

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN BRASIL Y ESPAÑA: EL CASO DE LA VAQUEJADA Y LAS CORRIDAS DE TOROS

ATHE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN BRAZIL AND SPAIN: THE CASE OF VAQUEJADA AND BULLFIGHTING

Artículo recibido el: 16/10/2023

Artículo aceptado el: 05/03/2024

Beatriz Souza Costa

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte/MG, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2016298022505602>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0636-6081>

biaambiental@yahoo.com.br

Elcio Nacur Rezende

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte/MG, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7242229058954148>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945>

elcionrezende@yahoo.com.br

Los autores declaran que no hay conflicto de intereses.

Resumen

El patrimonio cultural en Brasil y España encuentran tutela constitucional. Se afirma que el medio ambiente, en sus diferentes acepciones, es tratado como un derecho fundamental en ambos países y, por lo tanto, se rechazan argumentos de menor robustez jurídica, incluidas normas infraconstitucionales, para cualquier falta de respeto a los bienes ambientales, incluida la vida animal. El objetivo de este artículo es demostrar, por lo tanto, que la vida animal tiene una valoración jurídica mayor que las normas positivadas bajo el argumento de patrimonio cultural. El artículo se basó en la metodología hipotético-deductiva con técnica de investigación legislativa comparada, así como bibliográfica y referencias en revistas nacionales e internacionales. Los resultados indican que, en Brasil y España, la vida animal debe

Abstract

Cultural heritage in Brazil and Spain has constitutional protection. It is stated that the environment, in its different meanings, is treated as a fundamental right in both countries and, therefore, arguments of lesser legal strength, including infra-constitutional norms, for possible disrespect toward environmental goods, including animal life, are ruled out. Thus, the aim of this article is to demonstrate that animal life has greater legal value than norms established under the argument of cultural heritage. The article was based on the hypothetical deductive methodology with a comparative legislative research technique, as well as bibliographical research and references in national and international journals. The results show that in Brazil and Spain animal life should have greater legal protection than arguments based on cultural heritage, concluding that, in



tener una mayor protección jurídica que los argumentos basados en el patrimonio cultural, concluyendo que, en honor a la teoría de los derechos fundamentales y al constitucionalismo moderno, las normas que permiten el sufrimiento animal son inconstitucionales y, por lo tanto, deben ser eliminadas del ordenamiento jurídico en Brasil y España.

Palabras clave: derechos fundamentales; patrimonio cultural inmaterial; corrida de toros española; vaquejada brasileña.

honor of the theory of fundamental rights and modern constitutionalism, rules that allow animal suffering are unconstitutional and should therefore be removed from the legal system in Brazil and Spain.

Keywords: *Brazilian vaquejada; fundamental rights; intangible cultural heritage; Spanish bullfighting.*

Introducción

Las relaciones intrínsecas entre el medio ambiente y el Patrimonio Cultural en Brasil y España quedaron establecidas de manera constitucional en ambos países. En Brasil, en la Constitución Federal de 1988, y en España, en su Constitución de 1978. El art. 225, en general, dispone sobre el medio ambiente ecológicamente equilibrado con el objetivo de preservar la salud de todos. Para alcanzar también la salud psicológica, es prioritario vivir en un entorno que proporcione libertad para crear, actuar y vivir, protegiendo así directamente el medio ambiente cultural.

En España, la protección del medio ambiente está establecida en el capítulo que trata sobre “Los Principios Rectores de la Política Social y Económica”, en el que se encuentran en los arts. 45.1; 45.2 y 45.3, que también establecen el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo.

Específicamente sobre el ambiente cultural en Brasil, la constitución brasileña expone en los arts. 215, 216 y 2016-A. Esos bienes están compuestos por bienes de naturaleza material e inmaterial que sean portadores de referencia a la identidad, la acción y la memoria de la sociedad brasileña. Por lo tanto, pueden estar constituidos por objetos, documentos, edificaciones, patrimonios artísticos, históricos, turísticos, paisajísticos, arqueológicos, espeleológicos y ecológicos.

Es importante percibir la complejidad de las relaciones que se establecen entre todas las facetas del medio ambiente, es decir, el medio ambiente natural, el medio ambiente artificial y el medio ambiente cultural. El hombre es capaz de transformar el medio ambiente natural en medio ambiente artificial. En este medio ambiente artificial, o incluso en el medio ambiente natural, el hombre utilizará formas de expresión para forjar identidades, las cuales pueden convertirse en identidades colectivas.

En España, en primer plano, la protección del Patrimonio Cultural fue tratada con mayor énfasis en la Constitución de 1931, y varios otros artículos sobre el tema, demostrando su determinación de proteger su patrimonio y el futuro de la memoria del pueblo español. Este trabajo tiene como objetivo demostrar si existen divergencias en las decisiones entre los tribunales brasileños y españoles en cuanto a la protección de los animales. Con ese propósito, el artículo se basó en la metodología hipotético-deductiva con técnicas de investigación legislativa comparada, así como en bibliografía y referencias en revistas nacionales e internacionales.

El problema de este estudio consiste en resolver el paradojo jurídico establecido en la relación dicotómica entre el patrimonio cultural y la vida animal. En efecto, si por un lado es inadmisibles olvidar la historia de la civilización y la cultura de un pueblo, por otro lado, justificar el sufrimiento de un ser vivo bajo el argumento de la cultura también es inaceptable. Después de todo, ¿qué tiene mayor valoración jurídica: la vida animal o el patrimonio cultural?

El tema central es un análisis axiológico entre el patrimonio cultural como fundamento jurídico de la realización de eventos como las vaquejadas y las corridas de toros, en Brasil y España; así, se pretende demostrar que el argumento cultural no puede, sin mayor reflexión, sobreponerse a la evolución de la sociedad, especialmente en lo que respecta a la vida animal.

El objetivo es suscitar en el lector una reflexión sobre la importancia del patrimonio cultural de un pueblo, así como, si tal bien inexorable tiene la capacidad de justificar eventos de entretenimiento, como las vaquejadas y las corridas de toros, en los que hay sufrimiento animal, para que la historia de la sociedad, cuya importancia es fundamental, se perpetúe.

Se justifica la importancia de este texto, ya que, tanto en Brasil como en España, aún en la segunda década del siglo XXI, intentan, incluso promulgando normativas, incluso con leyes locales, permitir que el ser humano se divierta con el sufrimiento animal, bajo el argumento de la preservación del patrimonio cultural. Por lo tanto, se renueva el problema ya presentado, es decir: ¿debe admitirse el sufrimiento animal a favor de la diversión del entretenimiento humano y la preservación del patrimonio cultural?

La hipótesis es que la respuesta a la pregunta es negativa. Por lo tanto, lo que se investiga es que, en el actual estadio de evolución de la humanidad, el patrimonio cultural no es suficiente para justificar el sufrimiento animal.

1 Medio ambiente: un derecho fundamental

El derecho al medio ambiente, considerado como de tercera dimensión, no fue contemplado en constituciones anteriores a la Constitución de 1988. La primera Constitución que se preocupó por la protección del medio ambiente fue la de 1988. Esta ascensión se debió a un orden global en el que varios países constitucionalizaron este Derecho. Países como Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978) fueron precursores en la innovación.

El hecho de que el tema del medio ambiente, dentro del cuerpo de la Constitución, se encuentre en el Título VIII, “Del orden Social”, y no en el Título II, “De los derechos y garantías fundamentales”, no suprime el *status* de un derecho fundamental, ya que evidencia la conexión intrínseca de este derecho al derecho a la vida. El derecho a la vida es uno de los derechos primarios del ser humano y por esa razón condiciona todos los demás derechos (Costa, 2021). La Constitución de la República brasileña, en su art. 5, establece: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes [...]” (Brasil, 1988). En la misma línea, Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1988, p. 276) afirma:

Derecho al medio ambiente. Este es un derecho de solidaridad, la tercera ‘generación’ de los derechos fundamentales (la primera, las libertades; la segunda, los derechos sociales). De hecho, se puede rastrear fácilmente su genealogía. Proviene del derecho a la vida (primera generación), a través del derecho a la salud (segunda generación).

El autor hace referencia al derecho a la vida, que es un nuevo paradigma a considerar en relación con el derecho a un medio ambiente saludable. Esto conlleva una nueva visión del derecho, es decir, que el derecho a la vida siempre debe tener prioridad, y sin un medio ambiente adecuado y equilibrado, el derecho a una vida digna no se preservará.

En Brasil, no hay duda de que el medio ambiente se considera un derecho fundamental, porque cualquier interpretación contraria no encontrará respaldo. La propia Constitución Federal, en su art. 225, establece que “todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado” (Brasil, 1988). Por lo tanto, trata de ‘todos’ y de cada ‘uno’. Por lo tanto, el individuo tiene el derecho fundamental y subjetivo a un medio ambiente ecológicamente equilibrado (Costa, 2009).

Es innegable que todo derecho fundamental individual otorga al individuo el

derecho de petición a los órganos públicos, como lo hace la Constitución Federal en su art. 5, inciso XXXIV, y otorga a la persona cuatro instrumentos procesales constitucionales para disfrutar de ese derecho fundamental. Estos instrumentos procesales son: la acción popular ambiental¹; la acción civil pública ambiental²; el mandato de seguridad colectiva ambiental³; y el mandato de injunción ambiental⁴.

Cuando se afirma la fundamentalidad del art. 225 en la Constitución de la República, es necesario distinguir el medio ambiente al que se refiere y también cuál es la naturaleza jurídica de ese bien considerado, un derecho a la vida en Brasil.

Para tal, es imprescindible conocer el texto completo del art. 225, pero sin dejar de señalar que este artículo fue manchado con la inclusión, mediante la Enmienda Constitucional 96/2017, del séptimo párrafo que establece prácticas deportivas con la utilización de animales, argumentando ser una manifestación de patrimonio cultural inmaterial. Sin embargo, este tema será discutido más adecuadamente en otro lugar⁵.

1 Art. 5 Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, y se garantiza a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: [...] LXXIII – cualquier ciudadano es parte legítima para interponer acción popular que tenga por objeto anular acto lesivo al patrimonio público o al de entidad en que participe el Estado, a la moral administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, quedando el demandante el demandado, salvo prueba de mala fe, exento de las costas judiciales y de la carga de sucumbir (Brasil, 1988).

2 Art. 129: Son funciones institucionales del Ministerio Público: [...] III – promover investigaciones civiles y acciones civiles públicas para la protección de los bienes públicos y sociales, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos (Brasil, 1988).

3 Art. 5 [...], inciso LXIX – se concederá el mandato judicial para proteger un derecho no amparado por el *habeas corpus* o el *habeas data*, cuando el responsable de la ilegalidad o del abuso de poder sea autoridad pública o agente de persona jurídica que ejerza atribuciones del Poder Público; LXX – el mandato judicial colectivo podrá ser interpuesto por: (a) un partido político con representación en el Congreso Nacional; (b) una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento durante al menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados (Brasil, 1988). 4 Art. 5 [...], inciso LXXI – se concederán medidas cautelares siempre que la falta de norma reglamentaria imposibilite el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía (Brasil, 1988).

4 Art. 5 [...], inciso LXXI – se concederán medidas cautelares siempre que la falta de norma reglamentaria imposibilite el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía (Brasil, 1988).

5 Art. 225. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, que es un bien de uso común de las personas e indispensable para una vida saludable, y los poderes públicos y la comunidad tienen el deber de defenderlo y conservarlo para las generaciones presentes y futuras.

§ 1 Para garantizar la efectividad de este derecho, corresponde al Poder Público:

I – preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales y disponer el ordenamiento ecológico de especies y ecosistemas;

II – preservar la diversidad e integridad del patrimonio genético del País y fiscalizar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético;

Es importante destacar que la protección del medio ambiente en la Constitución de la República de 1988 establece los principios formadores del Derecho Ambiental brasileño, y que su protección está directamente vinculada a los principios fundamentales de la Constitución, es decir, al art. 1 y sus incisos iniciales⁶. Interesante también, si hubiera tiempo en este trabajo, sería discutir si los animales son sujetos de derechos, es decir, sujetos dotados de personalidad. Sin embargo, se deja para otra oportunidad (Fiuza; Gontijo, 2014).

Los criterios establecidos en el art. 225 también se refieren a la dignidad de la persona humana, como se expresa en el art. 1, ya que si todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, que es esencial para una vida saludable, se preserva la vida, con dignidad, de todas las personas. Se percibe que el art. 225 también debe interpretarse, de manera vinculada, con los artículos relacionados con la cultura y demuestra, de esa manera, la amplitud de ese nuevo derecho.

Para mantener la calidad de vida saludable, los brasileños necesitan que su

III – definir, en todas las unidades de la Federación, los espacios territoriales y sus componentes a ser especialmente protegidos, siendo permitida su alteración y supresión sólo por ley, quedando prohibido cualquier uso que comprometa la integridad de los atributos que justifican su protección;

IV – exigir, en la forma de la ley, para la instalación de obra o actividad potencialmente causadora de degradación ambiental significativa, estudio previo de impacto ambiental, que deberá ser divulgado;

V – promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la concienciación pública para la preservación del medio ambiente;

VII – proteger la fauna y la flora, prohibiendo, de acuerdo con la ley, prácticas que comprometan su función ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a crueldad.

§ 2 Quienes exploten recursos minerales están obligados a restaurar el medio ambiente degradado, de acuerdo con la solución técnica exigida por el órgano público competente, en los términos de la ley.

§ 3 Las conductas y actividades consideradas perjudiciales al medio ambiente someterán a los infractores, sean personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado.

§ 4 La Selva Amazónica Brasileña, la Selva Atlántica, la Sierra del Mar, el Pantanal de Mato Grosso y la Zona Costera son patrimonio nacional, y su utilización se hará, de acuerdo con la ley, dentro de condiciones que aseguren la preservación del medio ambiente, incluyendo el aprovechamiento de los recursos naturales.

§ 5 – Las tierras vacantes o tomadas por los estados a través de acciones discriminatorias y que son necesarias para la protección de los ecosistemas naturales no están disponibles.

§ 6 – Las usinas nucleares que operen con reactores nucleares deberán tener su localización definida por ley federal, caso contrario no podrán ser instaladas.

§ 7 A los efectos de la parte final del ítem VII del § 1 de este artículo, no se consideran crueles las prácticas deportivas que utilicen animales, siempre que se trate de manifestaciones culturales, en los términos del § 1 del art. 215 de esta Constitución Federal, registradas como bienes inmateriales integrantes del patrimonio cultural brasileño, debiendo ser reglamentadas por ley específica que garantice el bienestar de los animales involucrados (Brasil, 1988).

6 Art. 1 La República Federativa del Brasil, constituida por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, es un Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I – la soberanía; II – la ciudadanía; III – la dignidad de la persona humana; IV – los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; [...] (Brasil, 1988).

entorno cultural, donde crean, trabajan y viven, sea preservado de manera que sustente su desarrollo personal y colectivo. Parece una idea lógica, pero muchas veces esto no sucede y convierte esa vida psicológica y material en un verdadero caos. Un ejemplo clásico de esto es la construcción de represas hidroeléctricas, que ocasionan el cambio de toda una ciudad, abandonando toda una historia de vida. Se pierde la iglesia donde las personas se casaron, el cementerio donde se enterraron seres queridos, la plaza que fue escenario de fiestas y otros valores que no se pueden rescatar.

Se trata de decisiones difíciles que el poder público y la sociedad tienen que tomar, es decir, antes de que se produzca la destrucción, hay que oír a las personas implicadas, porque el cambio tiene que ser favorable para ellas, porque borra la identidad que costó años forjar. Sin embargo, el inicio de otra ciudad, para las generaciones futuras, también será construido por sus padres y no todo se perderá, ya que el patrimonio inmaterial sigue con las personas humanas. A menudo, algunos bienes deben ser sacrificados por un bien mayor. Ese conjunto de bienes, actualmente denominado patrimonio cultural, debe ser respetado y comprendido.

2 Conceptos relacionados a la idea de patrimonio cultural

Antes de identificar y conceptualizar lo que es el patrimonio cultural, es fundamental comprender qué es la cultura. Laraia, en una investigación exhaustiva sobre el tema, recopila algunos autores que definieron, en sus épocas, el concepto de cultura. Por lo tanto, el autor describe que incluso antes de Edward Tylor (1832-1917)⁷, John Locke⁸, en su “Ensayo sobre el Entendimiento Humano”, en 1690, escribió que “la mente humana es una tabula rasa al nacer con una capacidad ilimitada para adquirir conocimiento” (Laraia, 2009, p. 26).

Laraia también informa que Jacques Turgot⁹ (1727-1781), en su “Plan para Dos Discursos sobre la Historia Universal”, sostiene que el ser humano es “Poseedor de un tesoro de signos que tiene la facultad de multiplicar infinitamente” (2009, p.27). Turgot asegura, en palabras de Laraia (2009, p. 27), que “el hombre es capaz de asegurar la retención de sus ideas eruditas, comunicarlas a otros hombres y transmitir las a sus descendientes como una herencia siempre creciente”.

Laraia (2009) se rinde al concepto de Turgot, y explícita que, si se retirara la palabra “erudito” del concepto, sería perfecto, incluso para los días de hoy,

7 Edward Burnett Tylor, nació el 2 de octubre de 1832 en Camberwell, Inglaterra (Edward Burnett Tylor, 2018).

8 John Locke nació en Wrington, Inglaterra, en 1632 (Edward Burnett Tylor, 2018).

9 Jacques Turgot, nació en París el 10 de mayo de 1727 (Edward Burnett Tylor, 2018).

considerando que tanto las ideas eruditas como las simples tienen valor en la identidad del ser humano.

Sin embargo, según Laraia, el concepto de cultura fue definido por primera vez por el inglés Edward Tylor (1832-1917), quien explicó que la cultura es “todo complejo que incluye conocimientos, creencias, arte, moral, leyes, costumbres u cualquier otra capacidad o hábito adquirido por el hombre como miembro de la sociedad” (Laraia, 2009, p. 25). El autor aclara que después del concepto de Tylor se crearon una infinidad de otros. Como ejemplo de ello, según Laraia, se puede citar el concepto de Franz Boas¹⁰ (1858-1949): “La herencia genética del hombre no tiene nada que ver con sus acciones y pensamientos, ya que todos sus actos y pensamientos dependen enteramente de un proceso de aprendizaje” (Laraia, 2009, p. 38). Este concepto contradice otras posiciones que consideraban la cultura como herencia genética, sin embargo, los estudios muestran que el entorno en el que el ser humano se desarrolla es fundamental para su formación como persona.

Laraia (2009, p. 54) afirma que “El hombre es el resultado del medio cultural en el que fue socializado”. De esta manera, él es “heredero de un largo proceso acumulativo, que refleja el conocimiento y la experiencia adquirida por las numerosas generaciones que lo precedieron”. El autor también menciona al antropólogo francés Claude Lévi-Strauss¹¹. En cuanto a la cultura, Lévi-Strauss afirma que surgió cuando el hombre estableció la primera regla, la primera norma (Laraia, 2009).

Se observa que los conceptos creados por todos los investigadores tienen en común el aprendizaje, la experiencia en su ambiente que inevitablemente se transferirá de alguna forma a las generaciones futuras. Y, lógicamente, de alguna manera será modificado. La realidad es que el ser humano es el único ser capaz de crear, experimentar y transmitir cultura. Su capacidad de comunicación oral y de crear y fabricar instrumentos para su uso son innumerables. No hay ningún otro ser en la tierra con esa capacidad. Se puede cuestionar si otros animales han desarrollado habilidades en el uso de algunos instrumentos para su supervivencia, pero definitivamente no poseen la sofisticación desarrollada por el hombre.

Ese ítem puede resumirse en el pensamiento de Clifford Geertz (2017, p. 35), es decir, “no existe lo que llamamos naturaleza humana independiente de la cultura”. Y, este pensamiento es aún más profundo cuando el autor muestra que la

10 Franz Boas, antropólogo estadounidense, nació en Mindem, Alemania, en Westfalia, en 1858 (Edward Burnett Tylor, 2018).

11 Claude Lévi-Strauss, teórico estructuralista (Edward Burnett Tylor, 2018).

cultura es más importante que la genética: “Lo que nos sucedió en la Era Glacial es que nos vimos obligados a abandonar la regularidad y la precisión del control genético detallado sobre nuestra conducta a favor de la flexibilidad y adaptabilidad de un control genético más generalizado sobre ella, aunque no menos real” (Geertz, 2017, p. 35). De esa manera, el ser humano tuvo que ir mucho más allá de su condición genética para sobrevivir como hombre cultural.

En esa línea, Geertz (2017, p. 35) complementa: “Para obtener la información adicional necesaria para actuar, nos vimos obligados a depender cada vez más de fuentes culturales, el fondo acumulado de símbolos significativos”. Por lo tanto, los bienes culturales deben ser protegidos por toda la legislación, y los países deben hacerla efectiva y eficiente, porque protegerá al ser humano, a la humanidad. Esta es realmente la riqueza que no tiene forma de medirse, y no se puede perder.

Para rematar con Geertz (2017, p. 36), rescata lo que él aduce sobre los símbolos: “Tales símbolos son, por lo tanto, no solo simples expresiones, instrumentalidad o correlatos de nuestra existencia biológica, psicológica y social: son sus pre-requisitos. Sin los hombres ciertamente no habría cultura, pero de forma similar, sin cultura no habría hombres”. Por todo eso, la cultura es un patrimonio humano.

Pero ¿cuál es el significado del término patrimonio? ¿De dónde proviene? En este ámbito, Françoise Choay (2006, p.11) revela que el término, en su origen, estaba relacionado con “las estructuras familiares, económicas y jurídicas de una sociedad estable, arraigada en el espacio y en el tiempo”. Y en cuanto al patrimonio histórico, explica la autora,

Patrimonio histórico. La expresión designa un bien destinado al disfrute de una comunidad que se ha ampliado a dimensiones planetarias, constituido por la acumulación continua de una diversidad de objetos que se congregan por su pasado común: obras y obras maestras de las bellas artes y las artes aplicadas, trabajos y productos de todos los saberes y *savoir-faire* de los seres humanos (Choay, 2006, p. 11).

Choay va al origen de la cuestión, cuando empezó la preocupación por el patrimonio histórico europeo. En la actualidad, el patrimonio ha comenzado a estudiarse no solo en su aspecto material, es decir, con la preocupación por monumentos, objetos de arte, sino que la visión de protección y preservación se ha vuelto más amplia. Esa amplitud del patrimonio cultural lo ha subdividido en patrimonio material e inmaterial.

El patrimonio cultural revela un valor incalculable de bienes materiales e inmateriales. Conceptualizar esos bienes no es un trabajo sencillo, pero así lo hizo Paulo Affonso Leme Machado,

[...] El patrimonio cultural representa el trabajo, la creatividad, la espiritualidad y creencias, la vida cotidiana extraordinaria de generaciones anteriores, ante la cual las generaciones presentes deberán emitir un juicio de valor, decidiendo qué desean conservar, modificar e incluso demoler. Ese patrimonio es recibido sin mérito por parte de la generación que lo precedió. Pero no continuará existiendo sin su apoyo. El patrimonio cultural debe ser disfrutado por la generación presente sin perjudicar la posibilidad de disfrute de las generaciones futuras (Machado, 2022, p. 956).

Caracterizar el patrimonio cultural como bien material o inmaterial es necesario para buscar el núcleo de este derecho y cómo clasificarlo como material o inmaterial. De hecho, el Decreto-Ley 25/37, en Brasil, como se verá más adelante, introdujo el concepto de bienes muebles e inmuebles como patrimonio cultural, pero no abarcó los bienes inmateriales.

Ese discernimiento surgió a partir de la Constitución de 1988, sin embargo, es necesario establecer cómo ocurrió ese desarrollo en el constitucionalismo brasileño, lo cual se desarrollará en el próximo apartado. Pero en este momento es importante comprender que las denominaciones “patrimonio cultural” y “bienes culturales” son equivalentes.

Ese concepto aparece en la Convención de La Haya de 1954¹², cuando trata sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y luego en los demás convenios de la UNESCO relativos a la protección cultural. Según Nabais (2010, p. 20), las expresiones deben considerarse sinónimas, porque “la expresión bien cultural no es, efectivamente, más que otra manera de perspectivar el patrimonio cultural”. Por lo tanto, desde dos perspectivas se pueden entender “de dos formas de percibir la misma realidad: la primera, en su totalidad; la segunda, en sus elementos o componentes constitutivos” (Nabais, 2010, p. 20).

Por lo tanto, habiendo definido en este trabajo que el patrimonio cultural y los bienes culturales tienen el mismo significado, se comprenderá en el marco constitucional brasileño qué valores humanos han sido protegidos.

3 La protección del patrimonio cultural en el constitucionalismo brasileño

Una visión general del constitucionalismo brasileño en lo que respecta a la protección del patrimonio cultural, es importante para entender la evolución y transformación de esos valores en la sociedad brasileña. Por ejemplo, la Constitución otorgada de 1824 no incluyó ningún artículo sobre la protección del patrimonio cultural. De la misma manera, la Constitución de 1891, de un

¹² Convención y Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (Unesco, 1954).

gobierno democrático, no abordó ese tema. Fue solo en 1923 que el Diputado pernambucano Luiz Cedro, en un proyecto de ley, sugirió la creación de una Inspección de Monumentos Históricos, pero en ese momento no tuvo éxito. Sin embargo, en 1928 se promulgó la Ley estatal n. 1.998 que creó la Inspección de Monumentos, así como en 1927 se creó la Inspección Estatal de Monumentos Nacionales en Bahia.

Después de la creación de esos órganos, hubo cierta preocupación por el patrimonio cultural brasileño y, en 1930, la ciudad de Ouro Preto, la primera capital de Minas Gerais, fue considerada Monumento Nacional.

Por su parte, la Constitución de 1934 trató específicamente el tema en su art. 10, inciso III: “[...] Art. 10. Compete concurrentemente a la Unión y a los Estados: [...] III – proteger las bellezas naturales y los monumentos de valor histórico o artístico, pudiendo impedir la evasión de obras de arte” (Campanhole; Campanhole, 2000, p. 665).

La Constitución de 1937 mostró una mayor preocupación en la elaboración del tema y estableció en su art. 134: “Los monumentos históricos artísticos y naturales, así como los paisajes o lugares particularmente dotados por la naturaleza, gozan de la protección y cuidado especiales de la Nación, los Estados y los Municipios. Los atentados cometidos contra ellos serán equiparados a los cometidos contra el patrimonio nacional” (Campanhole; Campanhole, 2000, p. 601).

En ese mismo año, se emitió el Decreto-Ley 25 que regulaba el patrimonio cultural. Este Decreto-Ley establece cuestiones principalmente relacionadas con la declaración de patrimonio, pero sin ninguna forma de participación democrática, lo cual era una carencia debido al régimen militar del gobierno de la época. Se debe destacar que ese Decreto aún está en vigor en Brasil, aunque sea considerado poco democrático por varios doctrinarios, sin embargo, aún no se entrará en ese ámbito.

Por su parte, la Constitución de 1946 explicitó en su marco, aunque sin efectividad alguna, los arts. 174 y 175, que establecían: “174. El amparo a la cultura es deber del Estado” y el 175: “Las obras, monumentos y documentos de valor histórico y artístico, así como los monumentos naturales, los paisajes y los lugares dotados de particular belleza, quedan bajo la protección del Poder Público”. Sin embargo, el art. 175 incluía la protección de los documentos de valor histórico, lo cual no formaba parte de la protección en las constituciones anteriores, siendo considerado un avance para la época (Campanhole; Campanhole, 2000, p. 496).

También la Constitución de 1967 repitió la norma de la Constitución

de 1937, que se mantuvo sin aplicabilidad en su art. 172, el cual establecía: “El amparo a la cultura es deber del Estado. Parágrafo único: Quedan bajo la protección especial del Poder Público los documentos, las obras y los lugares de valor histórico o artístico, los monumentos y los paisajes notables, así como los yacimientos arqueológicos” (Campanhole; Campanhole, 2000, p. 417).

Se observa que es la primera vez que la Ley Fundamental aborda el tema de la protección arqueológica, pero sigue especificando los monumentos y los paisajes que sean notables; esta fue la contribución del régimen militar. Sin embargo, no hay una explicación de lo que se considera ‘notable’, y esta clasificación desestimaba otros paisajes que no fueran calificados de tal manera, pero que podrían ser importantes para la sociedad. Esta caracterización de “notable” estuvo presente durante mucho tiempo en todo el constitucionalismo brasileño, hasta que se valoró también la “simplicidad” como un valor de identidad.

La Enmienda Constitucional 01/69, que modificó la Constitución de 1967, mantuvo la misma redacción. Por lo tanto, se constata que el constitucionalismo brasileño desarrolló lentamente la preocupación por la protección del patrimonio cultural, y mantuvo durante mucho tiempo el concepto de patrimonio que disponía el art. 1 del Decreto-Ley 25 de 1937, es decir:

Art. 1. Constituye patrimonio histórico y artístico nacional el conjunto de bienes muebles e inmuebles existentes en el país y cuya conservación sea de interés público, ya sea por su vinculación a hechos memorables de la historia de Brasil, o por su valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico o artístico “excepcional” (Brasil, 1937).

Se verifica que en el artículo mencionado se utiliza la denominación establecida por las constituciones de 1934, 1937, 1946 y 1967, es decir, “patrimonio histórico y artístico nacional”. Sin embargo, la Constitución Federal de 1988 sustituyó esta nomenclatura por “patrimonio cultural brasileño”, que tiene un sentido mucho más amplio en términos de protección a la cultura brasileña. En consecuencia, la expresión “excepcional” también perdió validez, ya que hay expresiones y formas de vida que deben ser protegidas sin ser consideradas “extraordinarias”.

Desde esa perspectiva, la “simplicidad” es lo que debe ser protegido y rescatado cuando sea portadora de referencia a la identidad, la acción y la memoria de los diferentes grupos que conforman la sociedad. Por lo tanto, es fundamental destacar lo establecido en la Constitución de la República de 1988.

3.1 El Patrimonio cultural en la Constitución de 1988

Localizar la raíz de la protección del patrimonio cultural en Brasil no es

difícil. El medio ambiente puede dividirse, didácticamente, en ambiente natural, artificial y cultural. Esto significa que el patrimonio está protegido, mediata e inmediatamente, por el art. 225 de la Constitución de 1988 y, directamente, por los arts. 215 y 216¹³ también presentes en la Constitución de la República.

La Constitución, por primera vez, conceptualiza el patrimonio cultural de manera más amplia, al hablar de ‘valor histórico’, que puede ser individual o colectivo, siempre que sean portadores de referencia o identidad. La Constitución del país demuestra una valorización real de lo que es más significativo para todos sus ciudadanos: la identidad cultural. Dicha identidad es aquel valor que nos hace sentir únicos en el mundo, el sentimiento de pertenencia.

Para comprender el art. 216, y, por lo tanto, lo que es patrimonio cultural, primero se debe entender la relación jurídica existente entre la necesidad humana y lo que constituye un ‘bien’. Este bien se divide en dos formas: Bien como una condición material y bien como una condición inmaterial.

Esos bienes están basados en tres fundamentos: En su naturaleza jurídica como bien de uso común del pueblo, es decir, bien difuso, según el art. 225, *caput*,

13 Art. 215. El Estado garantizará a todos los plenos ejercicios de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará y estimulará la valorización y difusión de las manifestaciones culturales. § 1 El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afrobrasileñas, y las de otros grupos participantes del proceso de civilización nacional. § 2 La ley establecerá fechas conmemorativas de alto significado para los diferentes segmentos étnicos nacionales. § 3 La ley establecerá el Plan Nacional de Cultura, que tendrá duración plurianual, con vistas al desarrollo cultural del país y a la integración de las acciones del poder público conducentes a: I la defensa y valorización del patrimonio cultural brasileño; II la producción, promoción y difusión de bienes culturales; III la formación de personal calificado para la gestión de la cultura en sus múltiples dimensiones; IV la democratización del acceso a los bienes culturales; V la valorización de la diversidad étnica y regional.

Art. 216. Constituyen el patrimonio cultural brasileño los bienes materiales e inmateriales, considerados individualmente o en conjunto, que tengan referencia a la identidad, a la acción y a la memoria de los diversos grupos que componen la sociedad brasileña, incluyendo I – formas de expresión; II – modos de crear, hacer y vivir; III – creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV – obras, objetos, documentos, edificios y otros espacios destinados a manifestaciones artístico-culturales; V – conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico. § Párrafo 1º El gobierno, con la colaboración de la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileño por medio de inventarios, registros, vigilancia, catalogación, expropiación y otras formas de protección y preservación. § 2 La administración pública será responsable, de acuerdo con la ley, por la gestión de la documentación gubernamental y por la adopción de medidas para hacerla accesible a quien la necesite. § 3 La ley establecerá incentivos para la producción y el conocimiento de bienes y valores culturales. § 4 Los daños y amenazas al patrimonio cultural serán castigados de acuerdo con la ley. § 5 Todos los documentos y sitios que contengan reminiscencias históricas de los antiguos quilombos deberán ser listados. § 6 – Los estados y el Distrito Federal podrán destinar hasta cinco décimos de su recaudación tributaria neta a un fondo estatal de promoción de la cultura, con el fin de financiar programas y proyectos culturales: I – gastos de personal y cargas sociales; II – servicio de la deuda; III – cualquier otro gasto corriente no directamente vinculado a las inversiones o acciones apoyadas.

de la Constitución Federal. En segundo lugar, basado en el orden económico del capitalismo, según el art. 170, *caput*, C.F., que inevitablemente está ligado al desarrollo sostenible, y, por fin, el patrimonio cultural que implica la participación del Estado Democrático de Derecho, según el art. 1, inciso III, de la Constitución Federal, es decir, la dignidad de la persona humana.

En ese trípode fundamental, en el que se conceptualiza el patrimonio cultural, no se puede entender que esté protegido por el Decreto-Ley 25/37, ya que el art. 216 de la Constitución Federal define jurídicamente qué es ese patrimonio, así como los derechos, deberes y responsabilidades relacionados con él. Por lo tanto, en este momento es importante comprender y diferenciar lo que se entiende por patrimonio cultural material e inmaterial.

3.2 Patrimonio cultural material

La categoría de patrimonio cultural material puede entenderse como aquellos bienes palpables, tangibles. El medio ambiente artificial, construido por el ser humano, es un ejemplo. Es la interpretación más sustancial de este bien. Por lo tanto, son aquellos bienes imaginados, diseñados por el ser humano, como los equipamientos públicos, documentos, monumentos, así como aquellos que resultan de la conjunción del ser humano con la naturaleza.

La Convención de la Unesco para la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, ya en 1972, tuvo el discernimiento de definir qué es ese patrimonio cultural material, y así lo hizo:

I. Definición de Patrimonio Cultural y Natural

Artículo 1

Para los fines de la presente Convención, se considera "patrimonio cultural":

1 – los monumentos: obras arquitectónicas, esculturas o pinturas monumentales, objetos o estructuras arqueológicas, inscripciones, cuevas y conjuntos de valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, el arte o la ciencia, – los conjuntos: grupos de construcciones aisladas o reunidas, que, por su arquitectura, unidad o integración en el paisaje, tienen valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, el arte o la ciencia,

2 – los sitios: obras del hombre u obras combinadas del hombre y la naturaleza, así como áreas, que incluyen los sitios arqueológicos, de valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico (Unesco, 1972).

Se percibe que en esa época aún no existía la protección del patrimonio cultural inmaterial y solo recientemente fue contemplado, en la cosecha de la Unesco, una convención que privilegiara este bien tan significativo. Y será en este

ámbito donde se comparará la legislación española con la brasileña, en la que la primera solo trajo a la luz la preocupación por este bien, de manera general, en 2015, junto con muchas críticas por su contenido resumido.

3.3 Patrimonio cultural inmaterial en la legislación brasileña – PCIB

A diferencia del entendimiento del patrimonio material, el patrimonio cultural inmaterial se refiere a la identidad, la acción, la memoria de los diferentes grupos que forman la sociedad brasileña, como lo establece el art. 216 de la Constitución Federal. Esos bienes pueden ser ejemplificados con las músicas regionales, las diversas formas de religión en el país, los platos regionales, entre tantas formas de crear, hacer y vivir de una nación. Son aquellos bienes vivos, intangibles, que moldean la vida humana y continúan siendo actualizados por las generaciones futuras. Por lo tanto, es algo vivo, dinámico y sujeto a una evolución constante. Esta modificación puede llegar al punto de excluirlo de la convivencia social. Un ejemplo extremo fueron las luchas de gladiadores en la antigüedad.

Ese era un contexto completamente diferente al de hoy, pero aún tiene sus remanentes. Por ejemplo, el ayuntamiento de Roma se vio obligado en 2016 a prohibir cualquier actividad que implicara la disponibilidad de ser retratado como gladiador, con vestimenta histórica, en fotografías o videos a cambio de dinero (Prefeitura de Roma..., 2016). El objetivo de la medida fue preservar la seguridad y el decoro del patrimonio artístico, histórico y monumental de la ciudad reconocido por la Unesco. Obviamente, los cambios en los hábitos y festividades de una sociedad deben ser consensuados por aquellos que los viven. Sin embargo, el cambio es muy bienvenido cuando la violencia está presente en la práctica deportiva o en las fiestas.

Con esa perspectiva, la Unesco elaboró la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en 2003, en la cual se define:

Artículo 2: Definiciones

Para los fines de la presente Convención,

1. Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” las prácticas, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los instrumentos, objetos, artefactos y lugares culturales que les están asociados, que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconocen como parte integral de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es constantemente recreado por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, generando un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto a la diversidad

cultural y a la creatividad humana. Para los fines de la presente Convención, solo se tomará en cuenta el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto al desarrollo sostenible (Unesco, 2003).

La Unesco, al reconocer que la globalización tiene una gran influencia en los parámetros sociales y a menudo provoca transformaciones en las formas de crear, hacer y vivir de la comunidad, establece medios para evitar la deterioración, desaparición y destrucción de esos valores, y mucho menos su transformación. Esa transformación ocurre de manera natural, dado que son valores vivos como las manifestaciones populares y otras formas de expresión.

En la misma línea, en Brasil, en 2000, se promulgó el Decreto n. 3.551 que instituyó el Registro de Bienes Culturales de Naturaleza Inmaterial. Pero, ese decreto se centró principalmente en establecer las formas de registro de los bienes considerados inmateriales en Brasil. Incluso no se desarrolló un concepto, aunque sea general, de esos bienes.

Por lo tanto, el Decreto establece los siguientes libros de registros para la protección designada: 1 – Libro de Registro de los Saberes; 2 – Libro de Registro de las Celebraciones; 3 – Libro de Registro de las Formas de Expresión y 4 – Libro de Registro de los Lugares. Lógicamente, se debe tener en cuenta, para la inscripción en cualquiera de esos libros, la continuidad histórica que tenga relevancia nacional para la memoria, la identidad y la formación de la sociedad. La propuesta de registro, así como la instrucción de los procesos de registro, estarán a cargo del Instituto del Patrimonio Histórico Cultural y Artístico Nacional – Iphan.

También hay que tener en cuenta la dificultad de separar radicalmente el bien material del inmaterial o intangible. Esto se debe a que no hay forma de separarlos completamente. Así lo explica Miranda (2006, p. 57) porque, esos bienes, a pesar de ser una división tradicional, al menos didácticamente “en su formación normalmente los aspectos tangibles e intangibles siempre se conjugan, es decir, tales elementos no son cosas absolutamente estancas”.

Abordando objetivamente el patrimonio cultural inmaterial, es válido explicitar, en este momento, la modificación ocurrida en el art. 225 de la Constitución Federal de 1988. La Constitución fue modificada mediante la Enmienda Constitucional n. 96 de 2017, que incluyó en el art. 225 el párrafo 7¹⁴.

14 14 [...] § 7 A los efectos de la parte final del inciso VII del § 1 de este artículo, no se consideran crueles las prácticas deportivas que utilicen animales, siempre que se trate de manifestaciones culturales, en los términos del § 1 del art. 215 de esta Constitución Federal, registradas como bienes inmateriales integrantes del patrimonio cultural brasileño, debiendo ser reglamentadas por ley específica que garantice el bienestar de los animales involucrados (Brasil, 1988).

Ese párrafo establece que no se consideran crueles las prácticas deportivas que utilizan animales, y además clasifica esa práctica como un bien cultural inmaterial, como está previsto en los arts. 215 y 216 de la C.F. Sin embargo, el embrollo sobre este párrafo debe ser explicado, y se hará de manera muy bien resumida.

Sucedió que el gobierno del Estado de Ceará promulgó la Ley 15.299 en 2013, en la que consideraba la vaquejada una actividad deportiva y cultural. No habría ningún problema con tal caracterización si no existiera en la Constitución Federal de 1988, el art. 225, inciso VII, que establece: “[...] proteger la fauna y la flora, prohibidas, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica, provoquen la extinción de la especie o sometan a los animales a crueldad” (Brasil, 1988).

Habiendo, por lo tanto, la previsión constitucional de protección contra la crueldad hacia los animales, la Ley 15.299/13 fue considerada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal¹⁵ en 2016. No obstante, para hacer de la

15 El Pleno del Supremo Tribunal Federal (STF) acogió la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4983, interpuesta por el Procurador General de la República contra la Ley 15.299/2013, del estado de Ceará, que regula la vaquejada como práctica deportiva y cultural estatal. La mayoría de los jueces siguió el voto del relator, el juez Marco Aurélio, que consideró que había “crueldad intrínseca” aplicada a los animales en la vaquejada. El juicio sobre el asunto comenzó en agosto de 2015, cuando el ponente, votando a favor de la acción, declaró que el deber de proteger el medio ambiente (art. 225 de la Constitución Federal) prevalece sobre los valores culturales de la actividad deportiva. El juicio sobre el asunto comenzó en agosto de 2015, cuando el ponente, votando a favor de la estimación del recurso, afirmó que el deber de proteger el medio ambiente (artículo 225 de la Constitución Federal) prevalece sobre los valores culturales de la actividad deportiva. En su sentencia, el juez Marco Aurélio afirmó que los informes técnicos contenidos en el expediente mostraban consecuencias perjudiciales para la salud de los animales:

fracturas de las patas y la cola, rotura de ligamentos y vasos sanguíneos, posible desgarro de la cola y afectación de la médula ósea. Según los laudos, los caballos también sufren lesiones. Para el relator, el significado de la expresión “crueldad”, contenida en el inciso VII del art. 225 de la Constitución Federal, abarca la tortura y el maltrato de los bueyes durante la práctica de la vaquejada. Así, para él, la conducta humana autorizada por la norma estatal atacada es “intolerable”. En la misma ocasión, el juez Edson Fachin discrepó del ponente y votó a favor de la inadmisibilidad del recurso. Para él, la vaquejada es una manifestación cultural, lo que fue reconocido por el propio Ministerio Público en la petición inicial. Esa opinión fue seguida, también en esa sesión, por el juez Gilmar Mendes. En la sesión del 2 de junio de este año, los jueces Luís Roberto Barroso, Rosa Weber y Celso de Mello siguieron al ponente. Los jueces Teori Zavascki y Luiz Fux se adhirieron a la opinión disidente, favorable a la validez de la ley estatal. El juicio se reanudó este jueves con la presentación del voto del juez Dias Toffoli a favor de la constitucionalidad de la ley de Ceará. Consideró que la ley no viola ninguna disposición de la Constitución Federal. “Veo claramente que se trata de una actividad deportiva y festiva, que pertenece a la cultura del pueblo y que, por lo tanto, debe ser preservada”, afirmó. Según el ministro, la vaquejada implica diferentes técnicas, reglas y entrenamiento, lo que hace que la actuación sea exclusiva de vaqueros profesionales. En la sesión de hoy, el magistrado Ricardo Lewandowski y la presidenta del Tribunal, la magistrada Cármen Lúcia, también votaron a favor del recurso. El ponente ha sido seguido por los jueces Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello y la Presidenta del Tribunal, la juez Cármen Lúcia. Los jueces Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli y Gilmar Mendes fueron derrotados (Brasil, 2016). Abusar, maltratar, herir o mutilar animales salvajes, domésticos o domesticados, nativos o exóticos: Pena – detención, de tres

vaquejada una práctica legal, mediante un lobby político de la bancada ruralista, que está formada por gran parte de los diputados del Congreso Nacional, se aprobó la Enmienda Constitucional 96/2017, que incluye el § 7 al art. 225 de la Constitución Federal de 1988.

Resulta que en Brasil existen otras leyes que corroboran la protección de los animales, como la Ley 9.605/98¹⁶. Con todo, el lobby fue muy bien aplicado y la ley que fue inconstitucional, por no corresponder a la voluntad del pueblo brasileño, ahora está perfectamente legal.

Con todo, la EC/96 de 2017 evidencia una norma de eficacia limitada, e interdice explícitamente su aplicación inmediata hasta que una ley específica viabilice su plena eficacia. Por lo tanto, la ley que reglamentará el párrafo 7 deberá salvaguardar la seguridad y el bienestar animal, lo que será una dificultad, ya que los informes técnicos ya han demostrado a todos los Ministros del STF que la práctica deportiva es intrínseca a la violencia contra la salud animal.

Ese es el problema clave que aún se discutirá cuando también se desarrolle el patrimonio cultural inmaterial en España, que, de manera inversa, protege la corrida de toros como bien inmaterial. Por ahora, también es importante comprender qué es el Patrimonio Cultural Natural.

3.4 Patrimonio cultural natural

Es importante destacar la constitucionalización del patrimonio cultural natural y también definirlo, considerando que tanto la cultura como la naturaleza son patrimonios que deben ser preservados. En este punto, las Constituciones de 1946 y 1967 establecieron respectivamente: “quedan bajo la protección del Estado los lugares dotados de particular belleza”; en 1967: “Quedan bajo la protección especial del Poder Público los documentos, [...] los monumentos y los paisajes notables”, y la Enmienda Constitucional de 1969 repitió lo establecido en la Constitución de 1967.

A su vez, la Constitución de 1988, observando el constitucionalismo brasileño, actualiza el art. 216:

meses a un año, y multa. § 1 – Las mismas penas se aplican a quien realice experimentos dolorosos o crueles con un animal vivo, incluso con fines educativos o científicos, cuando existan recursos alternativos. § 2 La pena aumenta de un sexto a un tercio si el animal muere (Brasil, 2016).

16 Abusar, maltratar, herir o mutilar animales salvajes, domésticos o domesticados, nativos o exóticos: Pena – detención, de tres meses a un año, y multa. § 1 – Las mismas penas se aplican a quien realice experimentos dolorosos o crueles con un animal vivo, incluso con fines educativos o científicos, cuando existan recursos alternativos. § 2 La pena aumenta de un sexto a un tercio si el animal muere (Brasil, 1988).

Constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, la acción, la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, que incluyen: [...] V – los conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico (Brasil, 1988).

La Constitución de 1988 explicita una visión amplia y actual de lo que es el patrimonio natural y eliminó los adjetivos “notables” o “particular belleza”, ya que traen una interpretación abstracta sobre la calificación de lo que es notable y particular. De ese modo, el patrimonio debe tener un “valor ecológico” que sea portador de referencia a la identidad, la acción, la memoria para los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña.

No se puede olvidar que el art. 216 de la C.F. también se refiere a los valores paisajísticos, arqueológicos y paleontológicos, los cuales tienen protección jurídica particularizada. Es decir, el Patrimonio arqueológico está regido por la Ley 3.924/61, que trata sobre los monumentos arqueológicos y prehistóricos; y también la Ley 7.542/86, que establece sobre la investigación, exploración, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encallados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional, en terrenos de mar y sus adyacentes, y en terrenos marginales, como consecuencia de un siniestro, naufragio o fortuna del mar, y otras disposiciones. En cuanto al patrimonio paleontológico, el Decreto-Ley n. 4.146/42, dispone sobre la protección de los yacimientos fósiles.

La Unesco también, en 1972, en la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, conceptualizó lo que entiende por patrimonio cultural natural:

Para los fines de la presente Convención, se considera “patrimonio natural”: “natural”:

- los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por conjuntos de formaciones de valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico;
- las formaciones geológicas y fisiográficas, y las zonas estrictamente delimitadas que constituyen *habitat* de especies animales y vegetales amenazadas de valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico,
- los sitios naturales o las áreas naturales estrictamente delimitadas que poseen un valor universal excepcional desde el punto de vista científico, de conservación o de belleza natural (Unesco, 1972).

Esa convención se llevó a cabo en París y tuvo como objetivo la necesidad de proteger los bienes culturales materiales y naturales, ya que existía una intensa

degradación ambiental provocada por las transformaciones sociales y económicas.

La conexión entre el medio ambiente y el patrimonio cultural se vuelve más evidente cuando se percibe que el ser humano transforma el ambiente de acuerdo con su visión de la vida, es decir, la forma de desarrollo de cada comunidad.

En esa vertiente, se puede afirmar que no existe una separación incuestionable entre los bienes materiales, tangibles, y los bienes inmateriales o intangibles. Souza Filho (2011, p. 48) explica que ‘los bienes culturales lo son porque guardan una evocación, representación, recuerdo, es decir, por más materiales que sean, hay en ellos una grandeza inmaterial que es precisamente lo que los hace culturales [...]’. Un ejemplo muy claro de lo que expone el autor son las Ocas construidas por los indígenas en la Amazonía. Estas Ocas son erigidas y elaboradas con un conocimiento tradicional que se transmite de los ancestros a las generaciones futuras. De ese modo, se tiene esa construcción, material, que ha sido arquitecturada por el conocimiento humano, inmaterial.

Además, Souza Filho (2011, p. 49) señala que ‘Hay bienes culturales, sin embargo, que no tienen esta materialidad, porque no importa su materia prima o soporte, sino solo la evocación o representación que sugieren [...]’”. Como algunos ejemplos de esta evocación se pueden mencionar formas de saberes tradicionales, hábitos humanos, danzas y formas de elaborar y procesar alimentos. En Minas Gerais, en la ciudad de São João Del Rey, los sonidos de las campanas fueron protegidos como patrimonio cultural inmaterial.

En la misma perspectiva, la Constitución de España de 1978 establece artículos que contienen la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural, siendo más detallista cuando se refiere a la protección cultural.

4 La protección del patrimonio cultural en España

Según López Ramón (2017), el régimen español de protección cultural tomó como referencia el modelo italiano. En una síntesis histórica, el autor describe que durante el reinado de Carlos III, se introdujo el tema de la protección cultural, y fue llevado adelante por Carlos IV entre 1802 y 1803, el tema de la protección cultural fue introducido y llevado adelante por Carlos IV en 1802 y 1803, en los que reguló los archipiélagos y se prohibió su destrucción.

El autor señala que en 1837 se prohibió la exportación de libros, pinturas y manuscritos antiguos, y en 1844 se creó la Comisión Central y las Comisiones Provinciales de Monumentos. También menciona que en 1844 la Comisión Central fue reemplazada por la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando (López Ramón, 2017).

López Ramón (2017) describe que en 1911 existía una ley sobre Excavaciones y Antigüedades, que fue reemplazada por la Ley de Patrimonio Histórico de España de 1985 (LPHE), que aún será objeto de comentarios. También en 1915, se creó la Ley de Monumentos, que inició los procedimientos de declaración de monumentos arquitectónicos y artísticos, estableciendo la prohibición de exportación y requiriendo autorización administrativa para su demolición.

A continuación, el autor continúa explicando que durante la primera dictadura española se elaboró el Real Decreto Ley de 1926 sobre la protección y conservación de la riqueza artística, creando así el primer cuerpo normativo que reguló sistemáticamente la materia (López Ramón, 2017).

Durante la Segunda República, la Constitución Española de 1931, aprobada el 9 de diciembre, estuvo en vigor hasta el final de la Guerra Civil en 1939. En ella, en su artículo 45, proveniente del Capítulo II que trataba sobre la “Familia, economía y cultura”, se establecía lo siguiente: “Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y decretar las expropiaciones legales [...]” (España, 1931). Por lo tanto, el gobierno español ya mostraba preocupación por el patrimonio cultural material español, como también se puede ver en otros artículos como el 48 y el 50¹⁷, en el cual se estipulaba la libertad de las regiones autónomas para establecer la enseñanza de sus propias lenguas, pero también la obligación de enseñar el castellano. Se observa que aquí no se establece el idioma como un patrimonio inmaterial, sino como una forma de comunicación entre todas las regiones autónomas.

Por lo tanto, queda claro que la Constitución Española de 1931 no conceptualiza qué es el patrimonio cultural del país, pero ya hace algunas observaciones que serán desarrolladas por la llamada Constitución cultural de 1978 (Guerrero Manso, 2017).

4.1 La Constitución Cultural Española de 1978

La denominación de la Constitución española como cultural fue acuñada por algunos autores como Ruiz Robledo (1998) y Castro López, como señala Guerrero

17 [...] Artículo 48. El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada [...]. Artículo 50. Las regiones autónomas podrán organizar la enseñanza en sus lenguas respectivas, de acuerdo con las facultades que se concedan en los Estatutos. Es obligatorio el estudio de la lengua castellana, y ésta se usará también como instrumento de enseñanza en todos los Centros de instrucción primaria y secundaria de las regiones autónomas [...] (España, 1931).

Manso (2017). La designación es verdadera considerando que la Constitución de España expresa desde su preámbulo la materia, de modo que:

Preámbulo

La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a toda una digna calidad de vida [...] (España, 1978).

La garantía del ejercicio de sus culturas, tradiciones, idiomas e instituciones también constituye la garantía del patrimonio inmaterial, aunque no esté establecido expresamente como un bien inmaterial, pero no se puede negar que ya se expresa la voluntad del legislador. Y como se explicó anteriormente, no se puede hacer una división exacta entre lo que es patrimonio cultural material o inmaterial. Por lo tanto, aunque no esté establecido en la Constitución de 1978, revisada en 2011, lo que es el patrimonio cultural inmaterial ya está siendo protegido.

Pero la protección de la lengua española está clara en varios momentos de la Constitución de España, especialmente en su preámbulo. Se particulariza en el título preliminar, en el artículo 3.3: “la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección” (España, 1978). Por lo tanto, el deseo de proteger las diversas formas de comunicación en España ya se caracteriza como una riqueza, y, por lo tanto, inconmensurable.

El artículo 9.2, aún en el título preliminar, de la Constitución española, a su vez, aborda la protección cultural al determinar que los Poderes Públicos deben promover todas las condiciones para la libertad e igualdad de todos, sean efectivas y resalta: “[...] remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (España, 1978). Luego, el gobierno español debe crear políticas públicas para que los individuos y los grupos tengan acceso a la cultura en todas sus formas posibles.

La Constitución española, en el capítulo III “De Los Principios Rectores de la Política Social Y económica” en su art. 44.1 establece: “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho” (España, 1978), aquí el legislador repite y refuerza lo que ya había dispuesto en el art. 9.2, pero innova al prever garantías para ese derecho, lo que demuestra la

seriedad de la cultura para este pueblo. De importancia fundamental, al igual que en la Constitución brasileña de 1988, la Constitución de España expone en sus arts. 45.1, 45.2 y 45.3¹⁸ el derecho a un medio ambiente adecuado. Se cree que no fue coincidencia que dichos artículos estén entre otros dos sobre la protección cultural española, es decir, el art. 44.1 y luego el art. 46, en el que se expresa:

Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio (España, 1978).

La Ley fundamental, sin utilizar la denominación de patrimonio material e inmaterial, deja claro su protección al mencionar el patrimonio histórico, cultural y artístico. Guerrero Manso (2017) también expresa la misma opinión al entender que el artículo mencionado amplía el concepto del patrimonio histórico español e incluye una amplia variedad de conocimientos y actividades que aún no disfrutaban de protección.

No se puede olvidar que el art. 45.1 establece que el desarrollo de la persona debe darse en un entorno adecuado. Y esa adecuación también se refiere al entorno cultural en el que la Constitución española prioriza la seguridad, conservación, participación y tutela.

Por otro lado, la Constitución de España establece una forma compleja de competencia para sus Comunidades Autónomas en relación con el PCI, pero no renuncia a su competencia exclusiva sobre la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental contra la exportación y el expolio (art. 149.1.28)¹⁹, así como a la protección general de esos bienes.

No habrá tiempo suficiente en este trabajo para explicar la división de esas competencias de manera general y de las competencias de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, las Comunidades tienen competencia para establecer el fomento de la cultura, como se establece en el art. 148.1.17²⁰.

18 Art.45.1 Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 45.2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 45.3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado (España, 1978).

19 Art. 149.1.28 El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias [...] 28ª Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

20 Art. 148.1 Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia en las siguientes materias: [...] 17ª El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la

Se observa que la denominación de Constitución Cultural se debe a una creciente protección de valores que deben ser cuidados, porque no hay ciudadanía sin el reconocimiento de un patrimonio cultural común. Es a través de este patrimonio que los ciudadanos tienen acceso a sus raíces y su historia.

Historia que los une en una cadena de actos, formas de crear, hacer y vivir que crean la memoria, la identidad y el sentido de pertenencia. Y por eso, se entiende que la edición de una ley para complementar el deseo de proteger la memoria, las tradiciones y el patrimonio material e inmaterial español haya sido un proceso prolongado.

4.2 La Ley del Patrimonio Histórico Español– LPHE 16/1985

La Ley del Patrimonio Histórico Español, 16/1985, fue promulgada siete años después de la Constitución de 1978. Sus objetivos se encontraban todos en el preámbulo²¹ de la Constitución y en varios de sus artículos, como se explicó anteriormente, es decir, en los arts. 3.3; 9.2; 44.1; 46; 149.1.28, entre otros. La Constitución, aunque no especificó visiblemente, como lo hizo la Constitución brasileña de 1988 en su art. 216, el reconocimiento del patrimonio etnográfico, deja el camino seguro para la LPHE.

La LPHE, en su preámbulo, presenta sus argumentos de protección y demuestra que emana de la Constitución de 1978 y también de los Estatutos de Autonomía del país. Por lo tanto, la LPHE amplía y define lo que se entiende por Patrimonio Histórico Español. En ese sentido, expresa qué bienes serán incluidos, es decir, los bienes inmuebles y muebles que constituyen el Patrimonio Arqueológico, los etnográficos, los museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, así como el Patrimonio Documental y bibliográfico. En resumen, tiene como objetivo asegurar la protección y promover la cultura en el país.

La LPHE es una ley extensa que ha sido actualizada en varios momentos de la historia española. La última actualización, hasta ahora, fue en febrero de 2018²²

Comunidad Autónoma (España, 1978).

21 Preámbulo. La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a toda una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente: [...] (España, 1978, grifo nuestro).

22 Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de

para incluir en su ordenamiento la Directiva de la Unión Europea. Es una ley importante que ha sido objeto de modificaciones con cierta frecuencia.

A pesar de que la LPHE consta de 79 artículos, sin contar las disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales, recibe críticas por la inclusión en su texto de la protección inmaterial o intangible, considerada muy tímida. Autores como Guerrero Manso y Martínez muestran sus insatisfacciones con argumentos plausibles.

Martínez (2011, p. 125) argumenta que la LPHE instituye la protección del bien inmaterial en el artículo 1.2²³ cuando menciona el bien etnográfico y el valor antropológico “pero que restringe su aplicación a los de orden tangible, muebles, en coherencia con la tradición jurídica española y los motivos expuestos en el Preámbulo”. De esa manera, la institución del bien inmaterial quedó perjudicada al vincularse con los bienes tangibles y muebles. El autor sostiene que el patrimonio etnográfico del art. 46²⁴ de la LPHE se anticipó en la categoría de patrimonio inmaterial, sin embargo, las formas explicitadas en los arts. 47.1²⁵, 47.2²⁶ y 47.3²⁷ exponen una noción “folclórica, arcaica, ahistórica y esencialista” (Martínez, 2011, p. 125).

Martínez (2011) concluye que la noción de patrimonio etnográfico

Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-5059>. Acceso: 2 de septiembre. 2023.

23 2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico (España, 1985).

24 Art. 46. Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales (España, 1985).

25 Art. 47.1. Son bienes inmuebles de carácter etnográfico, y se registrarán por lo dispuesto en los títulos II y IV de la presente Ley, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las comunidades o grupos humanos (España, 1985).

26 Art.47. 2. Son bienes muebles de carácter etnográfico, y se registrarán por lo dispuesto en los títulos III y IV de la presente Ley, todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente.

27 Art.47.3. Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación científicos de estos bienes (España, 1985).

establecida por la LPHE está muy alejada de la propuesta por la Convención de la Unesco de 2003. Con todo, el autor no le quita mérito a la ley, ya que el legislador español, incluso antes de la Unesco, avanzó en el tiempo al establecer la LPHE en 1985 para proteger el patrimonio histórico, los conocimientos y las actividades que son expresión relevante de la cultura tradicional española. Pero en lo que respecta al régimen específico y las medidas de protección directa que establece la ley en favor de los conocimientos y actividades inmateriales del patrimonio etnográfico, no son eficaces.

Por su parte, Guerrero Manso (2017) también critica la LPHE por establecer la protección inmaterial solo en tres artículos, aunque cree que corrige el vacío que existía, pero necesita una regulación específica. La autora llama la atención sobre la protección jurídica del art. 47.3 y explica:

El régimen de cada una de estas modalidades del patrimonio etnográfico es distinto. En los bienes inmuebles y en los bienes muebles el artículo 47 remite a los Títulos II, III y IV, que regulan respectivamente ambos tipos de bienes con carácter general y su régimen de protección. Sin embargo, en el caso del patrimonio inmaterial no existe ningún Título que determine las normas aplicables para conseguir su salvaguardia, sino que se establece exclusivamente que «gozarán de protección administrativa» y que, como ha quedado dicho, en el caso de que los conocimientos o actividades estén en peligro de desaparecer, se procederá a su estudio y documentación científica. Tal previsión puede resultar coherente con la determinación vista en el artículo 46, según la cual pueden formar parte del patrimonio etnográfico y, por lo tanto, del patrimonio histórico español, actividades y conocimientos independientemente de que en la actualidad sean parte integrante de la cultura española: basta con que lo hayan sido en el pasado. Así, si lo que se pretende es mantener esa tradición como vestigio o manifestación cultural ya extinta pero dotada de relevancia, su documentación y registro será una medida adecuada y suficiente. Sin embargo, si el objetivo es que las actividades o manifestaciones culturales no caigan en desuso, sino que permanezcan vivas, será necesario realizar una política de fomento y difusión de las mismas, resultando claramente ineficaz para este propósito dejar simple constancia documental de su existencia y del modo en el que se llevaba a cabo²⁸ (Guerrero Manso, 2017, p. 62).

28 El régimen de cada uno de esos tipos de patrimonio etnográfico es diferente. En el caso de los bienes inmuebles y muebles, el art. 47 remite a los títulos II, III y IV, que regulan ambos tipos de bienes en términos generales y su régimen de protección, respectivamente. Sin embargo, en el caso del patrimonio inmaterial no existe un título que determine las normas aplicables a su conservación, sino que únicamente se establece que “gozarán de protección administrativa” y que, como ya se ha dicho, si estos conocimientos o actividades corren peligro de desaparecer, serán objeto de estudio y documentación científica. Tal previsión puede ser coherente con lo establecido en el artículo 46, según el cual las actividades y conocimientos pueden formar parte del patrimonio etnográfico, y por tanto del patrimonio histórico español, con independencia de que en la actualidad formen parte integrante de la cultura española: basta con que lo hayan sido en el pasado. Por tanto, si lo que se pretende es mantener esta tradición como vestigio o manifestación cultural ya extinguida, pero aún dotada de relevancia, su documentación y registro sería una medida adecuada y suficiente. Ahora bien, si lo que se pretende es que las actividades o manifestaciones culturales no caigan en desuso, sino que permanezcan vivas, será necesario llevar a cabo una política de promoción y difusión de las mismas, siendo a todas luces ineficaz para este fin dejar simple constancia documental de su existencia y de la forma en que se llevó a cabo (traducción libre).

Guerrero Manso interpreta que el art. 47.3 de la LPHE no es suficiente para garantizar la existencia de bienes culturales inmateriales, que tienen una existencia viva. Según este artículo, la Administración solo tomará medidas contundentes cuando exista peligro de que dicho bien desaparezca.

La preocupación de Guerrero Manso y Martínez tiene sentido, ya que España, según la Unesco, es el cuarto país del mundo con más elementos inmateriales reconocidos como Patrimonio de la Humanidad (Guerrero Manso, 2017). Por lo tanto, la noticia de la promulgación de la Ley que regula específicamente estos bienes, es decir, la Ley del Patrimonio Cultural Inmaterial de España (LPCI), fue recibida con gran entusiasmo.

4.3 La Ley del Patrimonio Cultural Inmaterial de España (LPCI) – 10/2015

Se reconoce en general que la aprobación de la LPCI fue un avance en la regulación y protección de los bienes inmateriales, dado que la LPHE era insuficiente para proteger los bienes considerados vivos. La vocación de esta ley estaba destinada a regular y proteger bienes físicos muebles e inmuebles.

La Ley de Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial de España es una norma con 14 artículos, pero con un preámbulo extenso, al igual que la LPHE. Según Guerrero Manso, “El preámbulo, como hemos dicho, es extenso [...] Se articula en torno a cinco apartados dedicados a la delimitación del concepto de los bienes culturales inmateriales, la evolución de la normativa nacional y los compromisos internacionales [...]” (Guerrero Manso, 2017, p. 72).

La estructura de la LPCI consta de 14 artículos estructurados en cuatro títulos, una disposición transitoria y 18 disposiciones finales. Aquí se puede hacer una comparación con el Decreto brasileño que instituyó el Registro de Bienes Culturales de Naturaleza Inmaterial. El documento cuenta solo con 9 artículos y básicamente se encarga de regular la forma en que los bienes serán registrados. Sin embargo, el Decreto fue promulgado 18 años antes que la ley española.

La LPCI, en su Título I, establece disposiciones generales y define, en su art. 2, el concepto de patrimonio cultural inmaterial: “Tendrán la consideración de bienes del patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural, [...]”²⁹ (España, 2015). La ley tiene cuidado de no limitar este concepto solo en su *caput*.

En el Título II, la ley establece el régimen general del Patrimonio Cultural

29 Artículo 2

Inmaterial, así como los principios generales de salvaguardia de esos bienes. Quizás la parte más compleja de la LPCI se encuentra en su Título III, donde se fijan las competencias³⁰ en la materia. Guerrero Manso explica que la posibilidad de que la Administración General asuma esa competencia y genere conflictos con las Comunidades Autónomas es muy grande, y, de hecho, este problema ya está ocurriendo como se verá más adelante.

Por fin, la LPCI está compuesta por un Título IV que detalla los Instrumentos de Cooperación, en el cual se establece el Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. La LPCI, por lo tanto, es una ley muy reciente para tratar bienes antiguos y nuevos, ya que algunos bienes inmateriales se renuevan con el tiempo mediante su transferencia a las generaciones futuras. Se entiende que, en comparación con la legislación brasileña, la LPCI es mucho más detallada en la protección de un bien que tiene una importante influencia en la construcción de lo humano.

4.3.1 La Ley del Patrimonio Cultural Inmaterial – LPCI en España y la prohibición de prohibir del Tribunal Constitucional Español

Es necesario en este momento rescatar el caso brasileño sobre la modificación de la Constitución Federal de 1988, art. 225, en el cual se incluyó el párrafo 7 para hacer constitucional la práctica deportiva de las fiestas denominadas

Tendrán la consideración de bienes del patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural, y en particular: a) Tradiciones y expresiones orales, incluidas las modalidades y particularidades lingüísticas como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; así como la toponimia tradicional como instrumento para la concreción de la denominación geográfica de los territorios; 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; f) gastronomía, elaboraciones culinarias y alimentación; g) aprovechamientos específicos de los paisajes naturales; h) formas de socialización colectiva y organizaciones; i) manifestaciones sonoras, música y danza tradicional.

30 Artículo 11. *Competencias.*

1. Corresponde a la Administración General del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 44, 46, 149.1, reglas 1.a y 28.a, y 149.2 de la Constitución Española, garantizar la conservación del patrimonio inmaterial español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a sus diferentes manifestaciones. A tal fin, se adoptarán las medidas necesarias para facilitar su colaboración con los restantes poderes públicos y la de estos entre sí, así como para recabar y proporcionar cuanta información fuera precisa a los fines de esta ley.
2. Corresponden a la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en colaboración con las Comunidades Autónomas, las siguientes funciones: a) La propuesta, elaboración, seguimiento y revisión del Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. b) La gestión del Inventario General de Patrimonio Cultural Inmaterial. c) La salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial mediante la Declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, en los términos previstos en esta ley (España, 2015).

vaquejadas. En esas fiestas se utilizan animales, como en los rodeos con algunas particularidades brasileñas.

Es interesante observar que países distantes como Brasil y España puedan tener problemas tan similares, pero con decisiones inversas. Se debe reconocer que el gobierno español ha hecho un esfuerzo muy grande para proteger los bienes más importantes para la identidad de su pueblo, y aun así muchas veces no son suficientes.

El caso, que se reviste contrario al de Brasil, se refiere a la protección del Patrimonio Cultural Inmaterial, con la aprobación de la Ley 18 de 2013 que regula la Tauromaquia, entre otras ocurrencias que serán señaladas.

La ley de Tauromaquia consta de 12 artículos y un preámbulo que vale más que los artículos por la elocuencia en la defensa de esta práctica. El preámbulo de la ley enfatiza que la fiesta de los toros es algo vivo y dinámico y sujeto a evolución³¹, es decir, tiene todas las características para ser considerado Patrimonio Cultural Inmaterial. Por lo tanto, garantiza esta cualidad literalmente cuando expone: “Ahora bien, lo que sí podemos afirmar es que la Tauromaquia conforma un incuestionable patrimonio cultural inmaterial español, que no ostentamos en exclusiva, sino que compartimos con otros lugares como Portugal, Iberoamérica y el sur de Francia” (España, 2013).

Pero la polémica del caso español es tan controvertida como la del caso brasileño, porque es una suma de eventos. Uno de estos hechos fue que la Comunidad de Cataluña, ante la creciente protección de los animales, incluyó en su legislación (Decreto Legislativo 2/2008) el artículo n. 6 que establecía la prohibición del uso de animales e incluso las corridas de toros. Este artículo fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por un grupo de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular (España, 2016).

La respuesta de la Corte, en la sentencia 177/2016, fue considerar inconstitucional el artículo incluido en el Decreto 2/2008 de Cataluña, porque su Estatuto de Autonomía no permitía legislar sobre asuntos de competencia exclusiva de ámbito nacional³². No hay tiempo en este trabajo para discutir

31 [...] La fiesta de los toros y los espectáculos taurinos populares son algo vivo y dinámico, sujetos a constante evolución, sin que se puedan hacer conjeturas sobre de qué manera se adaptarán a las sensibilidades cambiantes de nuestros tiempos u otros venideros. Esto dependerá de que se mantenga la afición popular y de que la misma sea capaz de renovarse en las nuevas generaciones de aficionados que son los que, en su caso, deberán mantener, actualizar y conservar la fiesta de los toros. Pero en todo caso, será desde la libertad de la sociedad a optar y desde la propia libertad que significa la cultura, no cercenando el acceso a ésta (España, 2013).

32 [...] El mencionado Real Decreto de transferencias estableció que la fiesta de los toros “se regirá por sus reglamentos específicos de ámbito nacional, sin perjuicio de las facultades de la Generalidad de

sobre las competencias de las Comunidades Autónomas para profundizar en este tema intrigante sobre los derechos de los animales y lo que puede considerarse Patrimonio Cultural Inmaterial como la Tauromaquia.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo Federal de Brasil decidió de manera diferente al Tribunal Constitucional español, al considerar inconstitucional una ley estatal que legalizaba la práctica deportiva con la utilización de animales, denominada vaquejada. Y, por otro lado, el Tribunal Constitucional español consideró inconstitucional una ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña que defendía a los toros en fiestas de este tipo. La cual decisión se considera, en este trabajo, acertada.

Ante ese dilema, lógicamente se debe estudiar con profundidad los argumentos de los tribunales de ambos países y lo que realmente es importante y conforma una identidad colectiva, considerando que esos bienes culturales están vivos y pueden ser modificados. Otro factor que debe ser identificado es si otros intereses tienen un peso mayor en estas decisiones. Eso se debe a que la propia ley de Tauromaquia observa: “Pero, además del aspecto cultural, la Tauromaquia tiene una indudable trascendencia como actividad económica y empresarial, de dación de bienes y servicios al mercado, produce un flujo económico que se traduce en miles de puestos de trabajo (España, 2013).

Sin embargo, no hay manera de refutar la decisión del Tribunal Constitucional español porque en ese momento, la cuestión era si Cataluña tenía o no competencia para incluir en su legislación la prohibición de la corrida de toros en su Comunidad. Ciertamente, después de estudiar toda la legislación nacional española, se puede ver que la decisión del Tribunal Constitucional en este ámbito fue acertada en cuanto a la competencia. De la misma manera, la decisión del Supremo Tribunal Federal brasileño también lo fue en el caso de la vaquejada, considerando la protección establecida en el cuerpo de la Constitución de 1988, por la inconstitucionalidad de la ley cearense.

Se observa que desde el inicio de la investigación se citaron varios documentos de la Unesco adoptados por ambos países sobre el Patrimonio Cultural. Curiosamente, no se menciona en ninguna de las decisiones la Declaración Universal de los Derechos de los Animales para definir cómo pueden ser utilizados y esa utilización retratada como un bien cultural inmaterial.

No es necesario leer todo el documento de la Unesco de 1978 para

Cataluña de acuerdo con el presente traspaso”. En definitiva, subraya la Letrada, lo que se transfiere a la Generalitat de Cataluña es única y exclusivamente lo que se conoce policía de espectáculos, correspondiendo al Estado las competencias normativas sobre la fiesta de los toros.

comprender que algo está en desacuerdo sobre lo que constituye el Patrimonio Cultural Inmaterial en las cuestiones tratadas en Brasil y España,

[...] Art. 2º 1. Todo animal tiene derecho a ser respetado. 2. El hombre, como especie animal, no puede exterminar a otros animales ni explotarlos violando ese derecho; el hombre tiene el deber de poner sus conocimientos al servicio de los animales. 3. Todo animal tiene derecho a la atención, cuidado y protección del hombre. [...] Art. 3. 1. Ningún animal será sometido a maltratos ni actos crueles. 2. Si es necesario sacrificar a un animal, debe ser sacrificado instantáneamente, sin dolor y de manera que no le cause angustia [...] (Unesco, 1978).

En todo ese panorama de defensa de lo que constituye el Patrimonio Cultural Inmaterial en Brasil y España, se observa que existen voces discordantes y controversias en la interpretación del marco jurídico existente. De este modo, en Brasil se espera la promulgación de una ley que regulará el uso de animales en fiestas con prácticas deportivas, como lo establece la Constitución de 1988 en su art. 225, § 7.

Consideraciones finales

No hay dudas de que el constituyente brasileño vinculó los valores del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado con la preservación del patrimonio cultural material e inmaterial. Aunque no estén enumerados en el art. 5, tales valores están clasificados en forma de derechos fundamentales. Observa el art. 5, § 2, de la Constitución de 1988, que reconoce la existencia de derechos fundamentales positivados en otras partes del texto constitucional, así como en tratados internacionales, además del posible reconocimiento de derechos fundamentales no escritos y de aquellos derivados del régimen y los principios de la Constitución.

Pero, ¿cuál es la importancia de la constitucionalización del derecho a la cultura? Choay llama la atención sobre las amenazas que acechan al patrimonio, y a pesar de todos los problemas para que el patrimonio cultural sobreviva, no impiden un amplio consenso a favor de su conservación y protección, que son oficialmente defendidos en nombre de los valores científicos, estéticos, memoriales, sociales y urbanos representados por este patrimonio en las sociedades industriales avanzadas. Por lo tanto, este derecho debe ser protegido en la carta más cultural que existe en cualquier país, es decir, sus constituciones. Así, se preservan los modos de crear, hacer y vivir de un pueblo.

Para comprender la importancia de la cultura para la humanidad, varios

antropólogos como Edward Tylor, Francis Boas, Jacques Turgot, Clifford Geertz y Claude Lévi-Strauss, en investigaciones empíricas, demostraron que, sin la cultura, el ser humano no existiría. Sería simplemente otro animal en el mundo luchando por sobrevivir, pero debido a la cultura, donde se aprende, transforma y transfiere modos de crear, hacer y vivir, este Ser, con su complejidad y simplicidad, transformó todo a su alrededor.

Retomando la Constitución brasileña y los artículos constitucionales que establecieron la protección del patrimonio cultural nacional en 1988, se observa que fue guiada por constituciones anteriores que permitieron su perfeccionamiento, así como también por las convenciones de la Unesco sobre la materia. Por otro lado, no se puede negar que hubo un retroceso en la protección del Patrimonio Cultural Inmaterial mediante la aprobación en el Congreso Nacional de la Enmienda Constitucional n. 96 en 2017. Esta enmienda ocurrió porque la Ley cearense 15.299/13, que legalizaba la fiesta de la vaquejada, fue considerada inconstitucional por el STF en 2017. Los argumentos de la Corte se basaron en informes técnicos que señalaban el sufrimiento infligido tanto a los toros como a los caballos en el desarrollo de la práctica deportiva.

No hay dudas de que esa fiesta tiene un impacto económico considerable y genera puestos de trabajo, como también argumentaron los españoles. Pero, por otro lado, la Corte también tuvo en cuenta, para su decisión, la propia Constitución del país y las leyes infraconstitucionales que protegen a los animales.

Contrariamente a la decisión brasileña, la Corte española, basada en las competencias legislativas nacionales y de la Comunidad Autónoma catalana, considera inconstitucional el Decreto de 2008 que incluyó un artículo prohibiendo la fiesta de corridas de toros. Por diferentes razones, la decisión española está plenamente constitucional, es decir, existe la LPCHE que no estipula la prohibición de la fiesta, la LPCI también no explicita esa prohibición, pero es criticada por ser tímida y arcaica según los doctrinarios españoles. Otro factor importante es la edición de la Ley de Tauromaquia por parte del Estado, estableciendo claramente que la fiesta es un Patrimonio Cultural Inmaterial importante para los españoles, pero es cuestionable porque ya existen pensamientos disidentes en el país. Y para finalizar, la Corte en su sentencia cita los artículos constitucionales que especifican la competencia del estado en materia de patrimonio cultural, que seguramente serán cuestionados en un futuro próximo.

En un primer momento, podría pensarse que dentro de cada país no hay antagonismo de decisiones, ya que cada una de ellas tomó en consideración la legislación existente, ya sea constitucional o infraconstitucional. Sin embargo,

- CAMPANHOLE, H. L.; CAMPANHOLE, A. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CHOAY, F. *A alegoria do patrimônio*. Tradução Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006.
- COSTA, B. S. *Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal e Espanha*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- COSTA, B. S. A proteção do patrimônio cultural como um direito fundamental. In: AHMED, F.; COUTINHO, R. (org.). *Patrimônio cultural e sua tutela jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Jurídica, 2009. p. 39-59.
- EDWARD BURNETT TYLOR. *EcuRed*, 2018. Disponible en: https://www.ecured.cu/Edward_Burnett_Tylor. Acceso: 20 de junio. 2023.
- ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*, 2016. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25131>. Acceso: 3 de julio. 2023.
- ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. *Boletín Oficial del Estado*, 27 mayo 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-5794>. Acceso: 20 de junio. 2023.
- ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural. *Boletín Oficial del Estado*, 13 nov. 2013. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-11837. Acceso: 20 de junio. 2023.
- ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. *Boletín Oficial del Estado*, 29 jun. 1985. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>. Acceso: 1 de julio. 2023.
- ESPAÑA. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 dic. 1978. Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acceso: 1 de julio. 2023.
- ESPAÑA. *Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931*. Disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf. Acceso: 3 de julio. 2023.
- ESPAÑA. *Constituição de 1978*. Trad. Attilio Faggi. Rio Grande do Sul, 1999.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIUZA, C. A. C.; GONTIJO, B. R. A. Proteção ambiental e personificação dos animais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 55-76, jul./dez. 2014.
- GEERTZ, C. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2017.
- GUERRERO MANSO, C. La escasa y problemática regulación del patrimonio inmaterial en España. In: LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.). *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017. p. 53-86.
- LARAIA, R. B. *Cultura: um conceito antropológico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- LÓPEZ RAMÓN, F. Fuentes y conceptos del patrimonio cultural en el ordenamiento español. In: LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.). *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017. p. 17-30.
- MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 28. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

- MARTÍNEZ, L. P. La tutela legal del patrimonio cultural inmaterial en España. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, v. 1, n. 7, p. 123-150, jun. 2011. Disponible en: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2011/11/07-tm-10.pdf>. Acceso: 3 de agosto. 2023.
- MIRANDA, P. S. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- NABAIS, J. C. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- PREFEITURA DE ROMA proíbe “gladiadores” em Coliseu. *Metrópole*, 2 dez. 2016. Disponible en: <https://www.metropoles.com/vida-e-estilo/turismo/prefeitura-de-roma-proibe-gladiadores-em-coliseu>. Acceso: 3 de junio. 2023.
- REISEWITZ, L. *Direito Ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- RIBEIRO, W. C.; ZANIRATO, S. H. O patrimônio natural sob proteção: a construção de um ordenamento jurídico. In: FUNARI, P. P. et al. (org.). *Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais*. São Paulo: Annablume, 2009. p. 219-242.
- SOUZA FILHO, C. F. M. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. e atualiz. Curitiba: Juruá, 2011.
- UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris: Unesco, 2003. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>. Acceso: 20 de julio. 2023.
- UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*. Paris: Unesco, 1978. Disponible en: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>. Acceso: 20 de julio. 2023.
- UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Convenção para o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*. Paris: Unesco, 1972. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/intangible-cultural-heritage-list-brazil/#topPage>. Acceso: 20 de julio. 2023.
- UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Convenção para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado*. Haia, 1954. Disponible en: http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_decreto_44851_11_11_1958_por_orof.pdf. Acceso: 28 de julio. 2023.

SOBRE LOS AUTORES

Beatriz Souza Costa

Postdoctora por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Madrid/Toledo, España. Doctora y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidadw Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG, Brasil. Profesora en Postgrado en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible de la Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte/MG, Brasil.

Elcio Nacur Rezende

Postdoctorado por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Madrid/Toledo, España, y por la Università degli Studi di Messina (UNIME), Messina, Italia. Doctor y Magíster en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS), Belo Horizonte/MG, Brasil. Profesor de la Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte/MG, Brasil. Procurador de la Hacienda Nacional.

Participación de los autores

Ambos autores participaron en todas las etapas de elaboración de este artículo.

Cómo citar este artículo (ABNT):

COSTA, B. S.; REZENDE, E. N. La protección del patrimonio cultural en Brasil y España: el caso de la vaquejada y las corridas de toros. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 21, e212641, 2024. Disponible en: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2641>. Acceso en: día de mes. año.