

# La salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en virtud de la Convención de la Unesco de 2003: el estudio de casos de las Primeras Naciones de Canadá\*

*Tullio Scovazzi y Laura Westra*

**Traducción al español de Alice Sara De Marzo†**

## Resumen

En este artículo se pretende ofrecer un panorama general de las normas del derecho internacional aplicables a la protección del patrimonio cultural inmaterial, tal y como está definido en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada en 2003 por la Unesco y actualmente en vigor en 174 estados. Asimismo, se trata más en profundidad la definición de patrimonio cultural inmaterial y sus principales componentes —un elemento del patrimonio cultural inmaterial, una comunidad de personas y un espacio cultural— y se formulan algunas observaciones sobre dos cuestiones deliberadamente excluidas del marco de la Convención, a saber, los derechos de los pueblos indígenas y la relación entre el patrimonio cultural inmaterial y los derechos de propiedad intelectual. Por último, se examina el caso de estudio especial de las Primeras Naciones de Canadá, portadoras de un importante patrimonio cultural inmaterial.

## *English original*

The paper aims at providing an overview of the rules of international law applicable to the protection of the intangible cultural heritage, as defined in the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, adopted in 2003 within the framework of the UNESCO and today in force for 174 States. The paper elaborates on the definition of the intangible cultural heritage and its main components — an element of intangible cultural heritage, a community of people and a cultural space — and makes some remarks on two questions that were deliberately left aside from the scope of the Convention, namely the rights of indigenous peoples and the relationship between the intangible cultural heritage and intellectual property rights. Consideration is finally given to the special case of the First Nations of Canada, who are the bearers of an important intangible cultural heritage.

## *French translation*

L'article vise à donner un aperçu des règles du droit international applicables à la protection du patrimoine culturel immatériel, tel que défini dans la Convention pour la Sauvegarde du Patrimoine Culturel Immatériel, adoptée en 2003 dans le cadre de l'UNESCO et aujourd'hui en vigueur pour 174 États. L'article élabore la définition du patrimoine culturel immatériel et ses composantes principales — un élément du patrimoine culturel immatériel, une communauté de personnes et un espace culturel — et fait quelques remarques sur deux questions qui ont été délibérément écartées du champ d'application de la Convention, à savoir les droits des peuples autochtones et la relation entre le patrimoine culturel immatériel et les droits de propriété intellectuelle. Enfin, l'article terminera par traiter du cas spécial des Premières Nations du Canada, qui sont les porteurs d'un important patrimoine culturel immatériel.

1. Un patrimonio que necesita protegerse;
2. Obligaciones y mecanismos establecidos por la Convención;
3. Definición de patrimonio cultural inmaterial:
  - 3.A Elementos del Patrimonio Cultural Inmaterial;
  - 3.B Comunidad de personas;
  - 3.C Espacio cultural;
  - 3.D Compatibilidad con los derechos humanos y otros requisitos;
4. Dos cuestiones que se eludieron en la Convención:
  - 4.A Los derechos de los pueblos indígenas;
  - 4.B. Derechos de propiedad intelectual sobre el patrimonio cultural inmaterial;
5. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO en 2003 y las Primeras Naciones de Canadá:
  - 5.A Aspectos del Patrimonio Cultural Inmaterial de las Primeras Naciones;
  - 5.B Historia oral y tradición: su función a la hora de comprobar los derechos y los títulos ancestrales.

## Introducción

El siguiente artículo presenta el panorama general de las normas de derecho internacional aplicables a la protección del patrimonio cultural inmaterial, tal como se definieron en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Dichas normas se adoptaron en 2003, en el marco de la UNESCO y están actualmente en vigor en muchos Estados. Este artículo versa sobre la definición de patrimonio cultural inmaterial y sus componentes principales –tema de especial importancia para los antropólogos– y presenta cómo se omitieron intencionadamente dos cuestiones: los derechos de los pueblos indígenas y la relación entre el patrimonio cultural inmaterial y los derechos relativos a la propiedad intelectual. Por último, se presta atención al caso especial de las Primeras Naciones de Canadá, portadoras de un importante patrimonio cultural inmaterial.

## 1. Un patrimonio que necesita protegerse

A principios de este siglo, se negociaron y se adoptaron nuevos instrumentos internacionales en el marco de la UNESCO. Estos instrumentos han permitido y ampliado el alcance de las normas generales del derecho internacional aplicables a la protección de todos los componentes del patrimonio cultural. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada en París el 17 de octubre de 2003, que forma parte de estos instrumentos, entró en vigor el 20 de abril de 2006, y a día de hoy cuenta con 174 Estados Parte<sup>1</sup>. La Convención se negoció con el fin de colmar una laguna en los instrumentos jurídicos de la UNESCO y centrarse en un aspecto importante del patrimonio

\* T. Scovazzi escribió los párrafos del 1 al 4 y L. Westra, el párrafo 5.

† Living in Canada since 1997, Alice holds a Bachelors degree in Anthropology from Université de Montréal, and a Certificate in Translation from McGill University. Currently, she works as a freelance translator (EN>ES, FR>ES, IT>FR) and as an office coordinator.

<sup>1</sup> *Convención para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, 17 de octubre de 2003, 2368 UNTS 3 (en vigor desde el 20 de abril de 2006), [The Convention]; véase Janet Blake, *Commentary on the UNESCO 2003 Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, (Leicester: Institute of Art & Law, 2006); Toshiyuki Kono, “UNESCO and Intangible Cultural Heritage from the Viewpoint of Sustainable Development” en Abdulqawi A Yusuf, ed, *Standard-Setting in UNESCO*, Vol. I: Normative Action in Education, Science and Culture: Essays in Commemoration of the Sixtieth Anniversary of UNESCO, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007) 237; Burra Srinivas, “The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage” en James A R Nafziger & Tullio Scovazzi, eds, *Le patrimoine culturel de l’humanité – The Cultural Heritage of Mankind*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008) 529; Toshiyuki Kono, ed, *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21st Century* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010); Tullio Scovazzi, “The Definition of Intangible Cultural Heritage” in Silvia Borelli and Federico Lenzerini, eds, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012) 179; Lucas Lixinski, *Intangible Cultural Heritage in International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2013). N.B. En el momento de realización de la traducción del artículo (mayo de 2018), la Convención cuenta con 178 Estados Parte.

cultural que no es tan tangible como los monumentos, edificios o sitios naturales<sup>2</sup>, pero que es igualmente importante por ser un “crisol de la diversidad cultural y garante del desarrollo sostenible”<sup>3</sup>.

En muchos países, y especialmente en los países en desarrollo, la cultura tradicional representa la forma principal de expresión cultural y es una contribución importante al progreso económico y social. Sin embargo, este patrimonio corre peligro. La tendencia actual a la globalización representa una amenaza a la supervivencia de las prácticas tradicionales, en parte porque a las personas, en particular a los jóvenes, les atrae una cultura unificada basada principalmente en modelos angloamericanos. La pérdida del patrimonio cultural inmaterial se ve agravada por los fenómenos de negligencia e intolerancia, como se menciona en el preámbulo de la Convención, en el cual las Partes reconocen que:

Los procesos de mundialización y de transformación social por un lado crean las condiciones propicias para un diálogo renovado entre las comunidades pero por el otro también traen consigo, al igual que los fenómenos de intolerancia, graves riesgos de deterioro, desaparición y destrucción del patrimonio cultural inmaterial, debido en particular a la falta de recursos para salvaguardarlo<sup>4</sup>.

Al día de hoy, el patrimonio cultural inmaterial es visto como algo que concierne a toda la humanidad, algo que, además de su dimensión nacional, merece ser también protegido en virtud de los principios y normas del derecho internacional, como se puede ver en el párrafo 2 del Artículo 19 de la Convención:

Sin perjuicio de lo dispuesto en su legislación nacional ni de sus derechos y usos consuetudinarios, los Estados Partes reconocen que la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial es una cuestión de interés general para la humanidad y se comprometen, con tal objetivo, a cooperar en el plano bilateral, subregional, regional e internacional<sup>5</sup>.

Además de su dimensión cultural, el patrimonio cultural inmaterial también presenta otros valores fundamentales, como la conservación del ambiente natural y el respeto de los derechos humanos, especialmente los de las poblaciones indígenas y los grupos minoritarios.

## 2. Obligaciones y mecanismos establecidos por la Convención

Se enuncian las siguientes finalidades de la Convención en el Artículo 1:

- a) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial;
- b) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos interesados de que se trate;
- c) la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco;
- d) la cooperación y asistencia internacionales<sup>6</sup>.

Los primeros tres objetivos están relacionados, ya que no es posible salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial sin reconocer a las comunidades, grupos e individuos que lo perpetúan y lo protegen, y sin tomar conciencia en general de la importancia de dicho patrimonio.

---

<sup>2</sup> El patrimonio “material” es objeto de la bien conocida [Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural](#) del 16 de noviembre de 1972.

<sup>3</sup> *Convención, supra* nota 1, Preámbulo.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, art 19(2).

<sup>6</sup> *Ibid.*, art 1.

Los objetivos principales de los Estados Partes tienen que ver con la identificación y la definición de varios elementos del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio, con la participación de las comunidades, así como los grupos y organizaciones no gubernamentales pertinentes<sup>7</sup>. También tiene que ver con el diseño y actualizaciones, dependiendo de cada situación, de uno o más inventarios del patrimonio cultural inmaterial presente en el territorio<sup>8</sup>, y finalmente la implementación de programas de preparación, educación e información, además de la promoción de actividades de capacitación para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial<sup>9</sup>. Los Estados Partes tienen la obligación de presentar informes sobre las medidas legislativas, reguladoras, así como medidas de otra índole adoptadas para poner en práctica la Convención<sup>10</sup>.

En el plano internacional, la Convención prevé una Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, “para dar a conocer mejor el patrimonio cultural inmaterial, lograr que se tome mayor conciencia de su importancia y propiciar formas de diálogo que respeten la diversidad cultural”<sup>11</sup>, y una Lista del Patrimonio cultural inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia<sup>12</sup>. Asimismo, se elaboró una tercera lista que incluyera los programas, proyectos y actividades de ámbito nacional, subregional o regional para la salvaguardia del patrimonio. La Convención define como “prácticas ejemplares” a las iniciativas que mejor reflejan los principios y objetivos de la Convención, teniendo en cuenta las necesidades particulares de los países en desarrollo<sup>13</sup>.

Entre otras funciones, el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (en lo sucesivo denominado “Comité”), establecido por la Convención<sup>14</sup>, se encarga de examinar las propuestas presentadas por los Estados Parte para que se inscriban en las listas los elementos de patrimonio cultural inmaterial y de prácticas ejemplares. De 2008 a 2016, el Comité ha inscrito 365 elementos en la Lista Representativa, 47 en la Lista de elementos del patrimonio cultural inmaterial que requieren medidas urgentes de salvaguardia y 17 en la lista de las Prácticas Ejemplares<sup>15</sup>.

En la Convención se incluyen disposiciones para la cooperación y ayuda a nivel internacional y se establece un Fondo para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial<sup>16</sup>.

### 3. Definición de patrimonio cultural inmaterial

La definición de patrimonio inmaterial es de especial interés, como se afirma en el párrafo 1 del Artículo 2 de la Convención:

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.

---

<sup>7</sup> *Ibid*, art 11.

<sup>8</sup> *Ibid*, art 12.

<sup>9</sup> *Ibid*, art 14.

<sup>10</sup> *Ibid*, art 29.

<sup>11</sup> *Ibid*, art 16.

<sup>12</sup> *Ibid*, art 17.

<sup>13</sup> *Ibid*, art 18(1).

<sup>14</sup> *Ibid*, arts 5–8.

<sup>15</sup> *Ibid*, arts 16-18.

<sup>16</sup> *Ibid*, art 25.

Por esta razón, los componentes esenciales para definir el concepto de patrimonio cultural inmaterial son los siguientes: a) un elemento de tal patrimonio (componente objetivo), b) una comunidad de personas (componente subjetivo o social), c) un espacio cultural (componente espacial)<sup>17</sup>.

### 3.A. Elementos del Patrimonio Cultural Inmaterial

En el párrafo 2 del artículo 2 de la Convención, figuran ejemplos concretos de los ámbitos en los cuales se puede manifestar el patrimonio cultural inmaterial:

- 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<sup>18</sup>.

Un mismo elemento puede pertenecer a dos o más ámbitos. Por ejemplo, en el caso de la música vocal, la narración o la poesía cantada, la distinción entre artes escénicas y expresión oral no está clara; las prácticas alimentarias tradicionales pueden formar parte de estos tres ámbitos.

En las negociaciones de la Convención, se debatió la posibilidad de considerar las lenguas como manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial. Finalmente, solamente se incluyeron los idiomas que sirven como “vehículo del patrimonio cultural inmaterial”<sup>19</sup>. Por esta razón, los idiomas como el inglés y el chino no pueden ser considerados como manifestaciones del patrimonio cultural intangible. Sin embargo, un idioma puede considerarse como tal si éste constituye un medio de expresión de lo que ya pertenece al ámbito del patrimonio cultural inmaterial<sup>20</sup>.

El campo de las prácticas sociales puede incluir elementos que, entre otros, también pertenecen al deporte<sup>21</sup>, al derecho<sup>22</sup>, a la medicina<sup>23</sup> o a los alimentos<sup>24</sup>. En lo referente a los “rituales” y tras las negociaciones, se convino excluir las religiones del patrimonio cultural intangible, en razón de sus

<sup>17</sup> *Convención, supra* nota 1, art 2(1).

<sup>18</sup> *Ibid*, art 2(2); la manifestación externa no significa necesariamente que el patrimonio cultural inmaterial deba estar abierto a todos, si se tiene en cuenta que los Estados Parte de la Convención deben, *inter alia*, respetar las “prácticas tradicionales que manejan el acceso a aspectos específicos de tal patrimonio”, *Convención*, art 13(d)(ii).

<sup>19</sup> *Convención, supra* nota 1, art 2(2)(a).

<sup>20</sup> Por ejemplo, con el elemento “El patrimonio oral y las manifestaciones culturales del pueblo zápara” (Ecuador, Perú), la lengua expresa el profundo conocimiento de la naturaleza por el pueblo zápara, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-patrimonio-oral-y-las-manifestaciones-culturales-del-pueblo-zapara-00007?RL=00007>>; el elemento “El Silbo Gomero, lenguaje silbado de la isla de La Gomera” (España) demuestra que, aunque la lengua española no se puede definir patrimonio cultural inmaterial, la situación cambia completamente cuando la lengua española no es hablada, pero silbada, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-silbo-gomero-lenguaje-silbado-de-la-isla-de-la-gomera-islas-canarias-00172?RL=00172>>.

<sup>21</sup> Por ejemplo, el “Festival de lucha en aceite de Kırkpınar” (Turquía), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/festival-de-lucha-en-aceite-de-krkpinar-00386?RL=00386>>.

<sup>22</sup> Por ejemplo, los “Tribunales de regantes del Mediterráneo español: el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia y el Tribunal de las Aguas de la Huerta de Valencia” (España), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/tribunales-de-regantes-del-mediterraneo-espanol-el-consejo-de-hombres-buenos-de-la-huerta-de-murcia-y-el-tribunal-de-las-aguas-de-la-huerta-de-valencia-00171?RL=00171>> y “El sistema normativo de los Wayuus, aplicado por el pütchipü’üi (“palabrero”)” (Colombia), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-sistema-normativo-de-los-wayuus-aplicado-por-el-putchipui-palabrero-00435?RL=00435>>.

<sup>23</sup> Por ejemplo, UNESCO, “La acupuntura y la moxibustión de la medicina tradicional china” (2010) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-acupuntura-y-la-moxibustion-de-la-medicina-tradicional-china-00425?RL=00425>>.

<sup>24</sup> Por ejemplo, UNESCO, “La comida gastronómica de los franceses” (2010), *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-comida-gastronomica-de-los-franceses-00437?RL=00437>>; UNESCO, “La cocina tradicional mexicana, cultura comunitaria, ancestral y viva - El paradigma de Michoacán” (2010), *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-cocina-tradicional-mexicana-cultural-comunitaria-ancestral-y-viva-el-paradigma-de-michoacan-00400?RL=00400>>; y UNESCO, “La dieta mediterránea” (2013) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-dieta-mediterranea-00884?RL=00884>>.

características teológica y morales. Sin embargo, los rituales asociados a una religión, como las procesiones y las danzas sagradas<sup>25</sup>, sí se consideran parte del patrimonio.

Con respecto a la relación con la naturaleza, el patrimonio cultural inmaterial no se limita a las expresiones de creatividad humana que reinterpretan o recrean la naturaleza<sup>26</sup>. El patrimonio también incluye manifestaciones de creatividad humana que se basan en un profundo conocimiento de la naturaleza y que están destinadas a la explotación de la naturaleza para satisfacer las necesidades concretas de la humanidad, como, por ejemplo, las artes curativas<sup>27</sup> o la carpintería y la ebanistería<sup>28</sup>.

De igual forma, pertenecen a las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial los instrumentos, objetos y artefactos asociados a ellas. Estas manifestaciones pueden ser el resultado de una práctica<sup>29</sup> o de la manera en que éstas se expresan<sup>30</sup>. Es difícil encontrar una manifestación del patrimonio cultural inmaterial que no esté asociada a algún objeto<sup>31</sup>.

### 3.B. Comunidad de personas

En virtud del párrafo 1 del Artículo 2 de la Convención:

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<sup>32</sup>.

Dado que el patrimonio cultural inmaterial es común a una pluralidad de personas, este tipo de patrimonio despierta “un sentimiento de identidad y continuidad” en una comunidad específica de depositarios y ejecutantes de ciertas tradiciones (comunidad depositaria), quienes se distinguen del resto

<sup>25</sup> Véase e.g. UNESCO, “La procesión de la Santa Sangre de Brujas” (2009) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-procesion-de-la-santa-sangre-de-brujas-00263?RI=00263>>; UNESCO, “Yeongsanjae” (2009) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-yeongsanjae-00186?RI=00186>>; UNESCO, “El misterio de Elche (España)” (2008) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-misterio-de-elche-00018?RI=00018>>.

<sup>26</sup> Véase e.g. UNESCO, “El festival del Barco del Dragón: China” (2009) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-festival-del-barco-del-dragon-00225?RI=00225>>; UNESCO, “La ceremonia ritual de los Voladores” (2009) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-ceremonia-ritual-de-los-voladores-00175?RI=00175>>. El dragón no es un animal real, sino producto de la imaginación humana. Los voladores no pueden volar, pero actúan como si pudiesen hacerlo.

<sup>27</sup> Véase e.g. UNESCO, “la cosmovisión andina de los Kallawayas: Estado Plurinacional de Bolivia” (2008), *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-cosmovision-andina-de-los-kallawayas-00048?RI=00048>>.

<sup>28</sup> Véase e.g. UNESCO, “El trabajo de la madera de los Zafimaniry: Madagascar” (2008) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-trabajo-de-la-madera-de-los-zafimaniry-00080?RI=00080>>.

<sup>29</sup> Véase e.g. UNESCO, “Traditional Art of Azerbaijani carpet weaving in the Republic of Azerbaijan: Azerbaijan” (2010) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-arte-tradicional-del-tejido-de-la-alfombra-azerbaiyana-en-la-republica-de-azerbaiyan-00389?RI=00389>>; “Técnicas tradicionales de tejido de alfombras en Fars” (Iran), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/tecnicas-tradicionales-de-tejido-de-alfombras-en-fars-00382?RI=00382>> y el “kris indonesio” (Indonesia), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-kris-indonesio-00112?RI=00112>>.

<sup>30</sup> Por ejemplo, “El teatro de marionetas siciliano Opera dei Pupi (Italia), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-teatro-de-marionetas-siciliano-opera-dei-pupi-00011?RI=00011>>; “el teatro de marionetas wayang” (Indonesia), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-teatro-de-marionetas-wayang-00063?RI=00063>>; y “la danza de máscaras de los tambores de Drametse” (Bután), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-danza-de-mascaras-de-los-tambores-de-drametse-00161?RI=00161>>.

<sup>31</sup> Unos ejemplos podrían ser el “Canto a Tenore, un canto pastoral sardo” (Italia), en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-canto-a-tenore-un-canto-pastoral-sardo-00165?RI=00165>>; y el ya mencionado “Silbo Gomero, lenguaje silbado de la isla de La Gomera” (España), *supra* nota 20.

<sup>32</sup> *Convención, supra* nota 1, art 2(1).

del mundo por este aspecto<sup>33</sup>. Las prácticas o los objetos difundidos mundialmente, tales como la rueda, el fútbol, los Juegos Olímpicos, las hamburguesas o los pantalones vaqueros, no están relacionados con ninguna comunidad específica y, por ende, no pueden considerarse patrimonio cultural inmaterial.

Los expertos y evaluadores del patrimonio, incluidos los individuos que asisten a las representaciones o los compradores de productos que derivan de estas prácticas, no se pueden considerar miembros de la comunidad depositaria. Sin embargo, el hecho de ser popular no le impide a un elemento cultural<sup>34</sup> formar parte del patrimonio cultural inmaterial, a condición de que sea posible identificar una comunidad depositaria.

Un tema delicado es la comercialización del patrimonio. Como se indica en el informe del Órgano subsidiario sobre el examen de las candidaturas para su inscripción en la Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad del año 2009:

Los miembros del Órgano subsidiario opinaban que la comercialización no era un factor descalificador a priori, y se destacó el papel vital que desempeña el patrimonio cultural inmaterial como factor de desarrollo económico para algunas comunidades. Sin embargo, se precisó que la comercialización excesiva puede en definitiva causar una distorsión de las costumbres o expresiones tradicionales y culturales. Asimismo, fue necesario asegurar que estos procesos permanezcan en manos de las comunidades interesadas y no bajo el control de compañías privadas<sup>35</sup>.

El patrimonio cultural inmaterial también se transmite voluntariamente de depositarios a receptores (ejecutantes de las tradiciones). Mostrar una determinada destreza, sin intención alguna de transmitirla, no se puede considerar patrimonio cultural inmaterial. La transmisión puede acontecer de diversas maneras: de progenitores a hijos, en el trabajo de maestros a aprendices o en la escuela de maestros a pupilos. Como consecuencia, la transmisión conlleva también una recreación y reinterpretación del patrimonio, hecho que es inevitable por su carácter social y vivo. De este modo, los cambios reflejan el paso del tiempo, como por ejemplo “la fabricación de juguetes infantiles de madera en Hrvatsko Zagorje” (Croacia), en la que a los caballos tradicionales y a los carritos manufacturados se han sumado automóviles, aviones y trenes<sup>36</sup>. En el caso de los “Gule Wamkulu” (de Malawi, Mozambique y Zambia), “los bailarines llevan trajes y máscaras que representan [...] animales salvajes, espíritus de los muertos, negreros y, de forma bastante inesperada, personajes más recientes tales como la motocicleta Honda o el helicóptero”<sup>37</sup>.

La recreación y la reinterpretación son dos conceptos que muestran la dificultad de determinar hasta qué punto se puedan consentir cambios a la sustancia del patrimonio. La transformación natural no significa alteración artificial, a pesar de la presencia de muchas variaciones de un extremo al otro. En lo referente a la modernización y a la naturaleza cambiante del patrimonio cultural inmaterial, el Órgano subsidiario destaca que:

---

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Por ejemplo, “Tango” (Argentina, Uruguay); véase UNESCO, “Tango” (2009) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RI/el-tango-00258?RI=00258>>.

<sup>35</sup> Órgano Subsidiario para la examinación de las nominaciones de la lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, Comité intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Informe del ponente UNESCO 4th Sess, UN Doc ITH/09/4.COM/CONF>209/INF.6 (2009) al para 28 [Informe de 2009].

<sup>36</sup> Véase UNESCO, “La fabricación tradicional de juguetes infantiles de madera en Hrvatsko Zagorje” (2009) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RI/la-fabricacion-tradicional-de-juguetes-infantiles-de-madera-en-hrvatsko-zagorje-00233?RI=00233>>.

<sup>37</sup> UNESCO, “Gule Wamkulu: Malawi, Mozambique y Zambia” (2008), UNESCO: *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RI/el-gule-wamkulu-00142?RI=00142>>.

La modernización de los métodos de producción, la mecanización y la electrificación no son características que invalidan a priori un elemento del patrimonio cultural inmaterial, especialmente en lo referente a las prácticas artesanales. Esto puede acontecer siempre y cuando no se olvide el componente humano del elemento cultural y que, a pesar de la mecanización para producirlo, se respeten las aspiraciones de las comunidades en cuestión. Aun así, el Órgano subsidiario considera que el grado de mecanización en la producción de un elemento debe evaluarse caso por caso, a la hora de examinar diferentes casos<sup>38</sup>.

Otra cuestión compleja es la “revitalización” del patrimonio cultural inmaterial, entendida como la reinención o la reactivación de las prácticas sociales y las representaciones que ya no se usan o que están cayendo en desuso. De hecho, el patrimonio cultural inmaterial está destinado no sólo a transformarse, sino también a desaparecer, como cualquier otra manifestación social. La pérdida definitiva del patrimonio puede ser la consecuencia de una gran variedad de catástrofes naturales, como por ejemplo la deforestación o la sequía, o de carácter social, como los conflictos o la urbanización. Esta pérdida puede también deberse a la simple indiferencia por parte de las generaciones jóvenes por las tradiciones de sus padres y sus abuelos.

En el párrafo 3 del Artículo 2 de la Convención, la *revitalización* del patrimonio forma parte de las “medidas de salvaguardia” adoptadas con el propósito de garantizar su viabilidad<sup>39</sup>. La inclusión misma del término *revitalización* fue uno de los temas de debate en las negociaciones durante la Convención. ¿Esto significa que se puede resucitar una manifestación del patrimonio que ha desaparecido? ¿Debería el Estado proporcionar incentivos para alentar a las personas indiferentes a participar en prácticas que están desapareciendo, o debería limitarse a documentar las últimas manifestaciones de dicha práctica para los archivos? ¿Refleja esto último el espíritu de la Convención, que alguien tenga la iniciativa de restaurar una práctica, ya en desuso, si hay interés comercial por practicarla para los turistas? ¿Puede un torneo medieval ser revitalizado a través de un desfile de animadoras?

En cuanto al espinoso asunto de la revitalización, el Órgano subsidiario no pudo adoptar una postura definida:

De la misma manera se discutió sobre el tema de la revitalización. El Órgano subsidiario se pronunció a favor de los elementos culturales que, a pesar de estar amenazados, tienen una función esencial en la memoria colectiva de la comunidad. Aunque estos elementos estén en desuso, se podrían revitalizar y tener más funciones socioculturales. Se puede también incluir en esta categoría un elemento cultural caducado que haya sido revitalizado. Sin embargo, algunos miembros del Órgano subsidiario indicaron que el objetivo principal de la Convención es la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial vivo, y se enfatizó la necesidad de no resucitar prácticas históricas que ya no tienen funciones sociales en la sociedad contemporánea<sup>40</sup>.

El componente social del patrimonio cultural inmaterial es una explicación de la forma en que los elementos incluidos en las listas establecidas por la Convención son “representativos del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad” y no necesitan presentar un “valor universal excepcional”, tal como se requiere para la inscripción en las listas preparadas en la Convención del Patrimonio Mundial de 1972<sup>41</sup>. En el caso del patrimonio cultural inmaterial, las listas son más inclusivas que exclusivas. Se elaboran para “garantizar una mayor visibilidad del patrimonio cultural inmaterial y concientizar sobre

---

<sup>38</sup> Informe de 2009, *supra* nota 35 al para 27.

<sup>39</sup> Convención, *supra* nota 1 al art 2(3).

<sup>40</sup> *Supra* nota 35 al para 29.

<sup>41</sup> *Ibid* al para 1; *supra* nota 2 al art 11(2).



su importancia<sup>42</sup>, en lugar de hacer una jerarquización entre las diferentes manifestaciones de dicho patrimonio. Tal jerarquía atentaría contra los objetivos de alentar formas de “diálogo que respeten la diversidad cultural”<sup>43</sup> y de “acercar los pueblos y promover intercambios y comprensión entre ellos”<sup>44</sup>.

### 3.C El espacio cultural

El patrimonio cultural inmaterial está relacionado con “espacios culturales” que las comunidades y los grupos recrean constantemente “en función de su entorno” y a su “interacción con la naturaleza y su historia”<sup>45</sup>. El patrimonio está estrechamente relacionado con el contexto histórico y natural en el que es creado y transmitido. Un espacio cultural no puede ser delimitado por líneas en mapas. Por el contrario, el espacio se mide en el caso de las propiedades inscritas en las listas establecidas en la Convención del Patrimonio Mundial de 1972. Un espacio cultural se define sobre todo por las prácticas sociales que se dan en él, más que por su naturaleza geográfica, dado que es “un espacio físico o simbólico en el cual las personas se reúnen para representar, compartir o intercambiar prácticas sociales o ideas”<sup>46</sup>.

Un país no mediterráneo como Portugal comparte igualmente el elemento cultural de “dieta mediterránea”, elemento presentado por Grecia, Italia, Marruecos y España, posteriormente por Croacia, Chipre y Portugal. Incluso un espacio como la Plaza Jemaa el-Fna (Marruecos) ya no se clasifica exclusivamente como espacio delimitado en el mapa topográfico de la ciudad de Marrakech<sup>47</sup>. Esta plaza es un espacio significativo de intercambio cultural con una gran concentración de cultura popular, un lugar donde se encuentran narradores, poetas, encantadores de serpientes, músicos, bailarines, jugadores y bardos. También se ofrece una gran variedad de servicios, como servicios de cuidado dental, medicina tradicional, adivinación, predicaciones y tatuajes de henna, además de lugares donde se pueden comprar y consumir fruta y comida local<sup>48</sup>.

Asimismo, es cierto que un espacio cultural no es necesariamente un lugar inmovible, sino que puede ser transferido a otras partes si la comunidad depositaria del patrimonio o algunos miembros de la comunidad se trasladan a otro lugar<sup>49</sup>.

El concepto cultural de espacio tiene poco que ver con el concepto jurídico de territorio en el cual un Estado ejerce su soberanía. Tal como demuestran un buen número de elementos inscritos en la Lista Representativa, el mismo patrimonio cultural inmaterial puede pertenecer al territorio de dos o más Estados si este patrimonio tiene una naturaleza transfronteriza o hasta transcontinental. Para evitar el riesgo de fragmentación de dicho patrimonio, se anima a los Estados Partes de la Convención a presentar conjuntamente nominaciones multinacionales a las listas a la hora de identificar un elemento en el territorio de más de un solo país.

### 3.D. Compatibilidad con los Derechos Humanos y otros requisitos

---

<sup>42</sup> *Supra* nota 1 al art 16(1).

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid* al Preámbulo.

<sup>45</sup> *Ibid*, art 2, para 1.

<sup>46</sup> Van Zantern, Wim ed, *Glossary: Intangible Cultural Heritage* (The Hague: Netherlands National Commission for UNESCO, 2002) al 4.

<sup>47</sup> UNESCO, “El espacio cultural de la Plaza Jemaa el-Fna: Marruecos” (2008), UNESCO: *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-espacio-cultural-de-la-plaza-jemaa-el-fna-00014?RL=00014>>.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> El elemento “El espacio cultural y la cultura oral de los Semeiskie” (Federación de Rusia) abarca una “comunidad confesional” cuyo origen se remonta al siglo XVII, y a quien “durante el reino de Catalina la Grande [...] se le obligó a trasladarse a la región Transbaikalia de Siberia, donde la comunidad aún vive actualmente” (2008), UNESCO: *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-espacio-cultural-y-la-cultura-oral-de-los-semeiskie-00017?RL=00017>>.

En el párrafo 1 del Artículo 2, se agrega una condición a la definición de patrimonio cultural inmaterial que, de no ser respetada, imposibilita la aplicación de la Convención a un elemento cultural dado, es decir: [

...] 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<sup>50</sup>.

Huelga decir que prácticas como la mutilación genital femenina, independientemente de lo tradicional que sea, no puede ser protegida por la Convención.

En la reunión de 2010, el Comité debatió la cuestión de la compatibilidad del patrimonio cultural inmaterial con los derechos humanos. Se leyó una carta en la cual una organización no gubernamental (*Grup d'Acció Valencianista*) adoptó la postura de que el elemento cultural de las *Torres Humanas de España*<sup>51</sup> atentaba contra los derechos humanos de los niños. En particular, éste atenta contra el derecho de estos niños a la salud, ya que en ocasiones los niños que ocupan los niveles más altos de estas torres humanas pueden sufrir accidentes que causan heridas, o incluso la muerte. A pesar de la carta, la Organización no pudo impedir la inscripción de este elemento cultural a la Lista Representativa del patrimonio cultural inmaterial.

Durante la reunión, el Comité también debatió la cuestión del respeto mutuo entre las comunidades, invitando a los Estados Parte a:

[...] velar por que el proceso de nominación se lleve a cabo con gran prudencia en caso de propuestas de elementos culturales que contengan referencias a guerras, conflictos o eventos históricos específicos. Esta atención es necesaria para evitar malentendidos entre las comunidades, lo que fomenta el diálogo y el respeto mutuo entre las comunidades, los grupos y los individuos<sup>52</sup>. [mi traducción].

La guerra, la violencia y las masacres forman parte de la historia de la humanidad, y han dejado su impronta en un número elevado de elementos del patrimonio cultural inmaterial. Por ejemplo, las historias contadas en las representaciones de la *Opera dei Pupi* (teatro siciliano de marionetas) remontan a la Edad Media, y relatan los acontecimientos de las cruzadas desde una perspectiva cristiana. Lo importante es que éste y otros elementos culturales reflejen el espíritu de diálogo y de respeto entre las comunidades, dejando de lado las animosidades y el odio de antaño.

#### 4. Dos cuestiones que se eludieron en la Convención

El hecho de que las negociaciones para la Convención de 2003 se llevaran a cabo sin serias divergencias de opinión fue también debido a que se eludieron deliberadamente dos de los temas más difíciles, como los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de propiedad intelectual sobre el patrimonio cultural inmaterial.

##### 4.A Los derechos de los pueblos indígenas

---

<sup>50</sup> *Convención, supra* nota 1, art 2(1).

<sup>51</sup> “Colocándose sucesivamente unos encima de los hombros de los otros, los “castellers” forman torres humanas de seis a diez pisos. El “tronc” de la torre, que está formado por los pisos que se elevan a partir del segundo nivel, lo mantienen en su parte inferior hasta cinco hombres extremadamente robustos sobre los que descansan muchachas o muchachos jóvenes más esbeltos. Por último, la “pom de dalt”, esto es, la sección formada por los tres últimos pisos de la torre la conforman niños y niñas”. UNESCO ICSICH, 5th Sess, UN Doc ITH/10/5.COM/CONF.202/6 (2010) al 51. En línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/los-castells-00364>>.

<sup>52</sup> *Ibid* al 11.

En algunos Estados, probablemente a causa de la sensibilidad política de algunos Estados con respecto a este tema, la expresión *comunidades indígenas*<sup>53</sup> figura solamente en el preámbulo de la Convención, en el cual la Conferencia General de la UNESCO reconoce que:

[...] las comunidades, en especial las indígenas, los grupos, y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio cultural inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana<sup>54</sup>.

La ausencia de referencias a los pueblos indígenas en ninguna disposición sustantiva es lamentable. En otros tratados, se adoptan enfoques diferentes. Por ejemplo, en el Artículo 3 de la Convención sobre la protección y la promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, se afirma que “[L]a 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”<sup>55</sup>.

El Protocolo sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización (Nagoya, 2010)<sup>56</sup> reconoce la importancia de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, además de los beneficios que se derivan de su aplicación a las comunidades indígenas locales correspondientes.

Sin embargo, no cabe duda de que la Convención se creó con el objeto de salvaguardar el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, quienes son propietarios de una parte sustancial del patrimonio cultural inmaterial del mundo, y quienes se enfrentan a varias amenazas que afectan de diversas maneras su patrimonio. Dependiendo de las circunstancias, estas amenazas incluyen la globalización, la deforestación y la explotación comercial por parte de individuos u otros grupos, además de conflictos armados. Como se sugirió en los *travaux préparatoires* de la Convención, *comunidades indígenas* es un término que está incluido en los términos más generales de *comunidades o grupos*, los cuales se usan en numerosas disposiciones de la Convención. En efecto, una gran cantidad de elementos culturales presentes en la Lista Representativa hace referencia a las comunidades indígenas<sup>57</sup>.

#### 4.B. Derechos de propiedad intelectual sobre el patrimonio cultural inmaterial

Durante las negociaciones para la Convención, se decidió que la elaboración de instrumentos legales para salvaguardar más eficientemente los derechos de propiedad intelectual forman parte del mandato de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). En el párrafo b del Artículo 3 de la Convención, se explica claramente que no se podrá interpretar ninguna disposición de la Convención :

---

<sup>53</sup> Una comunidad indígena se puede definir como “una comunidad cuyos miembros se consideran originarios de un territorio definido. En un mismo territorio, es posible que existan más de una sola comunidad indígena”, *supra* nota 46 al 5.

<sup>54</sup> *Supra* nota 1 al Preámbulo.

<sup>55</sup> *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, 20 de octubre de 2005, 2440 UNTS 311 art 3 al 348 (entró en vigor el 18 de marzo de 2007).

<sup>56</sup> *Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización del Convenio sobre la Diversidad Biológica*, 5 de junio, Preámbulo (entró en vigor el 29 de diciembre de 1993).

<sup>57</sup> Por ejemplo, UNESCO, “La cosmovisión andina de los kallawayas” (2008) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-cosmovision-andina-de-los-kallawayas-00048?RL=00048>>; “Las expresiones orales y gráficas de los wajapi: Brasil” (2008) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/las-expresiones-orales-y-graficas-de-los-wajapi-00049?RL=00049>>; UNESCO, “El patrimonio oral y las manifestaciones culturales del pueblo zápara: Ecuador, Perú (2008)”, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/el-patrimonio-oral-y-las-manifestaciones-culturales-del-pueblo-zapara-00007?RL=00007>>; UNESCO, “La tradición del teatro bailado Rabinal Achí: Guatemala” (2008) *Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*, en línea: <<https://ich.unesco.org/es/RL/la-tradicion-del-teatro-bailado-rabinal-achi-00144?RL=00144>>.

[que] afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual o a la utilización de los recursos biológicos y ecológicos de los que sean Partes<sup>58</sup>.

La manera en que los principales derechos de propiedad intelectual han sido concebidos y formulados en los instrumentos internacionales y la legislación nacional parece atentar contra muchas de las particularidades del patrimonio cultural inmaterial, así como la necesidad de las comunidades que crean y transmiten este patrimonio, en particular las comunidades indígenas<sup>59</sup>. Por ejemplo, el requerimiento de *novedad* no se aplica a la mayoría de las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial que se basan en la transmisión de prácticas y conocimientos de generación en generación. También, la concesión de derechos de propiedad intelectual a una persona en particular no parece acertada en el caso de las manifestaciones que se expresan generalmente de manera colectiva y que son consideradas por los individuos que las practican como pertenecientes a una comunidad en su totalidad. Los límites temporales de los derechos concedidos al titular de una patente no se corresponden con la naturaleza permanente de un patrimonio dado, que en muchos casos tiene raíces sociales y religiosas profundas y no está destinado a ser de dominio público después de su expiración en un determinado momento. Los costos de gestión necesarios para la obtención de una patente pueden ser un factor disuasivo para los depositarios de elementos del patrimonio cultural inmaterial.

Actualmente, el desuso y el abandono por los miembros de las comunidades no son las únicas amenazas a la preservación de la integridad del patrimonio cultural inmaterial, sino también el abuso o mal uso por terceras partes. Las leyes de propiedad intelectual se basan principalmente en la concepción occidental de la protección de los individuos y de sus intereses económicos, en lugar de tratar de comprender las necesidades de las comunidades. En las leyes de propiedad intelectual, se pone hincapié en los productos, en lugar de tomar en consideración las prácticas y los procesos para crearlos. Frecuentemente, los diseños, motivos, símbolos y obras artísticas de artistas y comunidades indígenas han sido copiados a gran escala y con fines lucrativos sin el conocimiento o el consentimiento de éstas. La comercialización puede conllevar la adaptación al gusto de los consumidores potenciales, ya sean turistas o el público en general, y la consiguiente alteración de la integridad de tales prácticas, así como de sus productos<sup>60</sup>. Esta situación es un importante motivo de preocupación para los artistas indígenas.

La concesión de patentes a terceras partes puede dar lugar a la pérdida del pasado histórico y de la identidad presente de las comunidades depositarias de algún elemento cultural. Esta situación puede incluso afectarla producción de los bienes que estas comunidades han creado durante generaciones. Por ejemplo, la concesión de patentes a algunos productos medicinales tradicionales ha sido gran motivo de preocupación en muchos países en desarrollo<sup>61</sup>. Antes de ceder cualquier derecho de propiedad intelectual, es preferible obtener consentimiento previo informado de la comunidad interesada, a través de procedimientos culturalmente adecuados, flexibles y transparentes<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> *Supra* nota 1 al art 3(b).

<sup>59</sup> Véase Toshiyuki Kono ed, [Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property: Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development](#) (Antwerp: Intersentia Publishers, 2009).

<sup>60</sup> De acuerdo con las [disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras formas de acción lesivas](#), adoptadas en 1982 por la UNESCO y la OMPI, hay necesidad de protección contra “(i) el uso no autorizado; (ii) el incumplimiento de la obligación de indicar el origen de las expresiones folclóricas; (iii) el engaño del público con objetos falsificados haciéndolos pasar por creaciones artísticas, y (iv) el uso público de creaciones artísticas deformadas o mutiladas, de una forma que perjudica los intereses culturales de la comunidad interesada”.

<sup>61</sup> La patente concedida a los Estados Unidos con respecto a las propiedades de la cúrcuma para la curación de heridas fue últimamente revocada por no ser algo novedoso, dado que este elemento natural ha sido usado desde hace siglos en las prácticas curativas tradicionales de la India.

<sup>62</sup> En algunos casos, la decisión sobre quienes tienen la autoridad de conceder el acceso a los conocimientos tradicionales no es una tarea fácil, debido a la falta de estructura definida de liderazgo. Pedro Alberto De Miguel Asensio, “[Transnational Contracts Concerning the Commercial Exploitation of Intangible Cultural Heritage](#)” en Scovazzi, Ubertazzi & Zagato eds, *Il Patrimonio Culturale Intangibile nelle sue Diverse Dimensioni* (Milán: Giuffrè Editore, 2012) al 13.

Sin embargo, no hay consenso sobre la propuesta de obligar al solicitante de una patente u otro derecho de propiedad intelectual a la divulgación del origen de los componentes naturales o genéticos de la invención que desea patentar. Este tipo de propuesta podría ser un instrumento sólido para impedir actividades de biopiratería relacionadas con la obtención de patentes para los productos farmacéuticos, cosméticos etc., y garantizar que se observen los requisitos establecidos sobre el previo consentimiento mencionado.

Se han contemplado diferentes soluciones para remediar esta situación insatisfactoria, como la concesión de marcas colectivas a entidades representativas, o la instauración de cláusulas específicas en los contratos<sup>63</sup>. Algunos países ya han adoptado en el marco de su legislación alguna forma de protección contra la malversación del conocimiento y de las expresiones culturales tradicionales. Sin embargo, todavía no se ha adoptado un sistema uniforme a nivel internacional para hacer frente al problema. La UNESCO no es la organización más acertada para abordar la cuestión de los derechos de propiedad intelectual, y es comprensible que los Estados que negociaron la Convención en el marco de esta institución no estaban dispuestos a entrar en asuntos tan sensibles y complejos como éste. Sin embargo, es menos comprensible que no se hayan acordado soluciones internacionales adecuadas que difieran de las soluciones propuestas por la UNESCO.

### **5. La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO en 2003 y las Primeras Naciones de Canadá**

Después de reconocer las deficiencias de la Convención con respecto a los pueblos indígenas, sería deseable una mejor comprensión de esta compleja situación, especialmente si se toman en consideración algunos aspectos de la situación jurídica de las Primeras Naciones de Canadá. La propia Convención declara que:

Reconociendo que las comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio cultural inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana<sup>64</sup>[.]

En el artículo 2 de la Convención, la definición de *patrimonio cultural inmaterial* incluye “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales [...] que las comunidades, los grupos [...] reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”<sup>65</sup>.

De hecho, independientemente de las maneras de percibir las comunidades nativas de un país como Canadá, podemos considerar una soberanía independiente de sus tierras, pero además de ello, se puede proponer un *modelo de integridad cultural* como característica especialmente importante, ya que las prácticas y tradiciones más importantes de las Primeras Naciones de Canadá se aplican igualmente a otros grupos originarios. La Declaración de la Organización de los Estados Americanos (OAS) también apoya el modelo de integridad cultural, en el que se aborda explícitamente el derecho a la integridad cultural<sup>66</sup>.

Con el modelo de integridad cultural, se enfatiza el valor de las culturas tradicionales para sí mismas, además de que para el resto de la sociedad. Según el Principio 22 de la Declaración sobre el

---

<sup>63</sup> Véase Anastasia Telesetsky, “[Traditional Knowledge: Protecting Communal Rights through a Sui Generis System](#)” en Nafziger & Scovazzi eds, *Le Patrimoine Culturel de l'Humanité* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008) at 310; *Ibid* al 13.

<sup>64</sup> [Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial](#), 17 octubre de 2003, 2368 UNTS 3 al preámbulo (entró en vigor el 20 abril de 2006).

<sup>65</sup> *Ibid* al art 2.

<sup>66</sup> S James Anaya, [Indigenous Peoples in International Law](#), segunda ed. (New York: Oxford University Press, 2004).

Medioambiente y Desarrollo de Río de 1992, es necesario proteger las culturas tradicionales y los conocimientos que éstas tienen:

La protección cultural de los pueblos originarios consiste en proporcionar garantías ambientales que les permitan mantener una relación armoniosa con la tierra, una característica central para su sobrevivencia cultural<sup>67</sup>.

Asimismo, no solamente la integridad biológica, sino también la integridad cultural de estos pueblos depende completamente de la protección de la integridad ecológica de las áreas que ocupan. Cualquier consideración del valor económico de estas áreas y bosques es por consiguiente dependiente de esta protección.

Mientras que la protección de la integridad cultural es uno de los derechos ambientales de los pueblos originarios, y se contempla en el Artículo 8 (j)<sup>68</sup> del Convenio sobre la Diversidad Biológica y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África<sup>69</sup>, en la Declaración del Consejo Ártico de 1996<sup>70</sup>, se garantiza que los pueblos indígenas sean reconocidos como participantes permanentes en el foro internacional intergubernamental para abordar las preocupaciones que afectan a estos grupos y sus tierras ancestrales<sup>71</sup>.

El modelo de integridad cultural presenta dos dimensiones: por una parte, se enfatiza la proximidad entre el entorno y el estilo de vida tradicional de los pueblos indígenas, una proximidad que define y delimita su presencia cultural como pueblos indígenas. Por otra parte, dicho modelo se centra en los conocimientos tradicionales, en particular su valor para la comunidad global.

Los pueblos indígenas, entre los que se encuentran las Primeras Naciones, no son valorados en sí, sino por su valor instrumental, como portadores de valiosos conocimientos que se prestan a explotación comercial<sup>72</sup>. Al percibir el conocimiento tradicional como “propiedad intelectual”, algunos expertos coinciden con Dinah Shelton<sup>73</sup>, quien sostiene que la mejor manera de proteger los derechos ambientales de los pueblos indígenas es mediante la ley de propiedad intelectual. No creo que esta postura sea acertada, ya que, por ejemplo, desde la perspectiva tradicional de los pueblos indígenas, la relación con la tierra es de respeto y de relación profunda; en este sentido, la tierra, sus creaturas y los procesos que en ella tienen lugar no son consideradas como mera mercancía.

Numerosos artículos de la Convención de los Derechos del Niño<sup>74</sup> son mucho más acertados en materia de integridad cultural, y el Comité de los Derechos del Niño (CRC) es un instrumento que ha sido ratificado casi por la totalidad de la comunidad internacional. El Artículo 30 declara:

---

<sup>67</sup> Cherie Metcalf, “[Indigenous Rights and the Environment: Evolving International Law](#)” (2004) 35 Ottawa L. Rev 101 al 107.

<sup>68</sup> Convenio sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, 1760 UNTS 79 al art 8(j) (entró en vigor el 29 de diciembre de 1993) [*Convención sobre la Diversidad Biológica*].

<sup>69</sup> [Convención de las Naciones Unidas contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África](#), 14 de octubre de 1994, 1954 UNTS 3 (entró en vigor el 26 diciembre de 1996) [*Convención sobre la desertificación*].

<sup>70</sup> [Declaración sobre el establecimiento del Consejo Ártico](#), Canadá, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Federación Rusa, Suecia, y Estados Unidos, 19 de septiembre de 1996, 35 ILM 1387 [*Declaración del Consejo Ártico*].

<sup>71</sup> *Supra* nota 67 al 104.

<sup>72</sup> Michael Halewood, “Indigenous and Local Knowledge in International Law: A Preface to Sui Generis Intellectual Property Protection” (1999) 44 McGill LJ 953.

<sup>73</sup> Dinah Shelton, “[Fair Play, Fair Pay: Preserving Traditional Knowledge and Biological Resources](#)” (1995) 5:1 Yearbook Intl Environmental L 77.

<sup>74</sup> [Convención sobre los derechos del niño](#), 20 noviembre de 1989, 1577 UNTS 3 (entró en vigor el 2 de septiembre 1990) [CRC].

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<sup>75</sup>.

En este caso, es fácil trasladar el respeto de la integridad cultural de los niños a las enseñanzas de los pueblos indígenas, en particular la Regla de las Siete Generaciones.

Si se quiere que los pueblos originarios sobrevivan como pueblos, y no simplemente como individuos asimilados en la sociedad dominante en la cual están incorporados, se debe atesorar tanto su integridad biológica como cultural. La integridad cultural no tiene que ser explotada como una mercancía, sino como tradición viva y de gran valor, que es necesaria para la sobrevivencia de estos grupos.

El patrimonio cultural de las Primeras Naciones tiene una presencia destacada en la jurisprudencia que se deriva de los conflictos entre las Primeras Naciones y el Gobierno federal y provincial de Canadá. El vínculo que tienen los pueblos indígenas con la tierra y las aguas de sus tierras es fundamental para sus tradiciones, de manera que la protección y el respeto de la integridad de la tierra es fundamental para su cultura. Asimismo, sus alimentos a veces forman parte de sus ceremonias religiosas, y, por ende, están protegidos en Canadá desde la Proclamación del Rey Jorge III del Reino Unido:

*Las Naciones o las Tribus de los Indios [...] no deberían ser importunadas cuando estén en posesión de Partes de nuestros Dominios y Territorios que no hayan sido cedidas o compradas por Nosotros, ya que les están reservadas [...] como terrenos de cacería [...]. Exhortamos a que ningún particular ose a adquirir cualquier tierra reservada a dichos Indios [...]; pero en caso de que alguno de ellos esté dispuesto a enajenar sus tierras, éstas deberán ser compradas por Nosotros en nuestro Nombre, en alguna Asamblea o reunión pública con dichos Indios<sup>76</sup>.*

Después de la Ley Constitucional de 1982, y después de la aprobación de la sección 35 (1) de ésta, se declaró que los derechos o los títulos de propiedad no se pueden extinguir sin el consentimiento de los pueblos indígenas<sup>77</sup>, aun si siguen en curso disputas a propósito de los tratados de asentamiento<sup>78</sup>.

Antes de la ocupación europea, y después del Tratado de París de 1763, que puso fin a la guerra entre el Reino Unido y Francia con respecto a Canadá, los pueblos indígenas no firmaron tratados que permitieran a los europeos decidir sobre su destino. Este estado de las cosas quedó inmutado desde. De hecho, como se ha señalado anteriormente, la Proclamación de 1763 tenía por objeto proteger los derechos territoriales de los pueblos originarios en la región.

Sin embargo, antes de que en el la Ley Constitucional de 1982 se proclamara la necesidad del consentimiento de los pueblos indígenas antes de aplicar la extinción de sus derechos de propiedad, la situación estaba poco clara. La Corona tenía un “deber fiduciario”<sup>79</sup>, que limitaba su poder en relación a los pueblos indígenas, a causa de la obligación de respetar “los principios de precognición y de

---

<sup>75</sup> *Ibid.* al art 30.

<sup>76</sup> Rey Jorge, *Proclamación real en virtud del Tratado de París*, 1768, 7 de octubre 1763 (3 Geo III), reimpresa en RSC 1985, App II, No 1.

<sup>77</sup> Özlem Ülgen, “[Aboriginal Title in Canada: Recognition and Reconciliation](#)” (2000) 40 *Netherlands Intl L Rev* 146 al 150.

<sup>78</sup> Michael Asch & Norma Zlotkin, “[Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Claims Negotiations](#)”, en Michael Asch, ed, *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essay son Law, Equality and Respect for Difference* (Vancouver: UBC Press, 1997) al 209-211.

<sup>79</sup> Reorganizado en 1984 en *Guerin v la Reina de Inglaterra* [1984] 2 SCR 335, 13 DLR (cuarto) 321.

reconciliación”<sup>80</sup>. La Corona tiene la obligación de garantizar que hay límites a su poder soberano para proteger los derechos aborígenes<sup>81</sup>. Los pueblos aborígenes tuvieron en su momento el poder soberano sobre las tierras que ocupaban históricamente, y la Corona no se sirvió de las categorías de *terra nullius*, descubrimiento o conquista, y reconoció que las sociedades indígenas organizadas ya estaban presentes en ese lugar<sup>82</sup>.

### 5.A Aspectos del Patrimonio Cultural Inmaterial de las Primeras Naciones

Para los pueblos originarios, la creatividad es primordial en su estilo de vida, y se ha desarrollado junto con su cultura por medio de ceremonias, de banquetes tradicionales y de reuniones rituales. Como vimos anteriormente, todas estas prácticas se centran en el consumo de alimentos específicos, por ejemplo, el salmón. Como las generaciones más jóvenes tienden a aceptar la cultura globalizada occidental (generalmente angloestadunidense) de la nación en la cual están integrados, su cultura queda marginalizada y desvalorizada. Por consiguiente, esta cultura se encuentra en peligro, y existe la posibilidad de que desaparezca completamente.

Por esta razón, es de gran importancia que la comunidad internacional brinde una forma de protección específica a las tradiciones culturales de los pueblos indígenas. En otras publicaciones, he defendido que la protección del “patrimonio natural” es primordial para una forma de gobernación global ecológicamente sólida<sup>83</sup>. También, la integridad ecológica es necesaria (aunque no suficiente) para la protección de las tierras de las que se alimentan estas comunidades, y en las cuales éstas perpetúan sus ceremonias tradicionales.

La Declaración del Rey Jorge, y su confirmación en la Constitución de Canadá<sup>84</sup>, garantizan los derechos de las Primeras Naciones a la “caza y pesca” en sus reservas. Garantiza las dimensiones de sus reservas, pero, como cabe esperar, en la Constitución no se menciona nada sobre las condiciones de dicha reserva, es decir si el territorio no está lo suficientemente incontaminado como para albergar la existencia de la fauna dentro de sus fronteras. Si la contaminación provoca la desaparición de los animales selváticos y de los peces en las aguas, la caza tradicional indígena se vuelve por ende imposible.

Estas dificultades, en los tiempos del Rey Jorge, no se consideraban un problema, y cuando se promulgó la Constitución, no se tomaron en consideración. Es lamentable que, hasta el día de hoy, se siga sin tomar en serio esta cuestión. Por esta razón, es particularmente importante introducir otro instrumento legal, para proteger no solamente los derechos básicos de los pueblos indígenas, sino también salvaguardar su cultura y sus tradiciones, tan vinculadas con las tierras que ellos ocupan. A la hora de proteger la pesca del salmón de las Primeras Naciones, o al proteger los alces que cazan, esto garantiza no solamente la defensa de su fuente alimentaria, sino que se protegen asimismo sus tradiciones, sus culturas únicas, y, por ende, su sobrevivencia como pueblo.

En el caso de las Primeras Naciones de Canadá, o de las tribus originarias de Norteamérica, el patrimonio cultural inmaterial incluye “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas”<sup>85</sup>. En Canadá, el aspecto *inmaterial* es particularmente significativo, debido a la ausencia de historias escritas en cada grupo, ya que su cultura y sus tradiciones existen solamente de forma oral. Al

---

<sup>80</sup> Asch *supra* nota 78 al 151.

<sup>81</sup> *R. v. Sparrow* [1990] 1 SCR 1075, 70 DLR (cuarto) 38.

<sup>82</sup> Asch *supra* nota 78 al 153.

<sup>83</sup> Laura Westra, *Ecological Integrity and Global Governance: Science, ethics and the law* (New York: Routledge, 2016) al 114-119.

<sup>84</sup> *Canada Act* 1982 (Reino Unido), 1982, c 11 al art 35.

<sup>85</sup> *Convención*, *supra* nota 1 al art 2(1).



día de hoy, la historia y las tradiciones orales se aceptan como apoyo a las reivindicaciones aborígenes ante un tribunal de justicia<sup>86</sup>. Regresaremos a este tema en la siguiente sección del artículo.

En una asamblea en la ciudad francesa de Vitré, una serie de expertos se reunieron para discutir la razón por la cual en el párrafo 2 del Artículo 2 se explica la manera en que las *prácticas alimentarias*, que comprenden varios de los elementos culturales mencionados, también representan sistemas de relaciones sociales y expresan significados compartidos por la colectividad:

Los expertos estimaron que, en el marco de la Convención, las prácticas alimentarias tienen una dimensión transversal de cara a los ámbitos indicados en el punto 2 del Artículo 2, puesto que éstas se integran a los sistemas articulados de las relaciones y de los significados compartidos colectivamente. De esta forma, en las prácticas alimentarias incluyen tanto las tradiciones y las expresiones orales, las artes del espectáculo, las prácticas asociadas a la naturaleza que las destrezas artesanales tradicionales<sup>87</sup>.

Las prácticas sociales, los rituales y las festividades básicamente compartir alimentos, música y danzas tradicionales<sup>88</sup>. Al mismo tiempo, en 2010, los ejemplos de los elementos presentes en la Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial incluían prácticas alimentarias no indígenas: el pasto gastronómico *dei francesi* (la comida gastronómica de los franceses), y la célebre *dieta mediterránea* (Italia, Grecia, Marruecos y España)<sup>89</sup>. Estas prácticas que se basan en la tradición y la cultura son ejemplos importantes del patrimonio cultural inmaterial de pueblos específicos. Valentina Vadi sostiene que la Convención sobre el Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 representa una manera importante de:

[C]ontrarrestar la evidente mercantilización de la cultura, es decir el hecho de reducirla a bienes o mercancías limitadas a su venta o intercambio. En su lugar, en la Convención se propone un punto de vista alternativo: se perciben las expresiones orales, los conocimientos expresos y las prácticas alimentarias como parte del patrimonio cultural inmaterial<sup>90</sup>.

Vadi pone de relieve la importancia de la Convención, a pesar de su importancia jurídica contra la Organización Mundial del Comercio, porque, como afirma Vadi, es un "régimen altamente eficaz que exige a los Estados la promoción del libre comercio"<sup>91</sup>. Las reglas y las decisiones de la Organización Mundial del Comercio están orientadas completamente hacia el comercio, sin ningún respeto de las "técnicas alimentarias, culturales o de agricultura"<sup>92</sup>.

En cualquier caso, nuestra discusión trasciende el conflicto entre el patrimonio cultural y las actividades tradicionales, por una parte, y el comercio por otro, porque los tribunales canadienses permiten la validación de los derechos sobre la tierra, sirviéndose de estas mismas tradiciones como determinantes.

Sin embargo, es importante diferenciar estas actividades tradicionales del reconocimiento de que estos mismos pueblos indígenas no tienen historia o leyes escritas, aunque solo desde hace poco

---

<sup>86</sup> Stuart Rush, *Aboriginal Practice Points: Oral History* (Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2008) en línea: <<https://www.cle.bc.ca/PracticePoints/ABOR/OralHistoryFINAL.pdf>>.

<sup>87</sup> [Compte rendu des journées de Vitré sur les Pratiques Alimentaires](#), 3 de abril de 2009; véase también Scovazzi, *supra* nota 1 al 156.

<sup>88</sup> *Ibid* al 159.

<sup>89</sup> *Ibid* al 162.

<sup>90</sup> Valentina Vadi, "Food wars: Food, intangible cultural heritage and international trade" en Laura Westra, Janice Gray & Antonio D'Aloia, eds, *The Common Good and Ecological Integrity: Human Rights and the Support of Life* (Abingdon, Gran Bretaña: Routledge, 2016) 49 al 52.

<sup>91</sup> *Ibid*.

<sup>92</sup> *Ibid* al 56-57, véase también Fiona Smith, "Indigenous Farmers' Rights, International Agriculture Trade and the WTO" (2011) 2:2 J HR & Env 157.

sus testimonios orales se aceptan como equivalentes a los documentos escritos ante los tribunales canadienses desde hace poco, como veremos más adelante.

### **5.B. Historia oral y tradición: su función a la hora de comprobar los derechos y los títulos ancestrales**

El escepticismo judicial sobre el uso de la historia oral ha cambiado para mejor, como resultado de la decisión de Vickers J. en el proceso judicial *Nación Tsilhqot'in v Columbia Británica*, 2007 BC SC 1700. Este caso permitió que la ley sobre el uso de elementos de prueba derivados de la historia oral evolucionara considerablemente. Asimismo, se reconoció el papel de estas pruebas en las reivindicaciones de títulos de los pueblos indígenas. Esta sentencia fue la primera vez que un juez aplicó sistemáticamente la historia oral y los elementos de prueba provenientes de ésta para determinar el tiempo de ocupación de una extensión de tierra, basándose en los principios expuestos en una serie de decisiones por parte de la Corte Suprema de Canadá<sup>93</sup>.

Los jueces que apoyaron este paso hacia el reconocimiento de la historia y el testimonio oral hicieron mayor hincapié en la función de la historia y el papel de los historiadores. Los jueces enfatizaron el hecho de que tampoco los archivos históricos pueden ser considerados como pruebas indiscutibles. Por esta razón, se requiere que éstos también sean interpretados<sup>94</sup>. Para entender de manera más clara la diferencia entre la historia oral y la tradición oral, cabe hacer una distinción entre las dos, lo que sirve principalmente para reconocer el hecho de que la historia oral difiere de una nación indígena a otra, dado que no existe un solo formato para todas estas naciones<sup>95</sup>.

Los relatos orales presentados ante los tribunales también muestran la diferencia entre la historia oral y las pruebas orales tradicionales<sup>96</sup>. Estas últimas incluyen las historias de grupos específicos, de la manera en que éstos llegaron a ocupar las tierras o de cómo conseguían alimentos (por ejemplo, mediante temporadas de pesca o áreas de cacería). En algunos casos, los relatos se parecen a cuentos mitológicos, en la descripción de ceremonias y banquetes, además de otros acontecimientos históricos de estos pueblos<sup>97</sup>. De cualquier manera, coincidimos en lo siguiente:

Los derechos de los pueblos indígenas derivan de la ocupación previa al contacto con los europeos y se reflejan en el uso de la tierra o de los recursos, uso que está basado en las costumbres, las usanzas o la tradición de estos pueblos<sup>98</sup>. [mi traducción]

A pesar de que nuestros estudios se han centrado principalmente en los alimentos y el uso de los recursos naturales, lo que examinamos va más allá de una mera descripción de la manera en la que los pueblos indígenas sacian el hambre. Lo que está en juego son las propias “pruebas de derechos indígenas”, ya que la Corte Suprema de Canadá atribuye una importancia vital a las prácticas y a las ceremonias tradicionales en las cuales se usan alimentos:

Los elementos de prueba de los derechos indígenas fueron establecidos por la Corte Suprema de Canadá en el caso *R. v Van der Peet* [1996] 2 S.C.R. 307, y se resumieron las pruebas en el caso *Mitchell v Canadá* (M.N.R), 2001, SCC 33 en el párrafo 12. En resumen, un reclamante indígena debe comprobar que una práctica, una tradición o una usanza actual presenta un

---

<sup>93</sup> *Delgamukwé v BC* [1997] 3 SCR 1010, 153 DLR (cuarto) 193 [*Delgamukwé*]; *Mitchell v MNR*, 2001 SCC 33, 199 DLR (cuarto) 385; *R v Marshall*; *R v Bernard*, 2005 SCC 43, 255 DLR (4th) 1; el juez Vicker adoptó una postura constructiva a la hora de determinar la admisibilidad (*Rush*, *supra* nota 86 al 4).

<sup>94</sup> *Ibid* al 5.

<sup>95</sup> *Ibid* al 6.

<sup>96</sup> *Ibid*.

<sup>97</sup> *Delgamukwé*, *supra* nota 92 al para 96-97.

<sup>98</sup> *R v Sappier*; *R v Gray*, 2006 SCC 54 al para 45, 274 DLR (cuarto) 75; *Rush*, *supra* nota 86 al 9.

grado razonable de continuidad con las prácticas, las tradiciones o las usanzas que existían antes del contacto con los europeos<sup>99</sup>. [mi traducción]

Por esta razón, es legítimo pensar que varias prácticas culturales inmateriales específicas se hubieran originado antes del contacto con los europeos. Si se puede establecer que ciertas prácticas culturales existían, aunque sean en cierto modo diferentes, desde antes del contacto con los europeos, esto sería suficiente como para convencer al Tribunal Superior de Canadá de que el área donde esta práctica cultural se creó pertenece legítimamente a las Primeras Naciones que la ocupan actualmente. Por lo tanto, al menos en Canadá, la memoria de una práctica cultural tradicionalmente transmitida de forma oral puede ser suficiente para que se tomen decisiones sobre un litigio que tenga que ver con limitaciones de la soberanía limitada que existe en la ley actual de Canadá. Considero que la Convención para el patrimonio cultural inmaterial puede y debe respaldar las numerosas facetas de la cultura tradicional de los pueblos indígenas que no se encuentran bajo la protección de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes.

Asimismo, existe una relación recíproca entre la Convención y los derechos de los pueblos indígenas, y dicha relación se puede observar en el caso de las Primeras Naciones. A su vez, los derechos y los valores de las Primeras Naciones destacan la importancia de la Convención de 2003, y también demuestran la necesidad de desarrollar y perfeccionar el documento. Dada la relación estrecha entre los principios y los objetivos de la Convención y los de las tradiciones de las Primeras Naciones, es lamentable que Canadá aún no forme parte de la Convención de 2003, ya que ésta última podría garantizar una mejor protección de los derechos culturales de las Primeras Naciones.

## Conclusión

La Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial tiene muchos méritos, y debería ser ratificada por un mayor número de Estados, incluido Canadá. Sin embargo, a pesar de su intención expresa de velar por la protección del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad, la Convención no trata adecuadamente la cuestión de la cultura de los pueblos indígenas. En el marco de la Convención, no se ha puesto suficiente énfasis en la salvaguardia de los sistemas naturales de los que dependen estos pueblos, y tampoco se ha hecho mucho hincapié en sus costumbres y sus culturas específicas. Sin embargo, las tradiciones y la historia oral ocupan, al menos en Canadá, un lugar importante en la atestación de títulos a los territorios ancestrales que pertenecen a los pueblos de las Primeras Naciones. Esto explica por qué Canadá debería no solamente ser parte de la Convención, sino también debería servirse de esta última como una oportunidad para mejorar la protección de los derechos y las tradiciones de las Primeras Naciones, e ir más allá de lo que dicha Convención exige.

---

<sup>99</sup> Rush, *supra* nota 86.