiénes hacerlo. Estos datos surgen de estudios antropológicos o sociológicos, ciencias de las que se nutre el derecho para organizarse a través de las leyes.

Aceptado entonces que existe normativa especial sobre tales extremos, también su conocimiento es necesario. Íntimamente relacionado a esto van los temas de la educación ambiental, la difusión de los principios y los motivos del cuidado y, por último, las acciones de promoción de aquellas decisiones y acciones. En síntesis, hacer conocer y promover la importancia institucional y económica de la protección del patrimonio cultural de una Nación —previsto en las leyes vigentes— es indispensable. Valen aquí nuevamente, tanto como en los primeros párrafos de este escrito, las palabras de Dolores Martínez Orralde, David Andrade Olvera y Louis Noelle Grass.

A partir de esa base de conocimiento, llega la segunda acción benéfica, aquella en que la labor y la presencia de los gestores es imprescindible: la actividad específica de cuidado, de vigilancia real de los bienes que componen el patrimonio cultural de cada nación. Se trata de acciones y funciones propias de cada Estado, que, conociendo su propio patrimonio y la idiosincrasia de su gente, dispone las herramientas o medios idóneos de cuidado que se utilizarán. Como fue dicho, esas normas deben estar, a su vez, imbricadas en la normativa internacional vigente. Este mandato de la normativa internacional genera acciones estructuradas y organizadas a nivel global que, hasta ahora, han dado buenos resultados y mejorado las capacidades de los Estados miembros que aceptan sus postulados.

La efectividad de estas acciones se logra si son coordinadas —a nivel internacional y en lo local, para que se logre la intervención de todos los departamentos del Estado y de todos los agentes públicos y particulares—; rápidas —para evitar el daño patrimonial es imprescindible la actuación tempestiva— e inteligentes, lo que implica que se tolere, dentro de los razonable, la creatividad y novedad de las medidas que se disponen para lograr el objetivo. Tal vez esta última sea la que más resisten ciertos agentes que asientan su labor en esquemas o formalidades. Es cierto que el avance de los problemas que generan degradación ambiental crece más rápido que la respuesta que la ley les opone. Pero también lo es que existen herramien-

tas que pueden adecuarse para impedir esos daños, ese espolio o ese tráfico ilícito de bienes culturales o la degradación producida, entre otros factores, por la globalización, por los desastres naturales, por las guerras, por el crecimiento del estraperlo.[3]

Las normas existen, son de buena factura y buenas previsiones; pueden ser utilizadas; deben serlo, bajo los parámetros más modernos de aplicación y ejecución de las leyes. Esa posibilidad es la adecuación de los límites de la legalidad.

Las normas del derecho ambiental son amplias, informales, soportan la ejecución de medidas útiles y urgentes para evitar el daño que se aproxima y, en definitiva, no oponen obstáculos a que, flexibilizando los contornos de la normativa vigente, se adopten las medidas que sean necesarias para evitar el daño ambiental.

5

En definitiva, la amplitud de las normas ambientales —dentro de las que están las de protección del patrimonio cultural, dato que se repite para no olvidarlo— ensancha los límites de la legalidad conocida hasta ahora y, sin romper sus límites, si el objetivo de esa compatibilización de principios y normas es la tutela efectiva del patrimonio cultural y de los objetos que lo componen, permite flexibilizar la utilización de sus términos y, a la vez, darle una interpretación espaciosa a sus mandas.

En fin, frente a una situación enredada en cuanto a la tutela de los bienes del patrimonio cultural y —por otra parte— contando con un conjunto de normas que faculta para proceder bien y rápido, lo que no podemos permitirnos es dudar en lo beneficioso del objetivo ni relegar la ejecución de acciones para logarlo. Por tanto, cierro con una frase que hace años me acompaña como estímulo firme: advirtió Don Quijote a su amigo Sancho Panza:

Manos a labor, que en la tardanza dicen que suele estar el peligro
(parte I, cap. XXIX).

Buenos Aires; enero de 2024

[3] *Cfr*. las causas identificadas por Johanna Maria Theile, conservadora chilena, en su publicación "El Patrimonio Cultural, rehén del mundo actual", ICOM-Argentina, disponible en https://icom-argentina.mini.icom.museum/wp-content/uploads/sites/27/2018/12/patrimonio_cultural_reheneada.pdf.