

PATRIMONIO CULTURAL. PROTECCIÓN DE UN DERECHO QUE NACE DE UN SENTIMIENTO HUMANO Y ES RECREADO POR EL MISMO¹

Javier Manuel Doria Arrieta²

*“La cultura en sus diversas manifestaciones
es fundamento de la nacionalidad”*

Constitución Política de Colombia, 1991

Fecha de Recepción: Abril 8/2012
Fecha de Aceptación: Abril 30/2012

¹ El presente artículo hace parte de la investigación “Fiestas de Independencia de Cartagena como Patrimonio Cultural Inmaterial”, liderada por el autor.

² Abogado de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho de la Universidad del Norte, actualmente docente de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

RESUMEN

El Patrimonio Cultural como objeto del estudio del derecho, extiende sus raíces a la declaración universal de Derechos Humanos, debido a que se establece que 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.

PALABRAS CLAVE

Derecho al Patrimonio cultural. Legislación cultural. Patrimonio cultural material. Patrimonio cultural inmaterial.

ABSTRAC

Cultural heritage as the study of law, extends its roots to the Universal Declaration of Human Rights, because it states that everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits resulting therefrom.

KEYWORDS

Right to cultural Heritage. Cultural legislation. Material cultural heritage. Intangible cultural heritage.

INTRODUCCIÓN

El patrimonio cultural genera en nuestros días un interés cada vez mayor entre especialistas, instituciones y la sociedad civil. Las transformaciones experimentadas durante décadas y los procesos asociados a la radicalización de la modernidad han convertido al patrimonio en sujeto y objeto de innumerables debates. La entrada en escena de nuevos agentes, la democratización de su enunciado y el reconocimiento de su complejidad han abierto las puertas a múltiples encuentros que enriquecen su visión y comprensión (Gil-Manuel Hernández I Martí, Beatriz Santamarina Campos, Albert Moncusí Ferré, María Albert Rodrigo, 2005).

Este artículo corresponde a una investigación más extensa dentro de la cual solo constituye parte de su primer capítulo, en la cual se estudió a las Fiestas de Independencia de Cartagena de Indias como patrimonio cultural inmaterial y en la que se concluyó la positividad del enunciado teórico bajo las perspectivas del cumplimiento de los requisitos esenciales para el reconocimiento de una manifestación cultural como patrimonio inmaterial.

La investigación se elaboró en estricto ceñimiento al método socio-jurídico con la implementación de análisis y recolección de datos, así como del estudio de datos bibliográficos. Este artículo, tiene como propósito brindar al lector una aproximación a las nociones generales que desde la órbita del derecho rodean al patrimonio cultural y en ese mismo sentido muestra las variables posturas normativas y los avances que se dan frente al tema a nivel latino-americano y en nuestro país, la Regulación jurídica anterior a la constitución de 1991, y la Regulación jurídica a partir de la constitución.

Cuando se habla de patrimonio cultural, posiblemente muchos asocien intuitivamente el concepto a la noción de bien material, sin embargo, tal y como quedará demostrado, el término ha ido evolucionando, enriqueciéndose con el tiempo hasta abarcar manifestaciones inmateriales como ritos, eventos festivos, idiomas, tradiciones orales y comprender, incluso, lo que llamamos paisajes culturales que resultan de la interacción del ser humano con su entorno natural (OEI., 2005, pág. 16). En este sentido, el derecho al patrimonio cultural puede tomarse de dos formas: La primera, denominada como patrimonio cultural material, comprende solamente los bienes materiales o edificaciones que, de alguna manera, por su importancia histórica son tomados como patrimonio cultural (Lourés Seoane, 2006); la segunda, el patrimonio cultural inmaterial que implica los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad como las lenguas y los dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, los ritos, e inclusive los eventos festivos. Sin embargo, este concepto sigue siendo aún considerado extenso y a veces demasiado vago (Gil-Manuel Hernández I Martí, Beatriz Santamarina Campos, Albert Moncusí Ferré, María Albert Rodrigo, 2005).

En primer término, podemos afirmar que el patrimonio cultural es el soporte material del bien intangible más importante para un pueblo, su identidad, indisolublemente unida a la memoria (OEI., 2005, pág. 9). En verdad, el patrimonio cultural, tal y como lo define Marta Arjona, se reconoce como “aquellos bienes que son la expresión o el testimonio de la creación humana o de la evolución de la naturaleza, y que tienen especial relevancia en relación con la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, la educación, el arte, la ciencia y la cultura en general” (López Rodríguez, 2005, pág. 5). En Colombia, por ejemplo, la existencia de comunidades indígenas data de tiempos inmemoriales. Las sociedades indígenas actuales son el resultado de un largo y complejo proceso de transformaciones, reajustes y reinterpretaciones de sus estructuras socio-culturales (Jimeno, 1993).

Pues bien, hay un buen número de problemas de orden cultural que han pasado al primer plano en el debate internacional; en el que tenemos aquellos problemas referidos a las identidades, al patrimonio cultural y a la justicia cultural (Arizpe, 2002). Por lo tanto, es necesario rescatar el patrimonio cultural como representación visible de la herencia histórica, de la memoria colectiva del pueblo (Rojas de Rojas, 2005, pág. 9) debido a los retos que por la era moderna le han sido impuestos. En tal medida, la Comunidad Europea (CE) desde Maastricht (Art.128 del Tratado) ha transformado sus objetivos tradicionales incorporando la dimensión cultural a la tradicional misión de creación del mercado interior. Además de la articulación de estas políticas, que viene determinada por la cláusula de subsidiariedad (art.3), el art. 92 3d admite explícitamente ayudas comunitarias a la cultura siempre que no obstaculicen la acción de los Estados y no vaya contra las condiciones de los intercambios. Por su parte, el art. 128 se encamina a completar las acciones de los Estados miembros en el respeto a su diversidad nacional y regional, pero poniendo de relieve también su patrimonio cultural común, y a su vez haciendo énfasis en el apartado 4 del art. 128, que trata sobre la dimensión cultural de las políticas comunitarias (Asensi Sabater, 2006, pág. 12).

En Colombia, por otra parte, tal y como lo afirma Fernando Charria García en su estudio sobre normatividad jurídica del patrimonio cultural, determinar el concepto de patrimonio cultural

implica asumir una dificultad, en tanto que dicho concepto ha venido teniendo a lo largo de la historia una permanente ampliación, fruto de la igual ampliación a la del término cultura. Sin embargo, se ha establecido que el Patrimonio Cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular (Charria Garcia, 2007). En efecto, el concepto aquí aplicable incluye en forma indiscriminada los intereses culturales de carácter material e inmaterial que en un momento dado, puedan constituirse como elementos del Patrimonio Cultural. No obstante, aunque al desarrollo de esta investigación le sea interesante el patrimonio inmaterial como subsistema del patrimonio cultural, es pertinente realizar un estudio leve sobre el concepto común del patrimonio cultural material.

El patrimonio cultural material se limita al reconocimiento de algunos bienes de interés cultural, es decir, el conjunto de todos los bienes que hacen parte y construyen el territorio; dichos bienes son expresión directa, extensa y plena de la cultura de un pueblo, está directamente relacionado con los recursos ambientales como con aquellos elementos y fenómenos que son producto de la interacción social: su producción material, mueble o inmueble. En este sentido, el **patrimonio cultural material es el** conjunto de bienes que expresan las actividades culturales de la comunidad a través de soportes físicos de carácter tangible. Es por ello que el concepto de patrimonio cultural material propiamente dicho es limitado, pues sólo hace referencia a aquellos bienes o conjuntos de bienes móviles o inmóviles que puedan ser tenidos como tales.

Fue precisamente con la constitución política colombiana de 1991 que se reconoce la importancia debida a este tema. Ello se evidencia, principalmente, en la creación de la jurisdicción indígena como jurisdicción de carácter especializado, dándose así reconocimiento a las minorías étnicas de nuestro país (Monroy Rodríguez, 2006). San Agustín, Tierra Adentro, Cartagena, Santa Fe de Antioquia, Mompox, Sierra Nevada de Santa Marta, Barranquilla, Manizales, Cisneros, Popayán, entre otras constituyen ejemplos claros sobre el patrimonio cultural material de Colombia y alguna de estas también de la humanidad (Ministerio de Cultura, 2008).

1. PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

El Patrimonio Cultural Inmaterial (PCI, de ahora en adelante) abarca un vasto campo de la vida social y está constituido por un complejo conjunto de activos sociales, de carácter cultural, que le dan a un grupo humano sentido, identidad y pertenencia. Comprende no sólo los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas de un grupo humano, que hunden sus raíces en el pasado y que se perpetúan en la memoria colectiva, sino también los apropiados socialmente en la vida contemporánea de las comunidades y colectividades sociales. Comprende, además, los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes a dichos activos sociales (Ministerio de Cultura, 2008). El art. 2 de la convención de la Unesco del 2003 para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial define este último 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 reconocen 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 sostenible (Unesco, 2003). El patrimonio intangible lo constituyen las manifestaciones espirituales de la inteligencia y la sensibilidad. Entre estos se encuentran las tradiciones orales, la literatura, la música, el baile y el teatro (López Rodríguez, 2005).

Ahora bien, preservar el patrimonio intangible no significa conservar culturas tradicionales “estáticas”, como elementos exóticos del pasado, sino, por el contrario, reconocer la existencia de dinámicas internas propias a cada cultura para integrarlas de forma activa en las dinámicas del mundo contemporáneo (Vacheron, 2005).

El patrimonio cultural intangible, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del art. 2 de la convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial se manifiesta en ciertos ámbitos que son:

- 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; ³
- d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;
- e) técnicas artesanales tradicionales.

De la misma forma de acuerdo con el artículo 2 de la convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial, el Patrimonio Cultural 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; infunde a las comunidades y los grupos un sentimiento de identidad y de continuidad; y promueve el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

2. LEGISLACIÓN CULTURAL

En efecto, la legislación cultural tiene un origen relativamente nuevo en el léxico jurídico, solo se viene hablando sobre ella desde hace cuarenta años. Es conveniente recordar que fue en América Latina, en nuestra región, donde en alguna medida se acuñó por primera vez el término “legislación

³ El subrayado es propio.

cultural”, en tanto conjunto ordenado de normas jurídicas, aplicables específicamente al sector de la cultura (patrimonio cultural, cultura artística, industrias culturales, etc.) de un país (Harvey, 2005).

3. REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA CULTURA EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

Para adentrarnos en esta investigación, dentro del contexto jurídico al que queremos llegar, es necesario dar un vistazo a la forma en que se ha desarrollado jurídicamente el concepto de Patrimonio Cultural en nuestro país, no sin antes hacer un análisis del mismo universalmente y un recorrido por los países en donde se usa el término, específicamente los latinoamericanos. Se aclara, de antemano, que el derecho del patrimonio cultural es una especialidad relativamente reciente, surge en el ámbito internacional por la necesidad que había de proteger los bienes culturales (materiales) de la destrucción que sufrían en tiempos de conflictos armados. Con el tiempo se hizo notorio que este tipo de bienes también habían de ser protegidos en tiempos de paz, por lo delicado de su situación. El concepto tiene varias denominaciones en Latinoamérica, entre las que se pueden mencionar "patrimonio cultural común" (Chile), "acervo cultural de la nación" (México, Bolivia), "patrimonio nacional" (Bolivia), "salvaguardia del acervo cultural" (Perú), entre otros (Harvey, 1999).

Algunos antecedentes del derecho al patrimonio cultural son, por ejemplo, las cuestiones suscitadas en el Congreso de Viena de 1815, por motivo de las incautaciones de obras de arte, los tratados de París de 1919, que se referían a la conducta de la guerra (e incluyeron la restitución de los bienes culturales) y algunos durante la segunda guerra mundial, como la conferencia de Ministros de Educación de Gobiernos Aliados, donde encontraba la restitución de objetos de arte o científicos que fueron objeto de pillaje durante la ocupación alemana de países europeos (Harvey, Derechos Culturales, 1995).

Posteriormente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en los artículos 22 y 27, define el derecho de toda persona de tomar parte libremente de la vida cultural, de gozar de las artes y de participar del progreso científico. Se define también la protección de los derechos de autor sobre las producciones científicas, artísticas y literarias⁴. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 27, otorga a las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas el derecho de disfrutar de su propia cultura, de profesar su religión y de utilizar su idioma. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en su artículo 15, dispone la obligación de los Estados Parte de garantizar los derechos anteriormente definidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y agrega la obligatoriedad de los Estados miembros de adoptar medidas para asegurar el pleno ejercicio de estos derechos, garantizándose además la libertad para la investigación creadora.

La Organización de las Naciones Unidas, mediante el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enfatizó en la importancia de las obligaciones asumidas por los Estados en un desarrollo plural, equitativo y diverso de la cultura. Desde aquel momento empezaron a darse numerosos encuentros y convenciones internacionales, a través de los que fue

⁴ Estos dos artículos representan históricamente las primeras disposiciones jurídicas internacionales definidas por parte de las Naciones Unidas en el campo de la cultura.

tomando forma el debate sobre las políticas culturales de las naciones, los derechos culturales y el rol fundamental de estos en el marco del desarrollo de las distintas comunidades y de la humanidad en general. En el año de 1972, la UNESCO adopta por primera vez mecanismos de protección para el patrimonio cultural y natural.

El concepto de Patrimonio Cultural y su evolución hacia el derecho continuaron en desarrollo y fue también incluido en la Constitución Española de 1978 que, en su artículo 48, dispuso una norma encaminada a conservar y fomentar el patrimonio cultural y artístico de los pueblos españoles (Alonso, 1995, Pág 41.). Según tal inclusión, corresponde al sentimiento de la necesidad insatisfecha que supone la conservación, acrecentamiento y el goce compartido del conjunto de bienes que recogen la identidad cultural de la comunidad, así como el acceso a tales bienes por parte de los ciudadanos plasmado en un derecho de acceso a la cultura y sus bienes.

Para países como España, la inclusión de esta categoría de derechos es de vital importancia si se tiene en cuenta las especiales características que tiene ese país como consecuencia de la existencia de las reconocidas comunidades autónomas, reconocimientos que terminan con la aparición universal de nuevas tendencias doctrinales como las de Estado Cultura y Constitución Cultural (Bouzada Fernández, 2009). De la misma forma, en el contexto latinoamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su artículo XIII, garantiza la protección de los derechos culturales definidos dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Protocolo del Salvador (1967), en su artículo 14, incluye la obligación de los Estados Parte de respetar la libertad indispensable para la investigación científica y la actividad creadora. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), que define en el artículo 26 el compromiso de los Estados Parte de adoptar las medidas pertinentes para cumplir con el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Desde el punto de vista latinoamericano, las constituciones políticas de los países que la integran han reconocido los derechos culturales, y por ende la tutela constitucional, en el que se hace claridad en cuanto a las constituciones de los distintos países, pues se hace referencia a los artículos de las constituciones que muestran dentro de su estructura la garantía de protección otorgada a la cultura. En este sentido, México (1917-1992) ampara a sus pueblos indígenas, protegiendo y promoviendo “el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social (Justiniano Robledo, 2006)”, de igual forma, el art. 27 de la constitución mexicana establece que la ley protege la “integridad de las tierras de los grupos indígenas (Constitucion Política de los Estados Unidos de México)”. Bolivia, por su parte, (1966-1967), consagra la inviolabilidad de la dignidad y libertad de las personas (art. 6) y precisamente en ese marco el artículo 171 reconoce la “personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas”; a las “autoridades naturales” de dichas comunidades, las que “podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes”.

Panamá “reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales”, a la par que implementa “programas para desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios

de cada una de sus culturas” (art. 86). De modo complementario, tutela para “las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas” (Justiniano Robledo, 2006)”. Ahora bien, el art. 86 de la constitución política panameña establece que el estado fomentará el desarrollo de la cultura física mediante instituciones deportivas, de enseñanza y recreación que serán reglamentadas por la ley (Constitución Política de la República de Panamá, 1972). De igual manera, el artículo 87 de la carta política panameña establecen que el estado reconoce que las tradiciones folclóricas constituyen parte medular de la cultura nacional y, por tanto, promoverá su estudio, conservación y divulgación, estableciendo su primacía sobre manifestaciones o tendencias que la adulteren (Constitucion Política de la República de Panamá, 1972).

Ecuador (1979-1996-1998-2008) tutela las demás “lenguas aborígenes que forman parte de la cultura nacional (Justiniano Robledo, 2006)” y El Salvador (1983) vela por las lenguas autóctonas, respetándolas, preservando y difundiendo (art. 62).

Nicaragua (1986) consagra el “pluralismo político, social y étnico”. En consecuencia, “reconoce la existencia de los pueblos indígenas que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y, en especial, de desarrollar su identidad y cultura”, como asimismo reconoce sus derechos a tener su propia organización social (art. 5). En lo que respecta a la reforma agraria, regula que se elimine “cualquier forma de explotación a los campesinos, a las comunidades indígenas del país (Justiniano Robledo, 2006)”.

Paraguay (1992) reconoce la “existencia de pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado paraguayo” (art. 62), consagra su derecho a la identidad étnica, que debe preservarse y desarrollarse “en el respectivo hábitat” (art. 63), resguarda la propiedad comunitaria de la tierra (art. 64), ampara un amplio derecho a “participar en la vida económica, social, política y cultural del país” (art. 65) y, respeta las “peculiaridades culturales de los pueblos indígenas” y atiende lo relativo a su educación y a sus lenguas (art. 66 y sus concordantes) (Justiniano Robledo, 2006).

Perú (1993) consagra la igualdad ante la ley, lo que implica que no deben existir discriminaciones; además, el “Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” (art. 2) y tutela “las lenguas aborígenes (Justiniano Robledo, 2006)” (art. 48). En otro orden, se les otorga a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas funciones jurisdiccionales, de conformidad con el derecho consuetudinario, pero con el límite de que no se violen los derechos fundamentales del hombre (art. 149). Señala la doctrina que Chile cuenta con la Ley Indígena de 1993 (Cárdenas, 2005).

3. REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE LA CULTURA Y DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN COLOMBIA

3.1 Regulación jurídica anterior a la constitución de 1991

En Colombia, la regulación jurídica del derecho a la cultura, y en definitiva del patrimonio cultural material e inmaterial, varía con respecto a las constituciones y reglamentaciones de los

distintos países latinoamericanos. En nuestro ordenamiento jurídico constitucional anterior a 1991 existieron diversas acepciones que pueden generar confusión frente al comienzo de la regulación del Patrimonio Cultural. Así, por ejemplo, el numeral segundo del artículo 55 de la constitución política de 1821 establece como atribución exclusiva del Congreso de la República *decretar lo conveniente para la administración, conservación, y enajenación de los bienes nacionales* (Constitución Política de 1821). Sin embargo, este numeral si bien hace referencia a la conservación, hay que señalar que por el contexto histórico de la época, esta “conservación” atendía a los aspectos funcionales de los bienes nacionales, es decir, no se tenían en cuenta posibilidades de importancia histórica, científicas u otras que tuvieran relación directa con lo que ha sido explicado como patrimonio cultural; en otras palabras, se trataba única y exclusivamente de la conservación o mantenimiento de la estructura funcional de los bienes nacionales (Charria García, 2007). Posición similar puede tomarse de los numerales 2 y 12 del artículo 36 de la Constitución Nacional de 1830, la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 entre otras.

Sin embargo, la inexistencia de regulación constitucional sobre la materia no impidió que existiesen leyes y decretos que implicaran desarrollo y aplicación de la constitución del Patrimonio Cultural. En este sentido, en el año de 1822, un decreto de gobierno crea las bibliotecas públicas y se constituye como un avance trascendental en la historia educativa colombiana, pues evidencia el espíritu de la época en búsqueda de la reducción del analfabetismo existente (Charria García, 2007)⁵. En esa misma línea de ideas, Charria García, en su libro *Normatividad jurídico del patrimonio cultural en Colombia*, realiza un estudio sobre las distintas regulaciones existentes desde la fecha anteriormente mencionada, siendo la más importante la Ley 84 de 1881, que consagra la celebración del centenario del Libertador y que llama la atención porque en ella se indica un día para festejar, sin que ello adquiera perpetuidad, es decir, se celebra solo en ese momento y que indica una vaga idea de lo que podría ser una especie de patrimonio cultural inmaterial, que puede ser tomado como un antecedente del siglo XIX (Ley 84 de 1881).

En 1924 es expedida por el Congreso de Colombia la Ley 232 del 13 de noviembre de ese año, la cual establece el régimen legal sobre la conservación y embellecimiento de los monumentos históricos de Cartagena (Ley 232 de 1924). De igual forma, en el año 1946 es expedida la Ley 107 del 30 de diciembre de ese año, en la que se establecen varias disposiciones sobre monumentos nacionales y la ciudad de Cartagena (Ley 107 de 1946). Ya a mediados del siglo XXI aparece la Ley 163 de 1959 en la que se establecen los mecanismos de defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos nacionales, así como la creación y la delimitación de las funciones del consejo de monumentos nacionales (Ley 163 de 1959), y su decreto reglamentario No. 264 del 12 de febrero de 1963 (Convenio Andrés Bello, 2000). Por último, cabe resaltar que estas no son las únicas leyes con anterioridad a la promulgación de la Constitución del 91 que tengan relación directa con el tema objeto de investigación, pero sí las que tienen inmediata incidencia en el tema que se estudia (Convenio Andrés Bello, 2000).

⁵ Se piensa que es trascendental no sólo por este motivo, sino también porque los fines de la educación son hoy en día considerados como parte importante del Patrimonio Cultural; dentro de este último, de acuerdo a las definiciones otorgadas por la doctrina y la propia ley, se encuentra el elemento de la intelectualidad. Fijese de esta forma, cómo uno de los mecanismos de protección de la cultura indígena colombiana ha sido la salvaguardia de sus lenguas nativas, es decir, el respeto por sus idiomas naturales.

3.2 Regulación jurídica a partir de la Constitución de 1991

En la Constitución Política de 1991 se destacan los artículos 70, 71 y 72, en los que se consagró el derecho a la cultura como parte de los derechos sociales, económicos y culturales, o bien derechos de segunda generación, lo que constituyó un cambio y avance significativo y considerable en esta materia pues se pasa de la mentalidad radical del estado consistente en el ideal de garantizar su poder y mantenerse como estado, a velar por el cumplimiento de ciertos derechos como lo es el derecho a la cultura que, en efecto, entra en la órbita garantista a cargo del estado. Sin embargo, estos no son los únicos artículos constitucionales que hacen referencia al tema. Al respecto, dentro de la constitución se encuentra el reconocimiento y la protección del Estado de la diversidad étnica (art. 7), reconocimiento de las lenguas indígenas en sus territorios, lo mismo que la etnoeducación y la enseñanza bilingüe (art. 10 e inciso 5 del art. 68), el reconocimiento a su propia justicia dentro en sus jurisdicciones (art. 246), la igualdad y dignidad de sus culturas como fundamento de la nacionalidad (Jacqueline Blanco Blanco y Elias Castro Blanco, 2005).

De otra parte, los artículos constitucionales recientemente citados, a su tenor literal rezan lo siguiente:

Artículo 70: El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la Investigación, la Ciencia, el Desarrollo y la Difusión de los Valores Culturales de la Nación (Constitución Política de 1991).

Artículo 71: La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la Ciencia y la Tecnología, y las demás manifestaciones culturales, y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades (Constitución Política de 1991).

Artículo 72: El Patrimonio Cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La Ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos, asentados en territorios de riqueza arqueológica (Constitución Política de 1991).

De los artículos constitucionales anteriormente transcritos se concluye que los derechos culturales se encuentran a cargo del estado, toda vez que es a este último a quien le corresponde la protección, promoción, fomento (libertad de expresiones artísticas) y preservación de las manifestaciones culturales que pertenezcan a la Nación. Es evidente, entonces, que la obligación positiva del Estado de garantizar la existencia de los recursos efectivos para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos, pueden ser reclamado por medio del recurso judicial idóneo (Reina Castillo, 2004).

Es interesante constatar que el Patrimonio Cultural de la Nación se encuentra conformado por el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales. No obstante, la norma constitucional poco se refiere a la constitución del patrimonio cultural inmaterial, solo se limita al reconocimiento del patrimonio arqueológico como patrimonio cultural que pertenece al estado. Sin embargo, la misma norma se refiere también a la posibilidad de existencia de otras clases de patrimonio cultural, claramente establece que otros bienes culturales pueden conformar la identidad cultural (art. 72).

No obstante, para el estudio que ahora se desarrolla, sin restar mérito al avance jurídico y jurisprudencial que se ha desarrollado de los artículos constitucionales citados y transcritos, en materia de derechos culturales, se cree que es el último de estos, es decir el art. 72 constitucional, el que en realidad constituye pleno punto de partida para el análisis normativo del tema que ocupa a esta investigación. En efecto, los art. 70 y 71 de la Constitución Política Colombiana se refieren al acceso a la cultura, a través de los medios de educación permanente en igualdad de condiciones y a la libertad de la búsqueda del conocimiento y la expresión artística respectivamente, mientras que, el art. 72 superior se refiere al Patrimonio Cultural de la Nación y a la protección que este debe recibir por parte del Estado. No obstante la merecida protección del patrimonio cultural material o inmaterial, no radica solamente en cabeza del Estado pues, al igual que este, los particulares tienen la obligación de protegerlos. En este sentido, el Honorable Consejo de Estado Colombiano, en sentencia del 30 de julio del 2004, expresó: La Carta trae como principio fundamental, la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas naturales y culturales de la Nación (artículo 8°); ordena que en los planes de desarrollo económico y social se incluyan “el fomento a las ciencias y en general, a la cultura” (artículo 71); así mismo, expresa que “El Patrimonio Cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles”, instituye que la ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieren tener los grupos étnicos, asentados en territorios de riqueza arqueológica (artículo. 72). Para reglamentar los anteriores preceptos Constitucionales, se expidieron varias leyes: La Ley 397 de 1997 en la que se creó el Ministerio de Cultura como organismo rector de la cultura a nivel nacional y le fueron asignadas las funciones de proteger, valorar y difundir el Patrimonio Cultural de la Nación, lo cual, según definición de esta ley, lo constituye “todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los

productos y las representaciones de la cultura popular” (Acción de Cumplimiento de José Cañón Alonso contra el Ministerio de Cultura, 2004). En este mismo sentido, la Honorable Corte Constitucional colombiana, en sentencia de constitucionalidad del 13 de febrero del 2008, en la que se hacía la Revisión de constitucionalidad de la “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”, aprobada en la Conferencia General de la UNESCO, en su reunión celebrada en París y clausurada el diecisiete (17) de octubre de 2003, y de la Ley 1037 de 2006, aprobatoria de aquélla, estableció que: Los compromisos del Estado Colombiano en el plano nacional para la protección de su patrimonio cultural inmaterial (Parte III –artículos 11-15), compaginan sin dificultad con los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución, en materia de protección de la diversidad étnica y cultural, de investigación y fomento de las manifestaciones culturales del país. En ese sentido, la elaboración de inventarios, la generación de políticas, la creación de organismos de salvaguarda del patrimonio, la adopción y promoción de estudios e investigaciones, la realización de foros y de otros espacios destinados al cumplimiento de la finalidad esencial del tratado y la creación de instituciones de documentación, son todas tareas que contribuyen a la realización de los fines señalados. Además, el énfasis de la Convención en los procesos educativos y de fortalecimiento de competencias y en la participación de las comunidades, grupos e individuos, en especial de los jóvenes, para asociarlos activamente a la protección del Patrimonio Cultural (arts. 14-15) tiene una importancia especial en el marco del derecho a la educación (Art. 69 y 70 C.P.) y de los principios constitucionales, que orientan la acción del Estado hacia el logro de una sociedad más incluyente y participativa (Sentencia de Constitucionalidad C - 120, 2008).

Por otro lado, cabe resaltar el requisito de un bien material o inmaterial para que ostente el privilegio de recibir protección especial del Estado; este debe tener la calidad de bien de interés cultural que se obtiene mediante declaratoria expresa del Ministerio de Cultura, si es del orden nacional, o de las alcaldías o gobernaciones si es del orden municipal, distrital o departamental respectivamente. En este orden de ideas, el alto tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia, en sentencia del día 6 de marzo del 2003, estableció que para interpretar correctamente el núcleo de protección del derecho colectivo, objeto de análisis aquí, debe tenerse en cuenta que el artículo 7º de la Ley 472 de 1998 dispone que "los derechos e intereses protegidos por las acciones populares y de grupo, de conformidad con el artículo 4º de la presente ley se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia". Esto significa que la definición conceptual de los derechos colectivos está sometida a la regulación específica sobre el tema, por lo que en caso de que exista reglamentación expresa, su entendimiento se aparta de los conceptos subjetivos de los particulares y de las autoridades y, por el contrario, se limita a la hermenéutica de la norma que los defina. Así, mediante la Ley 397 de 1997 se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias. Específicamente, el artículo 4º de esa normativa definió el concepto de Patrimonio Cultural de la Nación; de la lectura de esa norma se puede colegir que no toda forma de expresión cultural o artística puede considerarse integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, puesto que para que adquiera ese carácter es necesario que exista la declaración como bien de interés cultural o como monumento nacional. Esa declaración, según el artículo 8º ibídem, corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Cultura y previo concepto del

Consejo de Monumentos Nacionales, hoy Consejo Nacional de Patrimonio Cultural. A las entidades territoriales les corresponde la declaratoria y el manejo del patrimonio cultural y de los bienes de interés cultural del ámbito municipal, distrital, departamental, a través de las Alcaldías y las Gobernaciones respectivas, previo concepto de los centros filiales del Consejo Nacional de Patrimonio Cultural allí donde existan, o en su defecto por la entidad delegada por el Ministerio de Cultura.

Ahora bien, al hacer referencia al desarrollo legal del Patrimonio Cultural en Colombia, debemos hacer hincapié en la ley 1185 de 2008 que modificó la ley general de cultura (Congreso de la República L. 3., 1997); esta ley es la que trae un desarrollo específico para el tema que es objeto de estudio en este trabajo. No obstante, debemos indicar que en la Ley 1037 de julio 25 de 2006, en su artículo 2 numeral 1, se establece claramente la definición legal de patrimonio cultural inmaterial en donde se puede leer que 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, contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana (Congreso de la República L. 1037).

Por otra parte, el literal b del art. 1 de la ley 1185 de 2008 establece los ámbitos de aplicación de la misma y dice que esta ley define un régimen especial de salvaguardia, protección, sostenibilidad, divulgación y estímulo para los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación que sean declarados como bienes de interés cultural, en el caso de bienes materiales, y para las manifestaciones incluidas en la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial, conforme a los criterios de valoración y los requisitos que reglamente el Ministerio de Cultura para todo el territorio nacional (ley 1185 de 2008). Así mismo, se establecen los objetivos de la política estatal en relación con el patrimonio cultural, es decir, se establece “la política estatal en lo referente al Patrimonio Cultural de la Nación que tendrá como objetivos principales la salvaguardia, protección, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación del mismo, con el propósito de que sirva de testimonio de la identidad cultural nacional, tanto en el presente como en el futuro” (inciso B del art. 1 de la Ley 1185 de 2008).

En conclusión, el desarrollo legal colombiano ha impuesto un concepto, o una aproximación al concepto, de patrimonio cultural inmaterial pues esta, en su artículo 11 – 1 de la Ley 1185 de 2008, establece que patrimonio cultural inmaterial está constituido, entre otras cosas, por las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las comunidades y los grupos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia y contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, G. O. (1995): "La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, Cultural o Artístico". Mc. Graw Hill. Pág 41.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (2006): "Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo". Dikynson.

ARIZPE, L. (2002.). "Cultura, comercio y globalización". Buenos Aires, Argentina: CLACSO.

Art. 1° de la ley 768. (2002): *Régimen Político-Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuarios e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta*. Bogotá.

ÁVILA ORTÍZ. (2000): "Studies Culture Law".

BARBERO, J. M. (2002): "Políticas culturales de nación en tiempos de globalización". Bogotá: Gaceta No. 48. Enero 2001- diciembre 2002. Ministerio de Cultura

CHARRIA GARCÍA, F. (2007): "Normatividad Jurídica del Patrimonio Cultural en Colombia". Valle del Cauca. Universidad Central del Valle.

CONDE CALDERÓN, J. (2007): "Colombia Link". Recuperado el 29 de abril de 2009, de Congreso de la República. (1998). Ley 472 de 1998. *De las Acciones Populares y de Grupo*. Bogotá.

Congreso de la República, L. 1185 de 2008: *Modificatoria de la Ley General de Cultura*.

Congreso de la República, L. 397 de 1997. (1997): *Ley General de Cultura. Anales del Congreso*.

Constitución Política de 1821.

Constitución Política de 1991, A. N. (1991): Constitución Política de 1991.

Convenio Andrés Bello, C. E. (2000): *Legislación Cultural de los Países del Convenio Andrés Bello*. Tomo II. Santafé de Bogotá. CAB.

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. (2003): *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*. Recuperado el 11 de noviembre de 2009, de Sector Cultura <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=00006>

Crónicas del Centenario: el homenaje a los mártires. (noviembre de 1911). *La Época*.

O'DONELL, D.; Uprimny, I. M.; Valencia Villa, A. (2003): "Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Volumen I". Bogotá: Oficina en Colombia del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos.

ESCOBAR, Arturo; Alvarez, Sonia; Dagnino, Evangelina. (2001): "Política cultural y cultura política. Una mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos". Bogotá: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara.

GARCÍA CANCLINI, N. (2007): "Culturas Híbridas". Buenos Aires: Paidós SAICF.

GARCÍA CANCLINI, N. (2008): "Diferentes, desiguales y desconectados". Mapas de la interculturalidad. Barcelona. Gedisa.

GAVAZZO, N. (2006): "Identidad boliviana en Buenos Aires: las políticas de integración cultural. Buenos Aires: Red Theomay.

GIL HERNÁNDEZ, M. *et al.* (2005): "La memoria construida. Patrimonio cultural y modernidad". Valencia: Tirant lo blanch.

HABERLE, P. (2002): "Constitución como Cultura". Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

GUTIÉRREZS, E. (2000): "Fiestas: Once de Noviembre en Cartagena de Indias".

HARVEY, E. (1995): "Derechos Culturales".

HARVEY, E. (1999): "Derechos de Autor y Derecho a la Cultura en los países iberoamericanos". I Congreso Iberoamericano de Derecho a la Cultura.

HARVEY, E. (2005): I Congreso Argentino de Cultura. "Las políticas de descentralización, la legislación y el financiamiento de la cultura".

HELI, V. (1981): "L' idee de culture". París: Presses Universitaires de France.

JUSTINIANO ROBLEDO, F. (2006): "Tutela Constitucional de los Derechos de Nuestros Pueblos Indígenas". Red Ius et Praxis.

JUSTINIANO ROBLEDO, F. (2006): "Tutela Constitucional de los Derechos de Nuestros Pueblos Indígenas". Red Ius et Praxis.

MUNIVE CONTRERAS, M. (2006): "Resistencia Estática: los negros colombianos contra la esclavitud, Cartagena y Mompox siglo XVIII". *Tiempos Modernos*, 3.

REINA CASTILLO, O. (2004): "La Protección Judicial de los Derechos Sociales". Bogotá. Leyer.

ROJAS DE ROJAS, M. (2005): "Identidad y Cultura". Caracas. Red *Revista Educere*.

Sentencia de Constitucionalidad C- 120, LAT-290 (Corte Constitucional 2008).

SMIERS, J. (2006): "Un mundo sin Copyright. Artes y medios en la Globalización". (J. B. Jawerbaum, Trad.). Barcelona. Gedisa.

STAVENHAGEN, R. (2002): "Identidad Indígena y Multiculturalidad en América Latina". Argentina. Miño y Dávila.

TOBY, Miller y George Yúdice. (2004): "Política Cultural". Barcelona: Gedisa.

V.V. Ivanov. (1998): "La teoría semiótica del carnaval como la intervención de opuestos bipolares en ¡Carnaval!". México: Fondo de cultura económico.

Unesco. (2003). Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial. París.