

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

## Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrin

Marcelo Dias Varella

Ardyllis Alves Soares

Editor Assistente

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

Editores convidados:

Marcilio Toscano Franca Filho

Ardyllis Alves Soares.

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 17	n. 3	p. 1-606	dez	2020
--	----------	-------	------	----------	-----	------

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**  
Centro Universitário de Brasília

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

**Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

**Linha editorial**

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

**Editor Gerente**

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

**Comitê editorial**

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília  
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo  
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne  
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França  
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

**Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

**Diagramação**

S2 Books

**Disponível em:**

[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br)

**Circulação**

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 17, número 3 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

**Endereço para Permuta**

**Biblioteca Reitor João Herculino**

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: [biblioteca@uniceub.br](mailto:biblioteca@uniceub.br)



# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>20</b>
<b>CRÔNICAS.....</b>	<b>22</b>
<b>O COSTUME INTERNACIONAL COMO REFORÇO DA OBJEÇÃO BRASILEIRA À CLÁUSULA DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO .....</b>	<b>24</b>
Leonardo Vieira Arruda Achtschin	
1 A incorporação do costume internacional no ACFI Brasil-Índia.....	25
2 A adoção do costume internacional como afastamento do padrão TJE.....	27
<b>O PROCESSO LEGISLATIVO COMO GARANTIA PARA A OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO PRÉVIO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA .....</b>	<b>30</b>
Gabriel de Oliveira Borba	
1 Introdução .....	30
2 A obtenção do consentimento prévio dos povos quilombolas .....	31
3 A utilização do processo legislativo para interromper o despejo das comunidades quilombolas de Alcântara .....	34
4 Considerações finais .....	36
Referências.....	36
<b>DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL - PANORAMA GERAL.....</b>	<b>38</b>
<b>PEOPLES' HERITAGE OR STATES' HERITAGE? SOVEREIGNTY IN THE UNESCO MECHANISM FOR THE SAFEGUARDING OF INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE.....</b>	<b>40</b>
Aliko Gkana	
1 Introduction .....	41
2 Reaffirming Sovereignty through the UNESCO safeguarding mechanism for Intangible Cultural Heritage .....	43
2.1 The 2003 UNESCO Convention .....	43
2.2 Sovereignty “guarantees” in the UNESCO safeguarding mechanism.....	45
3 “Shared Intangible Cultural Heritage” and possible responses in terms of international law.....	49
3.1 Dealing with “shared Intangible Cultural Heritage” within the UNESCO safeguarding mechanism.....	49
3.2 Possible responses for a more effective safeguarding of “shared ICH” .....	51

4 Conclusion. Transcending borders through Intangible Cultural Heritage?.....	54
References.....	55

**THE IMPACT OF THE UNESCO AND UNIDROIT CONVENTIONS AND THE EU DIRECTIVES ON THE INTERNATIONAL ART MARKET: AN ANALYSIS FIFTY YEARS AFTER THE INTRODUCTION OF THE OBLIGATION TO RETURN STOLEN OR ILLEGALLY EXPORTED CULTURAL GOODS ..... 61**

Geo Magri

1 Introduction .....	62
2 The introduction of the duty to return cultural goods: the UNESCO Convention of 1970 .....	63
3 The need to make the UNESCO Convention more effective: The UNIDROIT Convention of 1995.....	64
4 The relationship between Directive 93/7 and the UNIDROIT Convention.....	67
5 The influence of the 1995 Convention on Directive 2014/60/EU .....	70
6 Conclusion .....	71
References.....	73

**TRÊS PAUTAS EM DESTAQUE NA AGENDA DE DIVERSIDADE CULTURAL DA UNESCO: AMBIENTE DIGITAL, TRATAMENTO PREFERENCIAL E PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL.....76**

Danilo Júnior de Oliveira, Maria Carolina Vasconcelos Oliveira e Ana Paula do Val

1 Introdução: a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco .....	77
2 A participação social no âmbito da Convenção de 2005 .....	79
3 Tratamento preferencial de profissionais, bens e serviços culturais do Sul global e sinergias com a Recomendação sobre o Estatuto do Artista .....	83
3.1 A Recomendação sobre o Estatuto do Artista de 1980 .....	84
4 Adaptações da Convenção de 2005 para o meio digital: um novo campo produtor de linguagens .....	86
4.1 Políticas culturais na Era das Plataformas: modernização das indústrias culturais e criativas e o papel da sociedade civil.....	89
5 Considerações finais .....	90
Referências.....	91

**A 100 YEARS INSTITUTIONALIZED CULTURAL HERITAGE PROTECTION: FROM THE INSTITUTIONALIZED INTERNATIONAL COOPÉRATION INTELLECTUELLE TO THE HUMAN RIGHT TO CULTURAL HERITAGE .....95**

Lando Kirchmair

1 Introduction: Institutionalizing Coopération Intellectuelle in 1920 .....	96
2 Reestablishing and Strengthening the Institutionalized Protection after 1945: The foundation of UNESCO .....	97
3 From Institutionalized Interstate Heritage Protection to a Human Right to Cultural Heritage in the 21st century? .....	101

4 Conclusion .....	105
References.....	105

**ASPECTOS METODOLÓGICOS DO DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL..... 109**

**A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EM NOVAS PERSPECTIVAS: ESTUDO COMPARADO ENTRE A KULTURGUTSCHUTZGESETZ E A HOLOCAUST EXPROPRIATED ART RECOVERY ACT OF 2016 .....111**

Ardyllis Alves Soares

1 Introdução .....	112
2 Bens culturais como objeto de proteção internacional .....	112
3 Análise comparada entre a KGSG e a HEAR.....	114
3.1 Estrutura e informações gerais sobre as leis .....	114
3.2 Objeto e finalidade .....	115
3.3 Especificidade dos bens culturais protegidos .....	116
3.4 Dimensão temporal das normas .....	116
3.5 Dimensão temporal da proteção de bens culturais .....	117
4 Considerações finais .....	123
Referências.....	123

**ART-RELATED DISPUTES AND ADR METHODS ..... 127**

Maria Beatrice Deli e Veronica Proietti

1 Alternative Dispute Resolution methods and art-related disputes. ....	128
2 Resorting to mediation as a first option .....	132
3 The role of the mediator.....	134
4 The new focus of international mediation centres on art-related disputes.....	135
4.1 WIPO-ICOM Art and Cultural Heritage Mediation project .....	135
4.2 Institutional Mediation with ADR Art & Cultural Heritage (ADR Arte) of the Milan Chamber of Arbitration .....	136
4.3 UNESCO's Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation (ICPRCP) .....	137
5 Resorting to arbitration in art-related disputes. ....	138
6 Arbitral institutions and the rules for settling art-related disputes.....	142
6.1 WIPO Arbitration Rules and WIPO Expedited Arbitration Rules.....	142
6.2 PCA Arbitration Rules.....	142
6.3 Venice Chamber of Arbitration – Regolamento degli arbitrati in materia di arte .....	143
7 The CAfA and its arbitral procedure. ....	143
8 Conclusions.....	146

<b>Referências.....</b>	<b>146</b>
<b>DUE DILIGENCE IN ART LAW AND CULTURAL HERITAGE LAW .....</b>	<b>150</b>
Lisiane Feiten Wingert Ody	
<b>1 Introduction .....</b>	<b>151</b>
<b>2 Due diligence and the authenticity of the artwork or cultural property.....</b>	<b>153</b>
2.1 Demonstrating authenticity .....	153
2.1.1 The role of the parties, intermediaries, appraisers and art experts .....	153
2.1.2 The essential elements of due diligence: the distinction between the obligations of professional specialists and of dilettantes.....	155
2.2 Inauthentic work.....	157
2.2.1 Burden of proof .....	157
2.2.2 Prohibiting the exhibition of artworks of disputed authenticity as an alternative to rescinding the sales agreement. ....	158
<b>3 Provenance of the artwork or cultural property and due diligence .....</b>	<b>160</b>
3.1 Demonstrating clean provenance .....	160
3.1.1 Extent and scope of due diligence requirements: consulting historians, appraisers, databases, museums, catalogue raisonné etc.....	160
3.1.2 Registering compliance with due diligence and the question of proof of good faith .....	163
3.2 Questionable Provenance: return or restitution of works.....	164
3.2.1 Fundamental divergence between Common Law and Civil Law.....	164
3.2.2 The need for convergence between different legal systems and unitary treatment of the topic.....	166
<b>4 Conclusion .....</b>	<b>166</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>167</b>
<b>THE RECEPTION OF DROIT DE SUITE IN INTERNATIONAL LAW: DIAGNOSIS AND REMEDY ....</b>	<b>170</b>
Mickael R. Viglino	
<b>1 Introducing the Droit de Suite.....</b>	<b>171</b>
<b>2 The initial missteps of the Berne Convention .....</b>	<b>173</b>
2.1 Droit de Suite as a secondary right in international law.....	173
2.2 Droit de Suite as a broad concept left to the States.....	174
<b>3 A kaleidoscope of resale rights.....</b>	<b>176</b>
3.1 Brazil, an example not-to-follow.....	176
3.2 Australia, a successful conversion.....	178
<b>4 Looking for Remedies: Food for Thought.....</b>	<b>180</b>
4.1 The EU as a standard for homogenization of national legislations.....	180
4.2 Draft Guiding Principles Concerning the Operation of the Droit de Suite.....	183
<b>5 Concluding remarks.....</b>	<b>185</b>



References.....	186
-----------------	-----

## **DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL: DO REGIONAL AO LOCAL ..... 188**

### **CÂMARA CASCUDO E O LEGAL DESIGN - A VISUALIDADE DO DIREITO ENTRE PROVINCIANISMO E GLOBALIZAÇÃO ..... 190**

Marcelio Toscano Franca Filho

1 Introdução: “diz-me com quem andas e eu te direi quem és”.....	191
2 “Em terra de cego quem tem olho é rei” .....	192
3 “Todos os caminhos levam a Roma”.....	193
4 “Onde Judas perdeu as botas”.....	195
5 Considerações finais: “aCésar o que é de César” .....	199
Referências.....	200

### **A POLÍTICA DA UNIÃO EUROPEIA NO TURISMO: O TURISMO CULTURAL E A SUSTENTABILIDADE DO PATRIMÔNIO INDUSTRIAL PARA INTEGRAÇÃO DO BLOCO EUROPEU .....202**

Maraluce Maria Custódio e Fernando Barotti dos Santos

1 Introdução .....	203
2 Turismo como integração entre sociedade e cultura .....	204
3 A política integrada da União Europeia no ramo do turismo.....	205
4 Turismo cultural na Europa como integração entre a cultura e o ecológico.....	209
5 Patrimônio industrial e turismo: a preservação da história da industrialização na Europa.....	213
6 Considerações finais .....	218
Referências.....	219

### **DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO AL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL..223**

Juan Jorge Faundes

1 Introducción.....	224
2 El derecho humano a la identidad cultural .....	225
2.1 Conformación del derecho humano a la identidad cultural desde sus fuentes en el Derecho Internacional de los derechos humanos.....	227
3 La jurisprudencia de la Corte IDH y el DFICPI.....	229
3.1 La doctrina interpretativa de la Corte IDH.....	229
3.2 Los precedentes de la Corte IDH en torno al derecho a la identidad cultural.....	230
3.2.1 El derecho de propiedad y los derechos territoriales de los pueblos indígenas como base de la identidad cultural (artículo 21 CADH).....	231

3.2.2 El derecho a la identidad cultural en interdependencia con los derechos de propiedad y a la vida en sentido amplio.....	231
3.2.3 La dimensión religiosa inmaterial o intangible del derecho a la identidad cultural (arts. 5, 8, 25, 24, 12, 21 y 1.1, 2, de la CADH).....	232
3.2.4 El derecho a la identidad cultural como filtro hermenéutico, interdependencia y el deber de actuación diligente del Estado (arts. 1.1. y 2 CADH):.....	234
3.3 Los titulares del derecho humano a la identidad cultural para la Corte IDH.....	238
3.4 Síntesis del razonamiento de la Corte IDH en relación al derecho humano a la identidad cultural.....	239
<b>4 Jurisprudencia del TEDH, fuentes y razonamiento en sus decisiones sobre cuestiones de identidad cultural .....</b>	<b>240</b>
4.1 La doctrina interpretativa del TEDH.....	240
4.2 Los precedentes del TEDH en torno a los derechos culturales .....	241
4.2.1 Derecho a la vida privada e intimidad familiar (art. 8 CEDH).....	241
4.2.2 Derechos lingüísticos, educativos (art. 2 del Protocolo N°1) y la prohibición de discriminación de minorías (art. 14 CEDH).....	242
4.2.3 La libertad de religión (art. 9 CEDH), la protección a la propiedad (art. 1 del Protocolo N°1) y la prohibición de discriminación de minorías (art. 14 CEDH) .....	243
4.2.4 Los símbolos religiosos y el uso identitario de vestimentas: libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH) y la prohibición de discriminación (art.14 CEDH).....	244
4.3 El razonamiento del TEDH en relación con los derechos culturales.....	246
<b>5 Hacia un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y el TEDH en torno al derecho humano a la identidad cultural.....</b>	<b>248</b>
<b>6 Conclusiones .....</b>	<b>250</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>252</b>

## **DIGITAL ART AND THE BELT AND ROAD INITIATIVE: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES.....257**

Dan Wei e Ângelo Rafael

<b>1 Introduction .....</b>	<b>258</b>
<b>2 Overview on the Status of Digital Art in China .....</b>	<b>259</b>
<b>3 Digital art and the Belt and Road Initiative: its place and transformative potential .....</b>	<b>260</b>
3.1 Nature, scope and objectives of the Belt and Road Initiative.....	261
3.2 The place of digital art in the BRI and its potential role in developing it.....	262
<b>4 Some potential legal and regulatory challenges .....</b>	<b>263</b>
4.1 Intellectual property rights protection and the blockchain technology.....	263
4.2 Contract Law and consumer protection issues.....	265
4.3 Vulnerability to money laundering and other criminal activities.....	266
4.4 International cooperation and regulation .....	267
<b>5 Conclusion .....</b>	<b>269</b>
<b>References.....</b>	<b>270</b>

**POLICING HERITAGE CRIME IN LATIN AMERICA.....275**

Naomi Oosterman e Donna Yates

<b>1 Introduction .....</b>	<b>276</b>
<b>2 Interregional and international cooperation in Latin America .....</b>	<b>278</b>
<b>3 Policy, policing, and legislation in Latin America.....</b>	<b>279</b>
3.1 Argentina .....	279
3.2 Belize .....	280
3.3 Brazil.....	281
3.4 Chile .....	281
3.5 Colombia .....	282
3.6 Costa Rica.....	283
3.7 Guatemala.....	283
3.8 Honduras .....	284
3.9 Nicaragua.....	285
3.10 Panamá.....	286
3.11 Paraguay .....	286
3.12 Perú.....	286
<b>4 Conclusion .....</b>	<b>287</b>
<b>Acknowledgements.....</b>	<b>288</b>
<b>References.....</b>	<b>288</b>

**THE PRINCIPLES OF CULTURAL HERITAGE LAW BASED ON THE POLISH LAW AS AN EXAMPLE .292**

Małgorzata Joanna Węgrzak e Kamil Zeidler

<b>1 Introduction .....</b>	<b>293</b>
<b>2 Typologies of the principles of law.....</b>	<b>295</b>
<b>3 Cultural heritage law and its principles.....</b>	<b>295</b>
<b>4 The proposal of a catalogue of the principles of cultural heritage protection law.....</b>	<b>297</b>
<b>5 Conclusions.....</b>	<b>300</b>
<b>References.....</b>	<b>300</b>

**HERITAGE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW AND NATIONAL LAW: INSIGHTS INTO THE CASE OF VIETNAM .....304**

Yen Thi Hong Nguyen e Dung Phuong Nguyen

<b>1 Introduction .....</b>	<b>305</b>
<b>2 International Legal Framework on Heritage Protection .....</b>	<b>306</b>
2.1 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (1970) (“1970 UNESCO Convention”) .....	306

2.2 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972) (“1972 World Heritage Convention”).....	308
2.3 Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage (2003) (“2003 ICH Convention”)... 310	
2.4 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (2005) (“2005 UNESCO Convention”) .....	311
<b>3 Overview of the Cultural Heritage Conventions under the Auspices of UNESCO .....</b>	<b>312</b>
<b>4 Heritage Protection in Vietnamese Legislation .....</b>	<b>313</b>
4.1 Strenuous efforts in formulating regulations on heritage protection before becoming a member to UNESCO’s heritage conventions.....	313
4.2 The implementation of commitments arising from UNESCO’s heritage conventions in the Vietnamese legal system .....	314
<b>5 Challenges in the Preservation and Safeguarding of Cultural Heritage in Vietnam .....</b>	<b>317</b>
<b>6 Conclusion .....</b>	<b>320</b>
<b>References.....</b>	<b>320</b>

**THE APPROPRIATION OF THE CARIOCA INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE BY AN ENTREPRENEURIAL LOGIC .....** **324**

Mário Ferreira de Pragmácio Telles

<b>1 Introduction .....</b>	<b>325</b>
<b>2 The standardization of the city of Rio de Janeiro and urban entrepreneurship .....</b>	<b>326</b>
<b>3 The neutralization of the contending power of the Carioca ICH and the erasure process of collective memory .....</b>	<b>332</b>
<b>4 The reference case of Chapelaria Porto .....</b>	<b>336</b>
<b>5 Conclusion .....</b>	<b>340</b>
<b>References.....</b>	<b>341</b>

**A PROPÓSITO DEL CARÁCTER UNIVERSAL DEL ACCESO A LA CULTURA EN INTERNET: UN ANÁLISIS DESDE EL PRISMA INTERNACIONAL Y LA EXPERIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO** **344**

Janny Carrasco Medina

<b>1 Introducción .....</b>	<b>345</b>
<b>2 Tras los causes del acceso a la cultura.....</b>	<b>346</b>
<b>3 Una parada necesaria en la brecha digital .....</b>	<b>348</b>
<b>4 Concretamente el fenómeno cubano .....</b>	<b>350</b>
<b>5 Consideraciones Finales .....</b>	<b>354</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>355</b>



**DIREITO HUMANITÁRIO E ARTE .....357**

**A DESTRUIÇÃO DELIBERADA DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE: “CRIME DE GUERRA”  
OU “CRIME CONTRA A HUMANIDADE”? .....359**

Juliette Robichez

<b>1 Introdução</b> .....	<b>360</b>
<b>2 Evolução da jurisprudência internacional sobre a proteção do patrimônio da humanidade</b> .....	<b>362</b>
2.1 Jurisprudência das jurisdições internacionais não criminais .....	363
2.1.1 A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.....	363
2.1.2 Jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos .....	364
2.1.3 Comissão das Reclamações entre Eritreia e Etiópia .....	365
2.2 Jurisprudência dos tribunais penais internacionais ad hoc .....	366
2.3 Jurisprudência do Tribunal Penal Internacional.....	367
<b>3 A difícil caracterização do crime de destruição deliberada do patrimônio da humanidade</b> .....	<b>369</b>
3.1 Generalidades sobre os crimes internacionais .....	369
3.2 O crime de guerra á luz da proteção do patrimônio da humanidade.....	370
3.2.1 A qualificação privilegiada de crime de guerra.....	370
3.2.2 Análise crítica da qualificação .....	373
3.3 Crime contra a humanidade á luz da proteção do patrimônio da humanidade.....	375
3.3.1 Desumanidade do ato de destruição do patrimônio da humanidade.....	376
3.3.2 Objetivo criminal global .....	378
3.3.3 População-alvo .....	380
3.3.4 Vínculo com um conflito armado.....	380
3.3.5 A nomenclatura dos atos: a plasticidade do conceito de crime contra humanidade.....	381
<b>4 Considerações Finais</b> .....	<b>383</b>
<b>Referências</b> .....	<b>383</b>

**PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: EMERGING  
TRENDS .....390**

Niteesh Kumar Upadhyay e Mahak Rathee

<b>1 Introduction</b> .....	<b>391</b>
<b>2 Long term effects of destroying of cultural property</b> .....	<b>392</b>
<b>3 Instances of damage to cultural property during international, non-international armed conflict and terrorists attacks and cause of such acts</b> .....	<b>393</b>
<b>4 Iconoclasm and destruction of cultural heritage</b> .....	<b>394</b>
4.1 Political Iconoclasm .....	395
4.2 Reasons behind Iconoclasm .....	396

5 Religious texts e the significance of cultural property .....	397
6 Laws regulating protection of cultural property during war and peacetime.....	397
7 Protection of cultural property: measures .....	399
7.1 Transportation of Cultural Property.....	399
7.2 Fostering the Spirit of Respect for Cultural Property.....	399
7.3 Special Protection and Enhanced Protection for cultural property .....	400
8 Downplaying the factor of military necessity .....	400
9 International criminalisation of wrongs against cultural property.....	401
10 Conclusion.....	402
References.....	404

## **DIREITO DO MAR/MARÍTIMO E ARTE..... 410**

### **THE UNDERWATER CULTURAL HERITAGE REGIME: SOME PROBLEMS AND POSSIBLE SOLUTIONS. 412**

Elina Moustaira

1 Introductory remarks .....	413
2 General Issues .....	413
3 1982 Third United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS III).....	414
4 2001 UNESCO Convention for the Protection of the Underwater Cultural Heritage.....	415
5 Countries: National Laws .....	416
6 Disputed Ownership: The Case of the Galleon San José.....	418
7 Sunken State Vessels: to whom do they belong? .....	419
8 Co-ownership of a State and Indigenous People?: The Case of Franklin Expedition Shipwrecks .....	419
9 Concluding Remarks .....	420
References.....	420

### **EL ROL DEL DERECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO: APRE- CIACIONES A PARTIR DEL ESTUDIO DEL CASO DE LA CORBETA INGLESA SWIFT EN ARGENTINA.. 424**

Norma Elizabeth Levrant e Nadia Bressan Bernhardt

1 Introducción.....	425
2 El caso: hundimiento, surgimiento y búsqueda de la historia.....	426
3 Una bifurcación en la protección del patrimonio subacuático .....	428
4 El derecho aplicable y la tutela del patrimonio cultural subacuático .....	428
4.1 El modelo privatista: la Corbeta como un tesoro marino.....	429
4.2 El modelo comunitario: la identificación del patrimonio cultural subacuático .....	432
5 Reflexiones finales .....	435

Referencias.....	436
------------------	-----

## **OUTROS TEMAS SOBRE O DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL..... 438**

<b>INDIGENOUS REFUGEES AND CULTURAL EROSION: POSSIBILITIES AND LIMITS OF INTERNATIONAL REFUGEE AND INDIGENOUS PEOPLES LAW IN THE PROTECTION OF INDIGENOUS CULTURAL EXPRESSIONS RELATED TO TRADITIONAL LAND AND NATIVE LANGUAGE.....</b>	<b>440</b>
---	------------

Rickson Rios Figueira

1 Introduction .....	441
2 Conceptual and theoretical aspects .....	443
3 The legal scope of the rules applicable to refugees and indigenous people .....	445
4 The uprooting from the land and its impact on the cultural expression of indigenous refugees. ....	447
5 Indigenous refugees and the erosion of linguistic heritage .....	452
6 Conclusions.....	456
References .....	457

<b>O RETRATO DE EDMOND BELAMY E A INTERFACE ENTRE ARTE E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: POR UMA NOVA DEFINIÇÃO DE AUTORIA E DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.....</b>	<b>463</b>
--	------------

Marla Meneses do Amaral Leite Mangiolardo, Patrícia Silva de Almeida e Jonathan Barros Vita

1 Introdução .....	464
2 O processo criativo: entre o humano e o artificial.....	465
3 Combinação Arte e Inteligência Artificial.....	468
4 A Proteção Intelectual Destinada a Arte Produzida por IA's.....	470
5 Considerações finais .....	474
Referências.....	475

<b>ARGUMENTATIVE ASPECTS OF DECLARATION ON THE IMPORTANCE AND VALUE OF UNIVERSAL MUSEUMS (2002) .....</b>	<b>479</b>
---	------------

Agnieszka Plata

1 The context .....	480
2 Return of Cultural Objects as a Hard Case .....	480
3 Argumentative Aspects of Restitution Disputes .....	481
4 Universal Museums and the Argument from Cultural Affiliation.....	483
5 Museum Collections and the Passage of Time.....	484
6 Popularizing cultural objects by their public display from the perspective of social utility .....	485
7 Afterthoughts on Historical Eventuation .....	485
References.....	486

<b>A DESTINAÇÃO DOS BENS CULTURAIS EM PROCESSOS PENAIS: A ARTE COMO REPARAÇÃO COLETIVA.....</b>	<b>488</b>
Inês Virgínia Prado Soares e Otavio Venturini	
1 Introdução .....	489
2 Um panorama sobre os avanços normativos e institucionais no combate à lavagem de dinheiro no mercado de obras de arte .....	490
3 A destinação das obras de arte apreendidas em processos penais sobre lavagem de dinheiro ....	493
4 Considerações finais .....	498
Referências.....	499
<b>A JUSTIÇA DE PIETER BRUEGEL: DIREITO, VIOLÊNCIA E A VENDA NOS (NOSSOS) OLHOS.....</b>	<b>501</b>
Rafael Lazzarotto Simioni e Cícero Krupp	
1 Introdução .....	502
2 Stultitiae Laus, Das Narrenschiff, Gargantua, Pantagruel e Enchiridion Rerum Criminalium ...	504
3 O presente dos corpos: da assinatura dos documentos aos corpos em sofrimento .....	507
4 O passado dos mitos: justiça cega e Cristo crucificado .....	509
5 O futuro retrospectivo: a venda nos olhos da Justiça (e nos nossos) .....	511
6 O futuro do direito: um espaço vazio na praça dos julgamentos .....	513
7 Considerações finais .....	514
Referências.....	515
<b>ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS .....</b>	<b>518</b>
<b>DEVERES INTERNACIONAIS E OBRIGAÇÕES SOCIOAMBIENTAIS PARA EMPRESAS MULTI E TRANSNACIONAIS .....</b>	<b>520</b>
Luísa Cortat Simonetti Gonçalves e Adriano Sant'Ana Pedra	
1 Introdução .....	521
2 Direito internacional ambiental e deveres humanos.....	522
3 Horizontalidade dos deveres humanos internacionais .....	524
4 Inesperadas consequências hard para instrumentos soft .....	527
5 Previsão de obrigações para empresas em instrumentos internacionais hard law: o exemplo da convenção da basileia .....	531
6 Considerações finais .....	533
Referências.....	534



**MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO: PERSPECTIVAS DA CONFERÊNCIA DA HAIA E SUAS POTENCIAIS INFLUÊNCIAS NO REGRAMENTO BRASILEIRO .....539**

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Fernanda Rezende Martins

<b>1 Introdução .....</b>	<b>540</b>
<b>2 O contexto atual da maternidade por substituição no Brasil e no exterior .....</b>	<b>541</b>
2.1 As técnicas de reprodução “medicamente” assistidas e os efeitos desta sobre a maternidade .....	541
2.2 A gestação por substituição no âmbito global .....	542
2.3 A regulação da técnica no ordenamento brasileiro .....	544
<b>3 A atuação do direito internacional privado na gestação por substituição .....</b>	<b>546</b>
3.1 Os desafios enfrentados frente à variedade de sistemas.....	547
3.2 O posicionamento da Conferência de Direito Internacional Privado da Haia.....	550
3.3 Necessidades patentes e suas influências no Brasil.....	551
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>554</b>
<b>Referências.....</b>	<b>554</b>

**EL (LARGO) CAMINO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN.....559**

Thiago Paluma, Ivette Esis e Gabriel Briceño

<b>1 Introducción.....</b>	<b>560</b>
<b>2 Las dos vías de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales de inversión.....</b>	<b>561</b>
2.1 El reconocimiento y la ejecución a través de las reglas del Convenio de Washington .....	562
2.2 El reconocimiento y la ejecución de laudos bajo las reglas de la Convención de Nueva York.....	563
<b>3 La inmunidad de ejecución como argumento alegado por los Estados frente a la solicitud de reconocimiento y, principalmente, de ejecución de laudos arbitrales de inversión .....</b>	<b>564</b>
3.1 El paso previo: la objeción a la solicitud de reconocimiento de los laudos .....	564
3.2 En fase de ejecución: la encrucijada entre el interés del acreedor de ejecutar el laudo versus el alegato de inmunidad de ejecución de los bienes estatales.....	566
3.3 La inmunidad de ejecución relativa: entre la distinción entre bienes de uso oficial y los de uso comercial..	567
3.4 La doctrina del alter ego como argumento presentado por los acreedores para ejecutar laudos arbitrales de inversión: el caso <i>Crystallex v. Venezuela</i> .....	568
<b>4 Otras posibles alternativas para lograr el reconocimiento y la ejecución extraterritorial de laudos arbitrales en materia de inversión.....</b>	<b>570</b>
4.1 La negociación directa .....	570
4.2 La vía de la protección diplomática .....	571
4.3 La resolución de controversias Estado-Estado .....	572
4.4 El caso de los ACFIs: la exclusión del arbitraje de inversiones y la incorporación de la cláusula de prevención de controversias.....	572

5 Conclusiones .....	573
Referencias.....	574

**A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA REVISÃO DOCUMENTAL DO PERÍODO 1988-2018 .....** 579

Breno Baía Magalhães

1 Introdução .....	580
2 A Interpretação Evolutiva na Corte IDH: uma revisão documental com base nas decisões da Corte IDH.....	582
2.1 Interpretação evolutiva como via para a complementação dos padrões de proteção previstos pela CADH .....	585
2.2 Interpretação evolutiva como via para a criação de padrões de proteção não previstos pela CADH....	586
2.3 Hipóteses em que a interpretação evolutiva foi negada pela Corte IDH.....	589
3 Sistematizando a evolução da interpretação da CADH .....	590
4 Fatores que explicam a mudança sobre Interpretação Evolutiva da CADH.....	592
4.1 Mudanças na composição da corte.....	593
4.2 Consolidação democrática (?).....	594
5 Considerações finais .....	595
Referências.....	596

**RESENHA .....** 599

**AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS AND INTERNATIONAL LAW: A STUDY ON HUMAN-MACHINE INTERACTIONS IN ETHICALLY AND LEGALLY SENSITIVE DOMAINS .....** 601

Aziz Tuffi Saliba e Lutiana Valadares Fernandes Barbosa

<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>604</b>
Envio dos trabalhos:.....	605
www.rdi.uniceub.br.....	606

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Editorial**

Marcilio Toscano Franca Filho  
Ardyllis Alves Soares

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



## Editorial

“A beleza salvará o mundo.”  
(Fiódor Dostoievski)

Em novembro de 2001, a UNESCO publicou a sua “Declaração Universal sobre Diversidade Cultural”. Aquele importante documento internacional registra que a diversidade cultural – fonte de intercâmbios, inovação e criatividade – é tão necessária para a humanidade como a diversidade biológica o é para os organismos vivos (art. 1º). A possibilidade de o ser humano expressar a sua identidade cultural<sup>1</sup>, por exemplo, por meio de pinturas, desenhos, estatuetas, performances ou esculturas fez com que cada uma dessas expressões culturais passasse a ser digna de tipos variados de amparo e proteção jurídica. Cada um desses objetos contém impressões, experiências e vivências humanas simultaneamente singulares e coletivas e, em consequência, levanta questões jurídicas de grande interesse e relevância para seus criadores e para a sociedade.

Os estudos do Direito da Arte e do Direito do Patrimônio Cultural são, ao mesmo tempo, tradicionais e vanguardistas por permitirem multifacetadas abordagens e temáticas no contexto internacional.<sup>2</sup> Tradicionais por já serem objeto de análise e de preocupação jurídica há bastante tempo<sup>3</sup>; vanguardistas por permitirem o diálogo com novas expressões artísticas e ferramentas jurídicas contemporâneas.

No contexto da celebração dos cinquenta anos da Convenção da UNESCO sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação, Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais de 1970, e de vinte e cinco anos da Convenção do UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilícitamente Exportados de 1995, a Revista de Direito Internacional resolveu produzir um dossiê especial sobre o Direito da Arte e o Direito do Patrimônio Cultural. Como resultado dessa chamada, houve uma exitosa quantidade de submissões nacionais e estrangeiras, apresentando diferentes abordagens para uma profusão de questões inovadoras relacionados à Arte e ao Patrimônio Cultural.

Ao final da avaliação, um dos maiores êxitos desse dossiê foi, sem dúvida, a variedade de origens dos artigos. Estudos apresentados nesta edição foram produzidos em diversos países, permitindo uma pluralidade de olhares e de culturas jurídicas sobre as matérias relacionados ao dossiê.

Outro ponto de destaque é a multiplicidade temática dos trabalhos realizados. Os temas mais gerais apresentam novos olhares sobre o papel das Convenções da UNESCO de 1970, do UNIDROIT de 1995 e a agenda de

<sup>1</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International: Hague, 1995. v. 251. p. 56 e 251-252.

<sup>2</sup> JAYME, Erik. Narrative norms in private international law: the example of Art Law. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International: Hague, 2016. v. 375. p. 29.

<sup>3</sup> RUFFINI, Francesco. De la protection internationale des droits sur les oeuvres littéraires et artistiques. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International: Hague, 1926. v. 12. p. 387-597. No Direito Comparado: MONTEMAYOR, Giulio de. *Diritto d'Arte*. Napoli: Ricciardi, 1909.



diversidade cultural da UNESCO. Também são apresentados temas de natureza regional e de uso nacional de normas internacionais relacionadas ao tema – todos muito curiosos e instigantes.

Áreas que tradicionalmente dialogam com o Direito da Arte e do Patrimônio Cultural também foram lembradas como é o caso do Direito Internacional Humanitário, proteção da população tradicional e do patrimônio cultural subaquático. Também foram realizados estudos comparados entre normas nacionais relacionadas à subtração e retorno de bens culturais, assim como aspectos criminais relacionados aos bens culturais e às populações tradicionais.

Igualmente houve estudos que trouxeram reflexões sobre temas extremamente atuais no contexto do Direito da Arte e do Patrimônio Cultural, como são os casos de *due diligence*, inteligência artificial e *alternative dispute resolution* (ADR), além das questões ligadas ao *legal design* e ao *visual law*. Dessa forma, se reitera o caráter multifacetado do diálogo entre o jurídico e o artístico, ao construir pontes complexas entre institutos tradicionais e atuais.

Dadas a diversidade, a profundidade e a densidade com que todos os temas foram trabalhados, acreditamos que o dossiê alcança o objetivo de ser uma rigorosa fonte de reflexões e um perene manancial de consultas, permitindo qualificados debates sobre o panorama do Direito da Arte e do Patrimônio Cultural no Brasil e no mundo.

Desejamos a todos uma leitura!

Marcilio Toscano Franca Filho & Ardyllis Alves Soares

**CRÔNICAS**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O costume internacional como  
reforço da objeção brasileira à  
cláusula do tratamento justo e  
equitativo**

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# O costume internacional como reforço da objeção brasileira à cláusula do tratamento justo e equitativo

Leonardo Vieira Arruda Achtschin

O mais recente Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) do Brasil, celebrado com a Índia no ano de 2020, reafirma a tradicional objeção brasileira ao padrão do tratamento justo e equitativo (TJE) em seus tratados de investimentos. Assim o faz ao dispor que o tratamento a ser conferido ao investidor deverá se dar em conformidade com os costumes internacionais reconhecidos pelas partes pactuantes.

Essa novidade encontra-se alinhada ao papel desempenhado pelo Brasil no regime internacional do Direito dos Investimentos. O governo brasileiro é considerado um tradicional crítico da cláusula TJE, posição esta que remonta aos anos 90, quando o país assinou, por meio do Poder Executivo, 14 tratados bilaterais de investimentos (TBI) contendo a previsão da cláusula TJE, sem, no entanto, ratificar qualquer um deles no Congresso Nacional<sup>1</sup>. Diante dessa rejeição aos TBIs nos anos noventa, o Brasil se manteve afastado do regime de regulação de investimentos até o ano de 2015, quando celebrou seu primeiro tratado de investimentos, com Moçambique<sup>2</sup>.

A Índia, por outro lado, é um tradicional ator no regime internacional do Direito dos Investimentos, tendo celebrado seu primeiro TBI em 1994<sup>3</sup>. Até 2015 o país adotava o padrão TJE em seus tratados<sup>4</sup>. Essa situação se alterou após a adoção do novo modelo de TBI da Índia em 2015<sup>5</sup>, ocasião na qual o país optou por não mais prever o TJE em seus tratados de investimentos, optando por vincular o tratamento conferido aos investidores estrangeiros à norma costumeira internacional.

Alinhado a esse padrão do TBI indiano, o ACFI celebrado entre Índia e Brasil não menciona a cláusula TJE como um padrão

<sup>1</sup> Cf. TBI Brasil-Alemanha – Artigo 2(1), TBI Brasil-Bélgica/Luxemburgo – Artigo 3(1), TBI Brasil-Chile – Artigo III(2), TBI Brasil-Coreia – Artigo 2(2), TBI Brasil-Cuba – Artigo 3(2), TBI Brasil-Dinamarca – Artigo 3(1), TBI Brasil-Finlândia – Artigo 3(1), TBI Brasil-França – Artigo 3, TBI Brasil-Reino Unido – Artigo 2(2), TBI Brasil-Holanda – Artigo 3(1), TBI Brasil-Itália – Artigo II(2), TBI Brasil-Portugal – Artigo III(1), TBI Brasil-Suíça – Artigo 4(1) e TBI Brasil-Venezuela – Artigo 3(1).

<sup>2</sup> Cf. ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Moçambique. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4717/download>. Acesso em 15 nov. 2020.

<sup>3</sup> ACORDO entre o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte e o Governo da República da Índia para a Promoção e Proteção de Investimentos. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1613/download>. Acesso em 15 nov. 2020

<sup>4</sup> Por exemplo, cf. TBI Índia-Reino Unido (1994) – Artigo 3(2); TBI Índia-Rússia (1994) – Artigo 3(2); TBI Índia-Alemanha – Artigo 3(2); TBI Índia-Sérvia (2003) – Artigo 3(2); TBI Índia-Colômbia (2009) – Artigo 3(3); e TBI Índia-Emirados Árabes Unidos (2013) – Artigo 5(1).

<sup>5</sup> TRATADO bilateral de investimentos da Índia (modelo). Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>. Acesso em: 15 nov. 2020.

individualizado a ser conferido ao investidor. Pelo contrário, o acordo vincula o tratamento concedido aos investidores ao costume internacional, discriminando determinadas medidas do Estado que poderiam constituir uma violação do tratado.

Essa inovação no ACFI Brasil-Índia ilustra o papel adotado por ambos os países de questionar o atual regime regulatório do investimento estrangeiro. Logo, esse novo tratado de investimentos entre o Brasil e a Índia incorpora o costume internacional como baliza para o tratamento do investidor no âmbito do ACFI (1), o que reflete um movimento de questionamento dos dois países ao padrão TJE (2).

## 1 A incorporação do costume internacional no ACFI Brasil-Índia

Em 2020, Brasil e Índia celebraram seu primeiro acordo internacional para a regulação de investimentos recíprocos, o ACFI Brasil-Índia. Havia expectativas quanto à assinatura de um tratado de investimentos entre os dois países desde pelo menos 2016<sup>6</sup>.

A importância da conclusão das negociações vai além do fato de envolver dois importantes atores econômicos no cenário internacional. Esse novo acordo apresenta uma interessante novidade, que é a adoção do costume internacional como baliza para a interpretação dos direitos dos investidores. Representa, também, um sinal de convergência em relação à maneira como os dois países se inserem no regime internacional do direito dos investimentos.

O artigo 4.1 do ACFI<sup>7</sup> dispõe que a interpretação dos direitos dos investidores deverá levar em consideração os parâmetros da norma costumeira internacional.

Ao assim prever, os países estabelecem um rol de direitos que podem ser alegados pelo investidor caso este entenda ter havido alguma violação aos seus interesses<sup>8</sup>, cuja orientação se dá a partir do padrão mínimo de tratamento reconhecido pelo Direito Internacional.

O costume constitui uma das fontes do Direito Internacional, encontrando previsão no artigo 38(1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)<sup>9</sup>. Para sua configuração, duas condições se fazem necessárias: (i) uma prática repetida dos Estados; e (ii) a crença de que o costume é obrigatório<sup>1112</sup>.

Os costumes internacionais representam, portanto, um conjunto de normas (valores) consolidados pela prática estatal e, por essa razão, a comunidade internacional lhes confere um efeito vinculante. Constituem um “pisso” mínimo de direitos que os Estados não podem violar, e são diretamente aplicáveis aos tratados de investimentos.

Como constituem um conjunto de valores essenciais, são obrigatórios independentemente das leis e práticas nacionais dos Estados, demandando respeito aos estrangeiros e a suas propriedades<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> “Artigo 4 – Tratamento de Investimentos. 4.1 [...] a) denegação de justiça em quaisquer processos judiciais ou administrativos; b) violação fundamental do devido processo legal; c) discriminações direcionadas, tais como de gênero, de raça ou de crença religiosa; d) tratamento manifestamente abusivo, como coação, intimidação e assédio; ou e) discriminação em matéria de aplicação da lei, inclusive a provisão de segurança física.”

<sup>9</sup> Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: [https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER\\_II](https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II). Acesso em: 13 nov. 2020.

<sup>10</sup> CIJ. “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, gerais ou particulares, que estabelecem normas expressamente reconhecidas pelos Estados concorrentes; b. costume internacional, como evidência de uma prática geral aceita como lei; c. os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sujeito ao disposto no artigo 59, as decisões judiciais e os ensinamentos dos mais qualificados publicitários das diversas nações, como meios subsidiários para a determinação das normas de direito.”

<sup>11</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso elementar. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 82-83.

<sup>12</sup> Referente à definição de costume como fonte do Direito Internacional, veja-se também: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Caso da Plataforma do Norte (República Federal da Alemanha/Dinamarca; República Federal da Alemanha/Holanda), Decisão de Mérito, CIJ, 1969, p. 37.

<sup>13</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO (OCDE). *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP->

<sup>6</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (IISD). *Brasil e Índia rubricam tratado bilateral de inversión (TBI); texto aún no publicado*. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/es/2016/12/12/brazil-and-india-initial-bilateral-investment-treaty-bit-text-yet-to-be-published/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

<sup>7</sup> “Artigo 4 – Tratamento de Investimentos. 4.1 Com base nas regras e costumes do direito internacional aplicáveis, conforme reconhecidos por cada uma das Partes e suas respectivas legislações nacionais, nenhuma Parte submeterá investimentos feitos por investidores da outra Parte a medidas que constituam:”

Para exemplificar, pode-se visualizar como norma costumeira internacional a proteção das prerrogativas e imunidades de diplomatas, ao asilo, à negação de justiça, aos direitos relativos à navegação internacional<sup>14</sup>, e às regras de comportamento em conflitos<sup>15</sup>.

Além do fato de o ACFI Brasil-Índia expressamente mencionar a lei costumeira internacional como fundamento para a interpretação do direito dos investidores, o acordo também indica uma lista de medidas que podem configurar violação do tratado e, como consequência, uma violação dos direitos do investidor. Algumas dessas medidas já estava presentes em outros ACFIs, mas se encontravam dispersas ao longo de seus textos, principalmente no tópico relacionado a desapropriação<sup>16</sup>. A inovação neste novo ACFI com a Índia refere-se ao fato de que essas regras se encontram organizadas em um único artigo, o mesmo artigo que vincula os direitos do investidor à norma costumeira internacional.

É interessante notar que a lista de medidas inclui violações tais como a negação de justiça, a violação do devido processo legal, e a proibição de discriminação. Tratam-se dos mesmos direitos tutelados por meio da cláusula do tratamento justo e equitativo, padrão este não aceito historicamente pelo Brasil e, atualmente, após a adoção de seu modelo de TBI em 2015, também pela Índia.

O Brasil, ao prever em seu ACFI violações similares àquelas do TJE, sinaliza para a comunidade internacional que, embora tradicionalmente se recuse a dispor sobre a cláusula do tratamento justo e equitativo em seus tratados de investimentos, o país está comprometido a oferecer ao investidor garantias de mesma envergadura daquelas conferidas pelo padrão TJE.

É possível afirmar, então, que embora o Brasil se recuse a assinar tratados de investimentos que contenham a cláusula TJE, o país trouxe em seu ACFI com a Índia alguns elementos protegidos por essa cláusula. Isso pode indicar que o Brasil compreende a importância de alguns aspectos do TJE para a proteção do investidor,

apesar da manutenção da relutância em adotar a referida cláusula.

No caso da Índia, a mudança é ainda mais significativa. Antes da adoção de seu recente modelo de TBI, a Índia fazia parte de um grupo de países que costumavam prever cláusulas TJE em todos os seus TBIs. Essa prática teve início já em seu primeiro TBI, assinado com o Reino Unido no ano de 1994.

No entanto, essa tendência começou a mudar especialmente devido às crescentes preocupações dos indianos sobre a ampla proteção conferida aos investidores pela cláusula TJE, em contraposição aos direitos de regulação do Estado. Pode-se dizer que a partir dessa nova tendência a Índia se filia a um grupo de países que contestam o atual regime internacional de investimentos<sup>17</sup>.

Com esse movimento, a Índia busca limitar a violação do direito consuetudinário internacional a situações como denegação de justiça, violação do devido processo legal, discriminação por motivos injustificados e tratamento abusivo, afastando principalmente a proteção da TJE de expectativas legítimas, tida como muito ampla pelos críticos<sup>18</sup>.

Curiosamente, a Índia não fazia menção ao direito consuetudinário internacional em seus tratados de investimentos anteriores, aqueles prévios à adoção de seu modelo. Mesmo que isso seja comum entre os países que aceitam a cláusula TJE, é provável que no passado a Índia acreditasse que o tratamento justo e equitativo fosse a melhor forma de proteger os interesses do investidor, talvez não imaginando que eventuais interpretações expansivas feitas pelos tribunais arbitrais pudesse afetar negativamente seu direito de adotar políticas regulatórias.

Logo, a assinatura deste ACFI indica uma convergência de perspectivas de ambos os países quanto às implicações da aceitação do padrão justo e equitativo em seus tratados de investimento. Para o Brasil, a impli-

2004\_3.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

<sup>14</sup> Cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). Caso do Estreito de Corfu. Caso CIJ, Decisão de Mérito (09/04/1949).

<sup>15</sup> ACCIOLY, Hildebrando; E SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 535.

<sup>16</sup> Cf., a título de exemplo, o ACFI Brasil-Chile – Artigo 7º; o ACFI Brasil-México – Artigo 6; o ACFI Brasil-Colômbia – Artigos 5º e 6º; e o ACFI Brasil-Etiópia – Artigo 4.

<sup>17</sup> Como exemplo de atores internacionais que atualmente contestam a cláusula do tratamento justo e equitativo, pode-se mencionar o Brasil, a Índia, a África do Sul, a Austrália, a Bolívia, a União Europeia, e a Venezuela.

<sup>18</sup> Cf. Gaukrodger, D. (2017), “The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2017/02, OECD Publishing: Paris, 2017.

cação é ainda mais ampla: de alguma forma, consolida sua clássica objeção à cláusula TJE.

## 2 A adoção do costume internacional como afastamento do padrão TJE

O tratamento do investidor de acordo com o direito internacional consuetudinário já era um padrão estabelecido pelo modelo indiano de TBI. Seu Artigo 3.1 afirma que “Nenhuma Parte sujeitará os investimentos feitos por investidores da outra Parte a medidas que constituam uma violação do direito consuetudinário internacional [...]”<sup>19</sup>. Além disso, e para maior clareza sobre o que significaria “direito internacional consuetudinário”, o modelo de tratado o considera como o resultado da prática geral e consistente dos Estados por eles observada como um senso de obrigação legal.

Ao contrário do modelo indiano, o modelo de ACFI brasileiro é omissivo sobre qualquer uso do direito internacional consuetudinário para a interpretação dos direitos do investidor. E é exatamente essa lacuna do modelo do Brasil, bem como dos demais ACFIs firmados com outros países, que torna este ACFI com a Índia uma novidade na temática de tratamento dos investidores.

Essa mudança na compreensão do padrão TJE pela Índia e a confirmação do Brasil de sua relutância a essa cláusula estão em linha com os movimentos internacionais voltados para tornar o regime de investimento internacional um sistema mais equilibrado. Alguns estudiosos afirmam a existência de uma crise de legitimidade em curso, dando espaço a alguma rejeição do Direito Internacional de Investimento por parte dos Estados em desenvolvimento e desenvolvidos<sup>20</sup>.

A discussão decorre da suposta interpretação ampla e da importância conferida ao padrão TJE pelos tribunais arbitrais. O TJE é o padrão de tratamento mais importante para a proteção do investidor no Direito Inter-

nacional dos Investimentos<sup>21</sup>. Dentre todas as normas de proteção do investidor<sup>22</sup>, a cláusula do FET é a mais ampla de todas, cobrindo uma ampla gama de atividades do Estado contra o investidor<sup>23</sup>.

No entanto, embora essa cláusula seja difundida entre os tratados de investimentos, ela tem sido objeto de várias críticas por causa de sua amplitude<sup>24</sup>. Isso se dá especialmente pela vinculação da cláusula TJE à sua categoria das expectativas legítimas do investidor<sup>25</sup>. Atualmente a proteção de expectativas legítimas é o principal pilar na compreensão e aplicação do padrão TJE<sup>26</sup>.

Ao mesmo tempo em que ganhou grande projeção nos tratados de proteção de investimentos, a cláusula TJE tem se revelado o padrão mais polêmico no tratamento dos investidores, ameaçando o espaço regulatório do país para a adoção de políticas públicas<sup>27</sup>. A extensão desse padrão declarado pelos tribunais arbitrais de investimentos é tão chocante que os Estados que o aceitaram em seus TBIs jamais imaginaram que a cláusula conferiria proteção demais ao investidor<sup>28</sup>.

Um exemplo da amplitude da cláusula TJE e da intrusão no âmbito discricionário do poder regulatório do Estado é o entendimento de que as expectativas legítimas constituem uma promessa de que o país anfitrião manterá a estabilidade da sua ordem jurídica, proporcionando um ambiente estável e previsível para o inves-

<sup>19</sup> TRATADO bilateral de Investimento da Índia (modelo). Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>20</sup> DANIC, Olivia. *L'émergence d'un droit international des investissements: Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*. Paris (France): 2012. 1.216 f. Thesis (Public Law Doctorate). Department of Juridical, Administrative and Political Sciences, University of Paris Ouest Nanterre La Defense, Paris.

<sup>21</sup> DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, v. 12, p. 7, 2013.

<sup>22</sup> Os TBIs possuem alguns padrões de tratamento que lhes são comuns: tratamento nacional; nação mais favorecida; tratamento justo e equitativo; proteção e segurança totais; expropriação; transferência de dinheiro; entre outros.

<sup>23</sup> DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, v. 12, p. 7, 2013.

<sup>24</sup> Entre seus críticos, pode-se conferir, *e.g.*, SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 4 ed. Cambridge University Press, 2017; MILES, Kate. *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*. Cambridge University Press, 2013.

<sup>25</sup> O padrão justo e equitativo divide-se em algumas categorias, dentre as quais podemos citar (i) expectativas legítimas; (ii) devido processo legal; (iii) transparência; (iv) sem discriminação; (v) proporcionalidade; e (vi) boa fé.

<sup>26</sup> DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. *Santa Clara Journal of International Law*, v. 12, p. 17, 2013.

<sup>27</sup> MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Raton Sanchez (Ed.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge University Press, 2017, p. 28.

<sup>28</sup> SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Mutations of neo-liberalism in international investment law. *Trade Law & Development*, v. 3, p. 203, 2011.



tidor<sup>29</sup>. Além disso, segundo as expectativas legítimas, quando o Estado representa perante o investidor seu desejo de atrair investimentos, geralmente oferecendo-lhe vantagens fiscais, cria no investidor a crença no cumprimento daquela promessa<sup>30</sup>.

Além disso, os tribunais arbitrais já decidiram que as expectativas legítimas do investidor surgem no momento da assinatura do contrato<sup>31</sup>, e que deve levar em conta o período durante o qual o investimento será feito<sup>32</sup>.

Buscando limitar o escopo do padrão FET, os países passaram a prever em seus TBIs que o tratamento justo e equitativo corresponderia ao padrão mínimo de tratamento do direito internacional, como uma tentativa de conceder ao investidor uma proteção apenas correspondente ao que o direito internacional exige<sup>33</sup>. Isso protegeria o país anfitrião de algumas interpretações já adotadas por alguns tribunais arbitrais de investimentos que consideraram a cláusula TJE como um conceito autônomo, o que ampliaria o escopo da cláusula<sup>34</sup>.

Em suma, a previsão do direito consuetudinário internacional como fundamento para a interpretação dos direitos do investidor no ACFI Brasil-Índia é uma novidade interessante. Ao fazer isso, eles se juntam a outros países que estão buscando redefinir a estrutura tradicio-

nal de um sistema de proteção dos investimentos tido como pró-investidor. É muito prematuro afirmar que o Brasil esteja avançando rumo à adoção do costume internacional como um padrão para o tratamento do investidor, mas este novo tratado pode lançar algumas luzes para negociações futuras.

<sup>29</sup> Os tribunais dos casos CMS e Occidental já mencionaram a estabilidade do ordenamento jurídico nacional como direito do investidor assegurado pela cláusula TJE. *Cf.* CMS Gas Transmission Company c/ República da Argentina, Caso CIADI ARB/01/8, Decisão de Mérito (12/05/2005), para. 462; e Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador, Caso da Corte Arbitral de Londres No. UN 3467, Decisão de Mérito (1/07/2004), para. 183.

<sup>30</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Revisiting the fair and equitable treatment in international investment law. *Cosmopolitan Law Journal/Revista de Direito Cosmopolita*, v. 1, n. 1, p. 145, 2013.

<sup>31</sup> *Cf.* Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c/ República do Equador, Caso CIADI No ARB/04/19, Decisão de Mérito (18/08/2008), para. 340; Mobil and others c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso CIADI No ARB/07/27, Decisão de Mérito (09/10/2014), para. 256; e Urbaser and CABB c/ República da Argentina, Caso CIADI No ARB/07/26, Decisão de Mérito (08/12/2016), para. 623.

<sup>32</sup> *Teinver and other c/ República da Argentina, Caso CIADI No ARB/09/1, Decisão de Mérito (21/07/2017), para. 667.*

<sup>33</sup> Veja, por exemplo, TBI Japão-Quênia - Artigo 5(1); TBI Turquia-Camboja - Artigo 2(2); TLC Malásia-Austrália - Artigo 12.7; TBI EUA-Uruguai - Artigo 5(2).

<sup>34</sup> *Cf.* Azurix Corp. c/ República da Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisão de Mérito (14/07/2006), para. 361.; CME Czech Republic B.V. c/ República Checa, Caso UNCITRAL, Decisão Parcial (13/09/2001), para. 156; Crystallex International Corporation c/ República Bolivariana da Venezuela, Caso CIADI No ARB(AF)/11/2, Decisão de Mérito (04/04/2016), para. 530.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O processo legislativo como  
garantia para a obtenção do  
consentimento prévio das  
comunidades quilombolas de  
Alcântara**

Gabriel de Oliveira Borba

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# O processo legislativo como garantia para a obtenção do consentimento prévio das comunidades quilombolas de Alcântara

Gabriel de Oliveira Borba\*

## 1 Introdução

Em 2020, o acordo de Salvaguardas Tecnológicas entre o Estado brasileiro e os Estados Unidos da América foi promulgado, tendo como principal pretensão a expansão da Base de Alcântara, no Maranhão. Diante de um projeto tão tentador, que possivelmente irá acarretar o crescimento exponencial da economia e da tecnológica brasileira, toda a sua negociação, redação, e implementação foram discutidas sem a devida presença do povo que habita a região. O quilombo de Alcântara povoa o território por quase três séculos, tendo a propriedade definitiva a partir do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ao decidir pela remoção dos quilombos, o Estado infringiu o procedimento da consulta prévia estabelecido pela Convenção 169 da OIT.

Lastimavelmente, esta não foi a única situação em que o procedimento não foi respeitado, havendo casos como o Terminal Portuário da EM-BRAPS e a construção da Transnordestina, onde o judiciário assentiu sobre a consulta prévia sem observar a obtenção do consentimento prévio. A consulta prévia pode ser definida como o mecanismo hábil pelo qual comunidades tradicionais poderão influenciar em decisões que afetem seus territórios, devendo o Estado buscar um consentimento entre as partes<sup>1</sup>. Apenas uma consulta formal não teria capacidade suficiente em mudar a perspectiva estatal sobre o projeto, principalmente em empreendimentos de larga escala (hidrelétricas, minério, projetos de desenvolvimento), devendo ter como objetivo obter o consentimento prévio. Ao consultar com o desígnio em alcançar o consentimento dos povos quilombolas, as comunidades teriam seus direitos devidamente auferidos, possibilitando sustar a pretensão estatal.

A obtenção do consentimento é imprescindível, haja vista que os povos tradicionais necessitam de seus territórios para manter viva a sua ancestralidade como comunidade. Por definição do Decreto nº 6040/2007, povos tradicionais são comunidades que detêm sua própria forma de organização política, social e cultural, mantendo seus territórios como manutenção de sua cultura<sup>2</sup>. Além disso, a relação com o solo também diz respeito a vulnerabilidade de seus habitantes, uma vez que dependem da propriedade para assegurar o seu status como povo. Destarte, existe uma interdependência

<sup>1</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5).

<sup>2</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2017**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm).

entre a existência dos povos tradicionais e o ambiente em que habitam<sup>3</sup>.

Uma vez que a consulta prévia é decidida apenas como um mero procedimento, perdura a inevitabilidade em apresentar o consentimento prévio para a justiça brasileira, uma vez que inexiste a sua definição jurídica no direito nacional. Por conseguinte, a presente crônica irá apresentar os projetos legislativos PDL nº 130/2020, e PL 10678/2018, como resposta hábil para auferir a obtenção do consentimento prévio dos povos quilombolas de Alcântara, possibilitando que a comunidade permaneça em seus devidos territórios sem a turbação estatal.

Por fim, o texto será dividido entre (1) a obtenção do consentimento prévio dos povos quilombolas, para explicar a origem do instituto e a intrinsecidade em consultar os povos com pretensão ao obter o seu consentimento; e (2) a utilização do processo legislativo para interromper o processo de despejo das comunidades quilombolas de Alcântara, para que assim os povos tenham seus direitos devidamente assegurados. Atendendo assim, a imprescindibilidade em obter o consentimento da comunidade quilombola de Alcântara.

## 2 A obtenção do consentimento prévio dos povos quilombolas

Com o advento da Convenção 169 da OIT, internalizada pelo Estado brasileiro a partir do decreto nº 5.051/2004, a consulta prévia passou a ser implementada de acordo com o texto do artigo sexto, que estabelece como direito:

“consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”<sup>4</sup>

<sup>3</sup> MONEBHURUN, Nitish [*et al.*]. A definição jurídica da “comunidade”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016.

<sup>4</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5).

A Convenção, destinada aos indígenas e tribais, estipula a aplicação de seu texto aos povos que vivem de forma diferente que a coletividade, retendo sua própria forma de organização social. Mesmo após sua revogação com a consolidação das convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho pelo novo decreto nº 10.088/2019, a redação do instituto continua a mesma, em outros termos, não houve modificações nos direitos já garantidos pelos povos tradicionais.

A consulta aos povos tradicionais foi efetivada como uma forma de prover aos povos uma oportunidade em influenciar nas decisões estatais, sendo considerado um princípio do Direito Internacional<sup>5</sup>. Dentro do espectro da justiça nacional, o direito dos povos quilombolas é reconhecido pela Constituição Federal de 1988, ao assegurar a propriedade definitiva dos territórios que habitam<sup>6</sup>, protegendo o seu modo de vida e permitindo a continuação de suas respectivas comunidades. O direito dos povos tradicionais foi corroborado com o advento do Decreto nº 6040/2007, que delinea a possibilidade de povos diferentes da sociedade habitarem o território brasileiro, respeitando suas culturas, políticas e organizações sociais<sup>7</sup>. O decreto também assenta sobre as terras ocupadas pelos povos em questão, devendo ser devidamente protegido pelo Estado pois configuram uma manutenção de suas tradições e ancestralidade.

O reconhecimento dos direitos dos povos quilombolas pela Carta Magna, e pelos decretos subsequentes, demonstra a materialização de um grupo étnico-racial descrito como: “dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”<sup>8</sup>. Sendo assim, a consulta é basilar para a manutenção dos direitos dos povos quilombolas, dando-lhes a oportunidade de assegurar que o Estado respeite o seu modo

<sup>5</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012.

<sup>6</sup> BRASIL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020

<sup>7</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2017**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm).

<sup>8</sup> BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Regula o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

de vida através da participação social nas escolhas que dizem respeito a seus territórios.

A consulta está inteiramente ligada ao direito de ser ouvido em situações que lhes afetem, e o judiciário brasileiro, por sua vez, tende a acatar o instituto ao julgar casos que dizem respeito aos direitos dos povos quilombolas. Por exemplo, o caso sobre a construção do Terminal Portuário da EMBRAPAS no estado do Pará, julgado pela quinta turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, diz respeito à um empreendimento que visava escoar as plantações de soja na região. Para sua efetiva implementação, seria necessário afetar as comunidades quilombolas que habitam ao redor da área escolhida para o projeto<sup>9</sup>. Comunidades como Saracura, Bom Jardim, Arapemã, Murumurutuba, Maria Valentina e Pérola do Maicá teriam seus territórios devidamente comprometidos, podendo até forçar um êxodo de sua propriedade definitiva.

Ao deliberar sobre o caso, os desembargadores estabeleceram a imprescindibilidade em auferir a consulta prévia das comunidades, evitando possíveis danos à propriedade ou turbações por parte da construção. Por fim, os desembargadores suspenderam o licenciamento do projeto, por não ter seguido com os direitos previstos no sexto artigo da Convenção 169 da OIT.

Outro caso que também merece ser mencionado diz respeito à construção da Ferrovia Transnordestina, mais especificamente no seu trecho que cruza o estado do Piauí. O projeto tem por objetivo construir quase dois mil quilômetros de ferrovia, cruzando três estados brasileiros ao todo. Posto que a construção iria alavancar os produtores locais ao escoar produtos agrícolas e minerais, o projeto também perturbaria o ambiente ao redor, mais especificamente as comunidades quilombolas. O caso chegou até a Primeira Vara da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato após a construção ter lesado a propriedade dos habitantes do quilombo Contente, pondo em risco a territorialidade da comunidade. Na sentença proferida, o magistrado decidiu suspender

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Quinta turma). Agravo em Instrumento. **0027843-13.2016.4.01.0000/PA**. Instalação de Terminal Portuário às margens do Rio Amazonas, no município de Santarém/PA [...]. Agravante: EMBRAPAS- Empresa Brasileira de Portos de Santarém. Agravado: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Desembargador Souza Prudente. Brasília, 03 de maio de 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=0027843-13.2016.4.01.0000>. Acesso em: 20 de dez. 2020.

a licença da empresa TLISA, visto que o trecho que afeta o quilombo inobservou o instituto da consulta prévia.

Dentre as diversas similaridades entre os casos citados, diante da definição estabelecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos podem ser denominados como projetos de larga escala. Por definição, projetos de larga escala são planejamentos com capacidade em impactar demasiadamente a região de sua implementação, até o momento não existem pesquisas que apontem de forma qualitativa a larga escala, entretanto, a Corte, no caso *Saramaka vs. Suriname*, cita exemplos como: projetos de infraestrutura, mineradoras, construção de hidrelétrica, e entre outros<sup>10</sup>.

Posto isto, ambos os exemplos citados acima se configuram como projetos de larga escala, dado que sua natureza visa afetar os povos que habitam na região para efetivar sua implementação. Ao prejudicar a propriedade dos povos quilombolas, sem a sua efetiva anuência, o direito à consulta realça-se veementemente ineficaz por não cumprir com o seu principal objetivo, a participação social nas decisões estatais. Destarte, ao chegar na seara judicial, o instituto da consulta, que deveria garantir o direito dos povos quilombolas, é inferiorizado diante de pretensões empresariais.

Tanto o Conselho Nacional dos Direitos Humanos quanto o Instituto Interamericano de Direitos Humanos consentem que o judiciário brasileiro entende a consulta prévia apenas como um procedimento, uma formalidade para liberar a implementação dos projetos em questão<sup>11</sup>. Por conseguinte, o tratamento pro forma, dando pela justiça brasileira, apenas afasta a concretização dos direitos elencados nos textos da Constituição Federal e da Convenção 169 da OIT.

Ao dispor sobre projetos de larga escala, a inquietação acerca da manutenção dos direitos dos povos quilombolas redobra, ultrapassando a necessidade de uma

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença dia 28 de novembro de 2007.

<sup>11</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas**. San José: IIDH, 2016; BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-%20informacao/participacao-social/old/cndh/relatorios/RelatriodeBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOPLENRI.pdf/view>.

mera consulta. O ato de consultar um povo, principalmente no Brasil, é interpretado como uma pergunta, em outras palavras, atualmente, a manifestação das comunidades não influencia nas decisões finais.

Ao analisarmos com precisão o segundo parágrafo do artigo sexto da Convenção 169 da OIT, é perceptível verificar a existência do consentimento prévio: “as consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”<sup>12</sup>. Sendo assim, a própria Convenção que estabelece a consulta prévia, também urge pela necessidade em auferir o consentimento prévio em situações que afetem o território dos povos em questão.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também assentou seu entendimento sobre o consentimento no caso Povo Saramaka v. Suriname. No caso em questão, a tribo Saramaka estava reivindicando os seus direitos como povo tradicional, haja vista a construção da represa Afobaka e a exploração mineral em seu respectivo território. Ao analisar a situação, a Corte decidiu que, em casos de projetos de larga escala, a consulta prévia deverá ter por objetivo obter o consentimento do povo que será afetado<sup>13</sup>.

Vale ressaltar que, mesmo com o instituto do consentimento presente em uma Convenção devidamente internalizada pelo direito local, e pelas decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no qual o Brasil faz parte desde 1992, o judiciário brasileiro nunca assentiu com tal posição. A solidificação do instituto, até o momento, é firmada apenas pelo direito internacional, ficando o direito nacional distante daquilo que é compreendido internacionalmente.

O Supremo Tribunal Federal, no emblemático caso Raposa Serra do Sol, rechaça a teoria do consentimento, entendendo como degradante às decisões estatais<sup>14</sup>.

Para o guardião da Constituição Federal, a comunidade deverá ser ouvida de forma que o procedimento da consulta seja assegurado, mas sua posição não teria condão em influenciar as decisões finais, podendo até mesmo sobrestar o direito caso o Estado tenha urgência para proferir um interesse da União. Por conseguinte, a consulta seria um mero procedimento pro forma, minimizando o direito dos povos de serem devidamente ouvidos.

Tal entendimento está em desacordo com a Convenção 169 da OIT, e com a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Até mesmo o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas entende que o judiciário brasileiro necessita consultar seus povos tradicionais como forma de obter o consentimento diante uma pretensão que afete direta, ou indiretamente, seus territórios<sup>15</sup>. Portanto, a posição do judiciário acerca da matéria não respeita o interesse dos povos afetados.

Diante de situações em que existem projetos de larga escala e um povo tradicional, o procedimento adequado recai na obtenção do consentimento das partes. Em outras palavras, existe a imprescindibilidade da comunidade quilombola poder influenciar na decisão que irá conceder, ou não, o projeto.

Por fim, auferir o consentimento prévio seria o propósito da consulta. Estabelecendo um diálogo entre as partes de forma justa para influenciar o resultado da pretensão estatal, uma vez que o processo assegura a devida participação dos povos afetados. O consentimento surge como instituto hábil para reafirmar os direitos humanos das comunidades quilombolas, haja vista a vulnerabilidade em razão de sua inerência com a terra que reside.

<sup>12</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>13</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença dia 28 de novembro de 2007.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Civil Pública. **Petição 3.388/RR**. Ação Popular. Demarcação da terra

indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório[...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009.

<sup>15</sup> CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas (A/HRC/33/42/Add.1)**. Genebra, agosto de 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/33/42/Add.1>. Acesso em: 23 de dez. de 2020.



### 3 A utilização do processo legislativo para interromper o despejo das comunidades quilombolas de Alcântara

Começamos esta crônica discutindo acerca da consulta prévia no direito interno, e como o seu objetivo foi norteado a partir de convenções internacionais e precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Infortunadamente, a consecução do consentimento prévio, alicerçado na consulta prévia, não transparece nas decisões brasileiras visto que é compreendido como um direito capaz de ir em contramão às pretensões estatais. Em síntese, a consulta prévia é estabelecida como um mero procedimento, sem possibilidade de influenciar nas decisões finais uma vez que o instituto não poderia ultrapassar as ambições empresariais.

A posição do judiciário se acentua com o Supremo Tribunal Federal ao validar a existência da consulta e rechaçar a possibilidade de obtenção do consentimento. Tal entendimento não se mostra isolado, uma vez que o judiciário brasileiro persiste em decidir sobre a consulta como um procedimento pro forma. A partir daí teremos um obstáculo, pois apenas o ato de consultar não é satisfatório para assegurar os direitos das comunidades quilombolas, sobretudo de Alcântara.

O quilombo de Alcântara possui mais de 700 famílias que vivem ao redor da base espacial brasileira, no estado do Maranhão<sup>16</sup>. Em 2019, o governo brasileiro realizou o Acordo de Salvaguardas Tecnológicas com os Estados Unidos, para expansão e autorização do seu uso para além da Força Aérea Brasileira. Promulgado em fevereiro de 2020, o presente acordo visa aumentar a capacidade da base a partir de lançamentos de foguetes e transferência tecnológica, investindo exponencialmente nas tecnologias nacionais.

Vale ressaltar que, o investimento na área espacial irá agregar diversas riquezas à sociedade brasileira, transformando a base em um polo tecnológico. Esta crônica não tem como pretensão apontar dúvidas sobre a efi-

cácia do projeto, direcionado para a inobservância do Estado no que tange aos povos quilombolas da região. O Quilombo de Alcântara não participou das negociações e muito menos é mencionado no texto do acordo, restando a implementação do projeto apenas na vontade de ambos os países, como estabelece o artigo IX<sup>17</sup>.

Para que o acordo possa ser implementado, a comunidade que mora ao redor deverá ser devidamente removida, haja vista que o projeto pressupõe a expansão da base e criação de diversos empreendimentos ao redor. Consequentemente, em março de 2020, o Gabinete Institucional da Presidência da República publica a resolução nº 11 que dá poder ao Comando da Aeronáutica para prosseguir com a remoção dos quilombos que habitam a região da base, sem que houvesse qualquer oitiva para obter um posicionamento, ou consentimento, das comunidades<sup>18</sup>.

O Partido Democratas dos Estados Unidos expressou o seu descontentamento com o Acordo, a partir de uma carta aberta enviada para o Comitê de Serviços Armados da Câmara e do Senado<sup>19</sup>. No texto, representantes e senadores se posicionaram contra a implementação do acordo, enfatizando que a retirada do quilombo é um ato racista e está em desacordo com o direito da comunidade em permanecer em seus devidos territórios, haja vista a manutenção de sua ancestralidade<sup>20</sup>.

No Congresso brasileiro, o deputado Bira do Pindaré (PSB/MA) comandou a autoria do Projeto de Decreto Legislativo nº 130/2020<sup>21</sup>, que tem como objetivo sustar os efeitos da Resolução nº 11 haja vista que os

<sup>16</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica nº03/2019-6CCR**. Impactos do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América e da Proposta de Expansão do Centro de Lançamento de Alcântara. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota\\_tecnica\\_03\\_2019\\_6CCR1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota_tecnica_03_2019_6CCR1.pdf). Acesso em: 4 jan. 2021.

<sup>17</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.220, de 5 de fevereiro de 2020**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América sobre Salvaguardas Tecnológicas [...]. Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. **Resolução nº 11, de 26 de março de 2020**. Publica as deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro na Sétima Reunião Plenária. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília-DF, edição 60, p. 3, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-11-de-26-de-marco-de-2020-249996300>. Acesso em: 05 jan. 2021.

<sup>19</sup> CONGRESSWOMAN DEB HAALAND. **Haaland, Sanders, Castro, Johnson Call For Protection of Afro-Brazilian Communities**. 7 de out, 2020. Disponível em: <<https://haaland.house.gov/media/press-releases/haaland-sanders-castro-johnson-call-protection-afro-brazilian-communities>>. Acesso em: 2 jan. 2021.

<sup>20</sup> A carta teve a autoria dos seguintes representantes e senadores: Rep. Deb Haaland; Sen. Bernie Sanders; Rep. Joaquin Castro; e Rep. Hank Johnson.

<sup>21</sup> Outros deputados do PSB também participaram, como: Luciano Ducci (PR); Lídice da Mata (BA); Ted Conti (ES); Mauro Nazif (RO); Wilson de Fetaemg (MG).



povos não foram devidamente consultados e tiveram seus direitos à propriedade interferidos<sup>22</sup>. Mesmo diante de uma situação emergencial, o projeto legislativo, apresentado no dia 31 de março de 2020, ainda continua inerte, a julgar pelo fato do atual presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, não ter despachado o texto para deliberação nas comissões.

O Projeto de Decreto Legislativo nº 130/2020 seria imprescindível para impedir o prosseguimento da realocação da comunidade quilombola, possibilitando o direito de serem devidamente consultados, abrindo margem para a obtenção do consentimento das famílias sobre a expansão da base.

Mesmo após suspensão da remoção dos povos quilombolas na seara judicial, tal efeito não garante que a implementação do consentimento por parte do Estado. Considerando que o judiciário brasileiro nunca definiu o consentimento e decide sobre a consulta como um procedimento pro forma, devemos nos atentar a outros projetos legislativos que possam evidenciar o tema, que consagrado a partir do direito internacional. Não obstante, o Projeto Legislativo - PL 10678/2018 visa estabelecer o procedimento do consentimento prévio no direito brasileiro.

Com autoria da deputada Erika Kokay (PT/DF), o Projeto Legislativo visa agregar os mecanismos preexistentes, como a Convenção 169 da OIT, ao postular sobre a primordialidade em consultar povos quilombolas e indígenas sobre atividades que visem afetar, poluir, ou incapacitar o ambiente o território da comunidade. Ao invés de assentar a consulta como um mero procedimento, o projeto trata sobre a obtenção do consentimento:

“O consentimento das comunidades indígenas e quilombolas afetadas é requisito obrigatório para concessão de licença ambiental prévia para atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental em seus territórios.”<sup>23</sup>

<sup>22</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo. **PDL nº 130/2020**. Susta os efeitos da Resolução nº 11, de 26 de março de 2020, do Gabinete Institucional da Presidência da República [...].

<sup>23</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 10678/2018**. Dispõe sobre a consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas e quilombolas necessária para emissão de licença ambiental [...] Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182520>.

Ao colocar o consentimento como requisito obrigatório, o Projeto Legislativo afasta a tese do procedimento pro forma, enfatizando que as decisões dos povos afetados deverão ser aptas o suficiente para afetar o resultado do empreendimento, afastando até mesmo a obtenção do licenciamento ambiental.

O PL 10678/2018 foi despachado para a Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), onde o relator Camilo Capiberibe (PSB/AP) deu seu parecer pela aprovação do projeto. Para que o texto possa ser aprovado, e encaminhado para o Senado Federal, é imprescindível sua aprovação na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) e na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Após a aprovação, pelas duas casas do Congresso Nacional, o projeto legislativo irá para sanção do Presidente da República.

Ambos os projetos são imprescindíveis para assegurar que a comunidade de Alcântara possa ter o seu consentimento prévio devidamente auferido, materializando o direito dos quilombolas que habitam aquele local por mais de três séculos. Vale ressaltar que, diante de qualquer projeto que vise afetar os povos quilombolas, o Estado deve consultar sua população e obter o seu consentimento, principalmente em casos de projeto de larga escala.

Tanto a Convenção 169 da OIT quanto as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceram as definições de consulta e consentimento, além de elucidar onde deverão ser utilizadas. Mesmo com um arcabouço jurídico no direito internacional acerca da matéria, verifica-se que o Estado brasileiro ainda utiliza o direito de forma errônea, subjugando os direitos dos povos tradicionais que habitam o Brasil. Diante deste espectro, valer-se de projetos legislativos para assegurar os direitos dos quilombolas é essencial para a sua manutenção enquanto povo, direcionando o direito brasileiro a ficar em consonância com os dispositivos acordados internacionalmente.

Por fim, haja vista a expansão da Base de Alcântara, os povos quilombolas da região possuem o direito em utilizar os mecanismos suficientes para sua proteção, devendo o processo legislativo complementar as oitivas preexistentes no direito internacional. Ao se deparar com um projeto de larga escala, que vise afetar a propriedade definitiva de seus territórios, o consentimento prévio é primordial para materializar a oitiva da consulta

prévia, provendo aos povos a possibilidade de influenciar nas decisões estatais.

## 4 Considerações finais

A crônica em questão teve por objetivo demonstrar que o Estado brasileiro tende a inobservar os direitos dos povos quilombolas, principalmente aqueles advindos do direito internacional. Casos como o quilombo do Contente e o Porto da EMBRAPAS demonstram que, mesmo diante da validação do instituto da consulta prévia, as jurisprudências proferem um resultando incapaz de atestar as prerrogativas dos povos atingidos, uma vez que não delibera sobre o propósito da oitiva.

Ao assimilar a consulta prévia apenas como um procedimento pro forma, o judiciário está afastando o direito dos povos quilombolas em influenciarem decisões sobre sua propriedade. Diante deste descompasso, a crônica introduziu o consentimento prévio como o mecanismo satisfatório para atestar a posição da comunidade, possibilitando a sua influência em decisões estatais. Em outras palavras, o consentimento prévio seria um instituto que possibilitaria regular a desarmonia entre povos tradicionais e decisões estatais, uma vez que as comunidades são esquecidas na tomada de decisões, principalmente em situações em que o resultado lhes afeta.

A crônica utiliza o caso da comunidade do quilombo de Alcântara para expor a ineficácia do Estado brasileiro em assegurar os direitos dos povos quilombolas, possibilitando a implementação de empreendimentos que não asseguram o devido consentimento das comunidades afetadas. Para que tal problemática possa ser resolvida, é imprescindível a implementação de projetos legislativos que visem afastar a remoção dos povos de Alcântara (PDL nº 130/2020), e projetos que estabeleçam sobre a indispensabilidade de obter o consentimento prévio para implementação de possíveis empreendimentos (PL 10678/2018).

Por fim, ambos os projetos legislativos asseguram que os povos quilombolas afetados sejam respeitados, materializando os seus direitos existentes na Convenção 169 da OIT e nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Portando, a internalização de um direito preexistente demonstra a anuência do Estado bra-

sileiro com os direitos humanos dos povos quilombolas, mais precisamente, com o povo de Alcântara.

## Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo. **PDL nº 130/2020**. Susta os efeitos da Resolução nº 11, de 26 de março de 2020, do Gabinete Institucional da Presidência da República [...].

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 10678/2018**. Dispõe sobre a consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas e quilombolas necessária para emissão de licença ambiental [...] Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182520>.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório sobre os Direitos da População Atingida pela Implementação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e da Mineradora Belo Sun**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacaosocial/old/cndh/relatorios/Relatorio-deBeloMonteBeloSunaprovadocomrevisaoDOPLEN-RI.pdf/view>.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do trabalho [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5). Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.220, de 5 de fevereiro de 2020**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América sobre Salvaguardas Tecnológicas [...]. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2017**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm).

BRASIL. **Decreto nº4.887, de 20 de novembro de 2003.** Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

BRASIL. **Resolução nº 11, de 26 de março de 2020.** Publica as deliberações do Comitê de Desenvolvimento do Programa Espacial Brasileiro na Sétima Reunião Plenária. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília-DF, edição 60, p. 3, 27 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-11-de-26-de-marco-de-2020-249996300>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Civil Pública. **Petição 3.388/RR.** Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório[...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 de março de 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Quinta turma). Agravo em Instrumento. **0027843-13.2016.4.01.0000/PA.** Instalação de Terminal Portuário às margens do Rio Amazonas, no município de Santarém/PA [...]. Agravante: EMBRAPSA- Empresa Brasileira de Portos de Santarém. Agravado: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Desembargador Souza Prudente. Brasília, 03 de maio de 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=0027843-13.2016.4.01.0000>. Acesso em: 20 de dez. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil, outubro de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2020

CONGRESSWOMAN DEB HAALAND. **Haaland, Sanders, Castro, Johnson Call For Protection of Afro-Brazilian Communities.** 7 de out, 2020. Disponível em: <https://haaland.house.gov/media/press-releases/haaland-sanders-castro-johnson-call-protection-afro-brazilian-communities>. Acesso em: 2 jan. 2021.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas (A/HRC/33/42/Add.1).** Genebra, agosto de 2016. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/33/42/Add.1>. Acesso em: 23 de dez. de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname.** Sentença dia 28 de novembro de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador.** Sentença de 27 de junho de 2012.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas.** San José: IIDH, 2016

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica nº03/2019-6CCR.** Impactos do Acordo de Salvaguardas Tecnológicas firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América e da Proposta de Expansão do Centro de Lançamento de Alcântara. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota\\_tecnica\\_03\\_2019\\_6CCR1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentospublicacoes/publicacoes/notatecnica/2019/nota_tecnica_03_2019_6CCR1.pdf). Acesso em: 4 jan. 2021.

MONEBHURRUN, Nitish [*et al.*]. A definição jurídica da “comunidade”. **Revista de Direito Internacional,** Brasília, v. 13, n. 3, 2016.

**DOSSIÊ TEMÁTICO ART LAW AND CULTURAL  
HERITAGE LAW DIREITO DA ARTE E DO  
PATRIMÔNIO CULTURAL - PANORAMA GERAL**



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Peoples' heritage or States' heritage? sovereignty in the UNESCO mechanism for the safeguarding of intangible cultural heritage**

**Patrimônio dos povos ou patrimônio dos Estados? Soberania no mecanismo da UNESCO para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial**

Aliki Gkana

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# Peoples' heritage or States' heritage? sovereignty in the UNESCO mechanism for the safeguarding of intangible cultural heritage\*

## Patrimônio dos povos ou patrimônio dos Estados? Soberania no mecanismo da UNESCO para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial

Aliki Gkana\*\*

\* Recebido em 30/09/2020  
Aprovado em 28/02/2021

\*\* Aliki Gkana holds an LL.B. (Honours) and an LL.M. in Public International Law (with distinction) from the National and Kapodistrian University of Athens, while she was granted an excellence award as the first in rank graduate of Law Faculty's United Programme of Post-graduate Studies for the academic year 2016-2017. Her research, as a PhD Candidate at the Faculty of Law of the University of Athens and a scholar of the Hellenic Foundation for Research and Innovation (2019-2022), the Melina Merkouri Foundation and the Sylff Association (2018-2019), focuses on the protection of intangible cultural heritage under public international law. In 2020, she worked as an intern at the Living Heritage Entity, Culture Sector at UNESCO Headquarters in Paris, partially in the context of the Erasmus+ traineeship programme. Researcher of the Athens PIL Center, she has collaborated with the University of Athens as a teaching and research assistant at the LL.M. in International and European Studies (direction of Public International Law) and completed an internship at the Protection Unit of UNHCR's Athens Office in 2018. She also works as a lawyer, member of the Athens Bar Association (since 2017), while in parallel she develops manifold action in the field of intangible cultural heritage, as an executive of the "Polyphonic Caravan", an institution of Panhellenic and cross-border action devoted to the safeguarding of the Polyphonic Song and Greece's first proposal for inscription on UNESCO's International Register of Good Safeguarding Practices in the field on intangible cultural heritage. Her areas of interest are public international law, international cultural heritage law, international human rights, environmental and intellectual property law. She is fluent in Greek (native language), English, French and German.

E-mail: alikigana@gmail.com

### Abstract

The paper explores the relation between State sovereignty and the safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (hereafter ICH) pointing out the tension between a State-centered and a community-oriented approach within the existent protection mechanism. In the first part, the writer outlines the legal framework established by the 2003 UNESCO Convention, examining some of its "sovereignty guarantees". In the second part, she touches upon the particular issue of dealing with "shared ICH" within the UNESCO framework, examining possible responses to the apparent deficiencies towards its more effective safeguarding. Questioning whether ICH is an appropriate field for States to "reaffirm" their sovereignty or it intrinsically challenges the traditional concept of the sovereign State, she discusses the recognition of ICH's cross-border character and the common concern for its safeguarding, as well as the progressive establishment of a right to ICH and the demand for a more active role of its communities in the international safeguarding system, as crucial parameters. How could international law adapt to those challenges and with what cost for sovereignty? The paper was presented in the Agora "Culture As or Against Sovereignty" convened by the Interest Group on International Law of Culture as a contribution to the 2019 ESIL Conference.

**Keywords:** Intangible cultural heritage. UNESCO. Safeguarding. Sovereignty. International law of culture. Transboundary cultural heritage manifestations. Cultural human rights.

### Resumo

O artigo explora a relação entre a soberania do Estado e a salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (doravante PCI), apontando a tensão entre uma abordagem centrada no Estado e uma abordagem orientada para a comunidade dentro do mecanismo de proteção existente. Na primeira parte, o autor delinea o arcabouço jurídico estabelecido pela Convenção da



UNESCO de 2003, examinando algumas de suas “garantias de soberania”. Na segunda parte, ela aborda a questão particular de lidar com o “PCI compartilhado” dentro da estrutura da UNESCO, examinando possíveis respostas para as deficiências aparentes para uma proteção mais eficaz. Questionando se o PCI é um campo apropriado para os Estados “reafirmarem” sua soberania ou se desafia intrinsecamente o conceito tradicional de Estado soberano, ela discute o reconhecimento do caráter transfronteiriço do PCI e a preocupação comum por sua salvaguarda, bem como a progressiva o estabelecimento do direito ao PCI e a demanda por um papel mais ativo de suas comunidades no sistema internacional de salvaguarda, como parâmetros cruciais. Como o direito internacional poderia se adaptar a esses desafios e com que custo para a soberania?

**Palavras-chave:** Patrimônio cultural imaterial, UNESCO, proteção, soberania, direito internacional da cultura, manifestações do patrimônio cultural transfronteiriço, direitos humanos culturais

## 1 Introduction

The international community went through a decades-long process in order to prioritize the need for the international protection of what was perceived as the “elusive” part of peoples’ cultures. It, finally, vested with the well-criticized term “intangible cultural heritage” (hereafter also ICH) what was initially described as “oral heritage” or “traditional culture and folklore”<sup>1</sup> and could not fit in the protection regime for “cultural property” or “tangible” expressions, presupposing a link to the physical consistency of heritage<sup>2</sup>. In any case, this already existent regime -described as the modern international cultural heritage law- was shaped as a distinguishable field of law during the second half of the 20th century following the establishment of UNESCO<sup>3</sup>

<sup>1</sup> The first international instrument that introduced a direct reference and set the base for a holistic approach to the safeguarding of this part of cultural heritage was the 1989 UNESCO’s Recommendation at a time when the term “traditional culture and folklore” was in principle used in the field; *UNESCO Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, 15.11.1989 (Paris)

<sup>2</sup> VECCO, M. A definition of cultural heritage: from the tangible to the intangible. *Journal of Cultural Heritage*, v. 11, 2010. p. 323-324.

<sup>3</sup> The United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, founded in 1945, has its headquarters in Paris, France, and consists of 193 members and 11 associate members; See: ‘Member

and should be still viewed as a rather recent one<sup>4</sup>. During at least the last two decades, we experience a remarkably intense law-making activity in relation to the international protection of all types of cultural heritage<sup>5</sup>, either by reviewing and “updating” older instruments<sup>6</sup> or by the adoption of new multilateral conventions and soft-law instruments<sup>7</sup>.

The preservation of cultural diversity –particularly threatened due to globalization’s onset in contemporary world- remains the main *ratio* of protection. Commoditization of cultural heritage and its “management” as a “cultural asset”<sup>8</sup>, as often promoted by responsible actors, come to the fore at a time when the attempt to associate ICH to –also sustainable- development gains ground. Furthermore, any underlying –political, social, economic- tension is vividly expressed particularly in relation to the safeguarding of ICH, which is by its character indissolubly connected to peoples, societies and communities, while UNESCO forums receive that tension par excellence. If culture has always been controversial as a regulatory object, ICH is, in addition, an undoubtedly conducive field for the manifestation of the fragile balances among international community’s actors, something also reflected at the existing relevant regulation. Besides, it remains a new and evolving, thus dynamic field, with all the instability, as well as creativity

States’, *UNESCO official website*, <https://en.unesco.org/countries/member-states> (last accessed 14.5.2019) (hereafter UNESCO)

<sup>4</sup> LIXINSKI, L. Between orthodoxy and heterodoxy: the troubled relationships between heritage studies and heritage law. *International Journal of Heritage Studies*, v. 21, n. 3, 2015. p. 204; For a brief historical analysis of this shaping see: BLAKE, J. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 4

<sup>5</sup> FRANCONI, F.; GORDLEY, J. (eds.). *Enforcing international cultural heritage law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 1.

<sup>6</sup> As is the case, e.g., with the: *Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, 26.3.1999 (The Hague)

<sup>7</sup> See indicatively: *UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity*, 2.11.2001 (Paris), *UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, 2.11.2001 (Paris), *UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, 17.10.2003 (Paris), *UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage*, 17.10.2003 (Paris), *UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 20.10.2005 (Paris). UNITED NATIONS. *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Available at: <https://www.ohchr.org/en/issues/ipeoples/pages/declaration.aspx> Accessed on: 20 Aug. 2020.

<sup>8</sup> M. Alivizatos, I. Poullos, M. Papadaki, ‘Management of Intangible Cultural Heritage, Local Society and Sustainable Development’. POULIOS, I. (ed). *Cultural management, local society and sustainable development*(in greek). Athens: Hellenic Academic Libraries Link, 2015. p. 58.



when it comes to legal proposals, that this evokes.

In this context, the debate on the nature itself and the proper ways of legal protection of the so-called “intangible cultural heritage” intensifies<sup>9</sup>, constituting in parallel a challenge for international law in an attempt to compromise States’ and communities’ interests over it in the context of a rather politicized debate. As a general remark, international cultural heritage law is still heavily influenced by sovereignty-based arrangements<sup>10</sup>, but some new parameters –what could be briefly described as “the human dimension of heritage law”<sup>11</sup> might reasonably challenge the traditional perception of the sovereign State. However, has ICH the capacity to do so or could it serve as an ideal “silent weapon” in the hands of States in order to reaffirm their sovereignty through the established safeguarding mechanism?

Before proceeding with examining any relevant question, one should first address the notion of ICH, since, a series of terminological questions arise with reference to all of the three components of the term. First of all, noting that defining culture itself has always been a difficult task for the legal world<sup>12</sup>, we should keep in mind that there is no common definition accepted as binding in international law and culture is used in a different way according to its inclusion in different legal instruments<sup>13</sup>. Truly understanding it would probably require turning also to anthropological analyses<sup>14</sup>, while

trying to point out those elements corresponding to the various meanings of culture as used in cultural heritage law in general<sup>15</sup>. Furthermore, cultural heritage –whose legal definition appears equally demanding– admittedly encompasses the idea of the inheritance of cultural manifestations handed down from our ancestors in order to be cared for before passing them on to our successors augmented by the creations of the present<sup>16</sup>.

As for “intangible”<sup>17</sup>, although analysing the choice of it as a qualifier in the term<sup>18</sup> would go beyond the scope of the present paper, it seems necessary to mention the opinion highlighting its problematic nature, which possibly leads to an also problematic use, namely the instrumentalization of heritage. On the one hand, it incorporates a certain ideological approach in favor of nearly idealistic theories accepting the existence of an “immaterial” world and favoring viewing ICH as another consumer good of contemporary capitalism, by institutionalizing a somewhat artificial division “for the needs of heritage industries”<sup>19</sup>. On the other hand, it was the term that as a working definition reached general consensus and was found the most operationally useful<sup>20</sup>, favoring the independence of that new notion from any material type of heritage, as well as marking the initiation of a new international instrument explicitly different from the 1972 World Heritage Convention<sup>21</sup> for the protection of “tangible” forms of cultu-

<sup>9</sup> See some of the principal controversial questions regarding the legal protection of ICH -still existing- in: LANKARANI, L. L'avant-projet de convention de l'Unesco pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel: évolution et interrogations. *Annuaire français de droit international*, v. 48, 2002. p. 624-656.

<sup>10</sup> LIXINSKI, L. *et al.* Identity beyond borders: international cultural heritage law and the temple of preah vihear dispute. *ILSA Quarterly*, v. 20, n. 1, 2011. p. 37.

<sup>11</sup> LIXINSKI, L. *et al.* Identity beyond borders: international cultural heritage law and the temple of preah vihear dispute. *ILSA Quarterly*, v. 20, n. 1, 2011. p. 37.

<sup>12</sup> FRASER, J. Cultural heritage in transit: intangible rights as human rights ed. By Deborah Kapcha (review). *Human Rights Quarterly*, v. 37, n. 2, 2015. p. 556.

<sup>13</sup> See the reference in the concept of culture while analyzing the notion of “cultural life”. UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General comment No. 21: Right of everyone to take part in cultural life* (art. 15, para. 1 (a), of the ICESCR), 43<sup>rd</sup> Session, 2009. Available at: <https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html> Accessed on: 20 Aug. 2020.

<sup>14</sup> See an indicative categorization of culture “as capital”, “as creativity” and “from an anthropological perspective” as “the sum total of all material and spiritual activities and products of a given social group that distinguishes it from other social groups” in: R. Stavenhagen, ‘Cultural Rights: A Social Science Perspective’, in NIEC, H. (ed.). *Cultural Rights and Wrongs*. Paris: UNESCO, 1998. p. 1–20; Besides, what is character-

ized as “a commonly used definition” is the first scientific and classic anthropological one given by E.B. Tylor in 1871 as follows: (culture is) “that complex whole which includes knowledge, beliefs, arts, morals, laws, customs, and any other capabilities and habits acquired by [a human] as a member of society”.

<sup>15</sup> BLAKE, J. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 7

<sup>16</sup> PROT, L. V.; O’KEEFE, P. J. Cultural heritage or cultural property? *International Journal of Cultural Property*, v. 1, 1992.

<sup>17</sup> The term “oral and intangible heritage” was firstly institutionally employed in the 1998 UNESCO Masterpieces Programme; UNESCO Brochure, *Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity* (Proclamations 2001, 2003 and 2005), 2006

<sup>18</sup> See a thorough analysis on questions of terminology and definition in: BLAKE, J. *Introduction to the draft preliminary study into the advisability of developing a new standard-setting instrument for the safeguarding of intangible cultural heritage*. 2001. Available at: <https://ich.unesco.org/doc/src/05358-EN.pdf> Accessed on: 20 Aug. 2020. p. 7-12.

<sup>19</sup> K. Kuutma, ‘Concepts and Contingencies in Heritage Politics’ ARIZPE, L.; AMESCUA, C. (ed.). *Anthropological perspectives on intangible cultural heritage*. London: Springer, 2013. p. 4

<sup>20</sup> UNESCO, Executive Board, *Report on the preliminary study on the advisability of regulating internationally, through a new standard-setting instrument, the protection of Traditional Culture and Folklore*, 161<sup>st</sup> session, Paris, 28.5– 13.6.2001, p. 6

<sup>21</sup> UNESCO Convention concerning the Protection of the World Cultural

ral and natural heritage<sup>22</sup>.

Therefore, we need to clarify that for the purposes of the following analysis –despite any objections and adopting a clear position that it is a relatively newly discovered term<sup>23</sup> and should be treated as such- ICH will be used to describe the subject matter of the International Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (hereafter: 2003 UNESCO Convention)<sup>24</sup>, which is now considered to be the central point of reference in the field. The latter will serve as the axis for the examination of the protection of this form of cultural heritage under international law, limiting our scope mainly to UNESCO framework, despite the fact that several intergovernmental organisations have also addressed questions relevant to safeguarding aspects of what we call ICH, though mainly viewed as “traditional knowledge” or “traditional cultural expressions”<sup>25</sup>.

This paper will, in the first part, outline the existent safeguarding mechanism for ICH as established by the 2003 UNESCO Convention and point out some of –what we would call- the “sovereignty guarantees” in it. In the second part, the particular issue of dealing with transboundary elements of ICH and possible international law responses towards their more effective safeguarding in and beyond the UNESCO system will be examined. Besides, intangible heritage’s inherent capacity and liberty to “spring up” near or on –any kind of- borders is the one that should define to a certain extent any alternative legal solution proposed regarding its protection. And this is exactly what makes the role

---

and *Natural Heritage*, 16.11.1972 (Paris)

<sup>22</sup> VAN ZANTEN, W. Constructing new terminology for intangible cultural heritage. *Museum International*, v. 56, n. 1-2, 2004. p. 39.

<sup>23</sup> KURIN, R. Safeguarding intangible cultural heritage: key factors in implementing the 2003 convention. *International Journal of Intangible Heritage*, v. 2, p. 9-20, 2007. p. 12

<sup>24</sup> UNESCO *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, Paris, (signed on 17.10.2003, entered into force on 20.4.2006), with 178 States Parties (as of 11.5.2018); Text of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, UNESCO-ICH, <https://ich.unesco.org/en/convention> (last accessed 14.5.2019)

<sup>25</sup> See, e.g. the work done by World Intellectual Property Organisation’s (WIPO) Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore currently undertaking text-based negotiations with the objective of reaching agreement on a text(s) of an international legal instrument(s) for the effective protection of “traditional cultural expressions”. WIPO. *The protection of traditional cultural draft articles*. 2018. Available at: [https://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=expressions:409623](https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=expressions:409623) Accessed on: 20 Aug. 2020.

of international law in the field even more challenging.

## 2 Reaffirming Sovereignty through the UNESCO safeguarding mechanism for Intangible Cultural Heritage

### 2.1 The 2003 UNESCO Convention

Following a long and intense process, the General Conference of UNESCO adopted during its 32<sup>nd</sup> session the aforementioned Convention for the safeguarding of ICH. Although characterized as a successful and quickly ratified instrument, it has also given rise to strong criticism, while still traversing the very first years of the second decade of its entry into force. The Convention defines as ICH

The practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage<sup>26</sup>.

Characterized by its intergenerational transmission, constant recreation, interrelationship with the communities’ environment, nature and history, ICH has been aptly described as “the living culture of peoples”<sup>27</sup>, providing them “with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity”<sup>28</sup>.

The core notion around which the 2003 Convention is built is that of “safeguarding”, which means “*measures aimed at ensuring the viability*” of ICH<sup>29</sup>. This is directly related to the central legal obligations of the States Parties, since safeguarding is one of the purposes of the Convention, along with ensuring respect and mutual appreciation, raising awareness for ICH and providing for

---

<sup>26</sup> UNESCO *Convention* 2003, art. 2§1

<sup>27</sup> LENZERINI, F. Intangible cultural heritage: the living culture of peoples. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 1, 2011. p. 101-120.

<sup>28</sup> UNESCO *Convention* 2003, art. 2§1

<sup>29</sup> UNESCO *Convention* 2003, art. 2§3: “including the identification, documentation, research, preservation, protection, promotion, enhancement, transmission, particularly through formal and non-formal education, as well as the revitalization of the various aspects of such heritage”

international cooperation and assistance<sup>30</sup>. However, in order to research the scope of any conventional obligation, at least two remarks are necessary to be made. Firstly, safeguarding<sup>31</sup> encompasses a wider approach to the sensitive issue of the legal protection of “a living body”<sup>32</sup>, aiming at preserving the circumstances and processes under which it is being created, preserved and transmitted rather than –according to the classical approach– protecting it against any threat<sup>33</sup> or “physically” and “in situ”<sup>34</sup>. Secondly, the Convention functions parallelly at two levels, a national and an international one.

At a national level, safeguarding rests with any State Party which takes on the obligation to “*take the necessary measures to ensure the safeguarding of the ICH present in its territory*”<sup>35</sup>. A special emphasis is given on the identification and definition of various elements of this ICH<sup>36</sup>, mainly achieved by drawing up –regularly updated and adjusted in each State’s particular circumstances– inventories<sup>37</sup>. In addition, States Parties “*shall endeavor*” to adopt other measures, such as, among others: a general policy promoting the function of ICH in society, establishment of competent bodies for its safeguarding, appropriate legal, technical, administrative and financial measures, assurance of recognition and respect for ICH through educational, awareness-raising and information programmes<sup>38</sup>.

At an international level, States Parties concerned may submit their proposals to the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of ICH (hereafter also IGC)<sup>39</sup> which establishes, keeps up to date and publishes the “Representative List of the ICH of Humanity”<sup>40</sup>

(429 elements inscribed corresponding to 117 countries as of December 2018), the “List of ICH in Need of Urgent Safeguarding”<sup>41</sup> (59 elements inscribed corresponding to 32 countries), as well as the “Register of Good Safeguarding Practices”<sup>42</sup> (20 elements inscribed corresponding to 16 countries) by selecting and promoting safeguarding programmes, projects and activities which it considers best reflect the principles and objectives of the Convention<sup>43</sup>. Furthermore, States submit periodic reports on the legislative, regulatory and other measures taken for the implementation of the Convention to the Committee, which in its turn submits them to the General Assembly of the States Parties<sup>44</sup> at each of its sessions, bringing them to the attention of the General Conference of UNESCO too<sup>45</sup>, a process that somehow counterbalances the absolute absence of a compliance mechanism<sup>46</sup>.

In the whole safeguarding system, prominence is given to the “communities, groups and individuals” – bearers of ICH. They are acknowledged as those playing “an important role in the production, safeguarding, maintenance and recreation” of it<sup>47</sup>, but most importantly they are the ones who by definition recognize the manifestations of ICH “as part of their cultural heritage”<sup>48</sup>. In the first place, this prerequisite adds two significant parameters in relation to the cultural heritage protection regime existent prior to the 2003 Convention. On the one hand, the self-recognition by communities themselves of ICH as part of their heritage<sup>49</sup>, contrary to the perception of the “outstanding universal value” of the world cultural and natural (tangible)

<sup>30</sup> UNESCO Convention 2003, art. 1

<sup>31</sup> For the explicit choice of the term “safeguarding” unlike “protection” in the 2003 UNESCO Convention, see: UNESCO, Meeting of the “Restricted Drafting Group”, *Preparation of a preliminary draft International Convention on the ICH*, Paris, 20-22.3.2002, para. 17

<sup>32</sup> UNESCO Brochure, *Questions and Answers about Intangible Cultural Heritage*, p. 3

<sup>33</sup> BLAKE, J. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 12

<sup>34</sup> FORREST, C. *International Law and the Protection of Cultural Heritage*. United Kingdom: Routledge, 2010. p. 14-18.

<sup>35</sup> UNESCO Convention 2003, art. 11(a)

<sup>36</sup> UNESCO Convention 2003, art. 11(b)

<sup>37</sup> UNESCO Convention 2003, art. 12

<sup>38</sup> UNESCO Convention 2003, art. 13, 14

<sup>39</sup> UNESCO Convention 2003, art. 5-9; For more information see: Functions of the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of ICH (henceforth IGC), UNESCO-ICH, <https://ich.unesco.org/en/functions-00586> (last accessed 16.5.2019)

<sup>40</sup> UNESCO Convention 2003, art. 16

<sup>41</sup> UNESCO Convention 2003, art. 17

<sup>42</sup> UNESCO Convention 2003, art. 18

<sup>43</sup> See all the elements inscribed on those three international lists at: ‘Browse the Lists of ICH and the Register of good safeguarding practices’, UNESCO-ICH, <https://ich.unesco.org/en/lists> (last accessed 16.5.2019)

<sup>44</sup> UNESCO Convention 2003, art. 4; For more information see: Functions of the General Assembly of the States Parties to the 2003 Convention, UNESCO-ICH, <https://ich.unesco.org/en/functions-00710> (last accessed 16.5.2019)

<sup>45</sup> UNESCO Convention 2003, art. 29, 30

<sup>46</sup> KURUK, P. Cultural heritage, traditional knowledge and indigenous rights: an analysis of the convention for the safeguarding of intangible cultural heritage. *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, v. 1, 2004. p. 133.

<sup>47</sup> UNESCO Convention 2003, preamble, para. 7

<sup>48</sup> UNESCO Convention 2003, art. 2§1

<sup>49</sup> LENZERINI, F. Intangible cultural heritage: the living culture of peoples. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 1, 2011. p. 108.



heritage<sup>50</sup>. On the other hand, the representativeness of ICH elements<sup>51</sup>, unlike the former characterization of the “masterpieces” of heritage<sup>52</sup>. In the second place, it introduces us into the crucial issue of the central role the Convention accords to the cultural communities associated with ICH<sup>53</sup> and the question of their participation in the safeguarding mechanism, reflected also at the States Parties’ obligations<sup>54</sup>. However, it is important to examine the extent of this participation at a national level, which is not always reassured given the absence of legal guarantees. At the same time, the demand for their more active involvement at the international level<sup>55</sup>, in practice “ensured” through the requirement for their “prior, free and informed consent” for an inscription on the Lists<sup>56</sup>, remains and constitutes one of the mostly discussed topics<sup>57</sup>.

## 2.2 Sovereignty “guarantees” in the UNESCO safeguarding mechanism

Having mentioned the central points of the conventional mechanism, the following analysis shall focus on some of its interrelated elements which serve as “pillars” that States may “use” with a view to ensuring respect for or in some way reaffirming their sovereignty<sup>58</sup>.

As a first pillar, the sovereign body of the 2003 Con-

vention is the General Assembly of the States Parties. This was a definite choice among States participating in the drafting of the Convention when it was felt that sovereignty should be strengthened also by creating such a body as the supreme authority on most matters regarding its implementation<sup>59</sup>. However, the need for a more specialized body, competent to deal with particular issues was also apparent<sup>60</sup>. But even the IGC –which was chosen to be that body– is composed of State representatives, thus deemed as one more “safety valve” for sovereignty<sup>61</sup>. Besides, the Convention has been criticized for consciously neglecting non-State actors regarding some of its critical aspects, one of which is certainly the composition of the decision-making bodies.

Nonetheless, the lack of independent experts is attempted to be covered ex post facto. The IGC has the capacity to “invite to its meetings any public or private bodies” and “persons [...] including communities, groups, and other experts”<sup>62</sup>, to “propose the accreditation of NGOs to act in an advisory capacity” and to “establish ad hoc consultative bodies”<sup>63</sup>. Thus, it has established most recently (starting with 2015 cycle) a

<sup>50</sup> UNESCO *World Heritage Convention* 1972, art. 1

<sup>51</sup> LIXINSKI, L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 36.

<sup>52</sup> UNESCO *Masterpieces* 2001, 2003, 2005

<sup>53</sup> BLAKE, J. *Commentary on the 2003 UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. New York: Institute of Art and Law, 2006; SMITH, L.; AKAGAWA, N. (ed.). *Intangible heritage*. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2009. p. 45

<sup>54</sup> UNESCO *Convention* 2003, art. 11 (b), 15

<sup>55</sup> LIXINSKI, L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 53

<sup>56</sup> UNESCO, *Operational Directives for the Implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, adopted by the General Assembly of the States Parties to the Convention at its 2nd session (UNESCO Headquarters, Paris, 16-19.6.2008), as amended into their last version (2018), para. 1 (U.4.), 2 (R.4.), 7 (P.5.)

<sup>57</sup> See as an indicative example: UNESCO, IGC, *Report of the Rapporteur of the subsidiary body on the modalities for the participation of communities or their representatives, practitioners, experts, centres of expertise and research institutes in the implementation of the Convention*, 2<sup>nd</sup> Extraordinary Session, Sofia, Bulgaria, 18-22.2.2008

<sup>58</sup> Besides, the “sovereignty issue” was always apparent in the drafting period. E.g.: “A call was made to specify minimum standards for Parties (as does TRIPS) and to take caution in ceding State sovereignty.” in: UNESCO, First meeting of the select drafting group of a preliminary international convention on ICH, *Final Report*, Paris, 20-22.3.2002, Discussion Unit 6 – Article 2 on State Sovereignty, p. 6

<sup>59</sup> LIXINSKI, L. Selecting heritage: the interplay of art, politics and identity. *European Journal of International Law*, v. 22, 2011. p. 86; It is characteristic that those concerns were clearly raised during the drafting period. See, e.g., the position of Barbados, Saint Lucia and Czech Republic expressed in their amendments to the preliminary draft convention in: UNESCO, Second session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft Convention for the Safeguarding of the ICH, *Compilation of amendments from Member States concerning the Convention for the Safeguarding of the ICH*, Paris, 24.2-1.3.2003, footnotes 919, 922, 948; Following those amendments, a new article (as art. Z) in which the General Assembly is established as the Convention’s sovereign body was for the first time included in the consolidated preliminary draft convention as proposed by the Intersessional Working Group of government experts to the Third session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft Convention for the Safeguarding of the ICH (06/2003). See that in: UNESCO, Intersessional Working Group of government experts on the Preliminary Draft Convention for the Safeguarding of the ICH, *Report by Pr. C. Economides*, Paris, 22-30.4.2003, para. 18

<sup>60</sup> BLAKE, J. *Commentary on the 2003 UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. New York: Institute of Art and Law, 2006. p. 45.

<sup>61</sup> This remark could be examined in relation to previous UNESCO Conventions where it was either chosen not to establish the General Assembly of the States Parties as the sovereign body of the Convention (1972 World Heritage Convention) or to give prominence to the establishment of a scientific body of experts directly by the Meeting of States Parties (2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage).

<sup>62</sup> UNESCO, *Operational Directives* 2016, para. 89

<sup>63</sup> UNESCO *Convention* 2003, art. 8§4, art. 9, art. 8§3

single Evaluation Body as a consultative one<sup>64</sup>, replacing the preceding Consultative and Subsidiary Bodies. Composed by six qualified experts representatives of States Parties non-Members of the Committee and six accredited NGOs, it is responsible for primarily evaluating States' nominations to the Lists and making recommendations to the IGC for its final decisions<sup>65</sup>. Beyond the primary observation that even the Evaluation Body's members cannot be characterized by guarantees of absolute independence –as appointed by their State at the end of the day-, the criticism on the credibility of the evaluation process for the exclusion or inclusion of elements in the Lists<sup>66</sup> and on the whole procedure until the final decisions<sup>67</sup> –within a framework of inevitably politically tense Committee sessions- seems reasonable too.

As a second pillar, the parameter of place and territory in relation to ICH's safeguarding is of crucial importance for the function of the conventional mechanism. And this is beyond any recognition of the dialectical relationship between ICH and space or persons and their environment. The latter is apparent when examining either all those “place-based” ICH elements and cultural spaces<sup>68</sup> associated with ICH manifestations and included in its definition, or by admitting that communities recreate their ICH “in response to their environment and their interaction with nature”<sup>69</sup>. However, this reference to place –at least in principle- should not be interpreted as establishing any fixed link between

ICH and a geographical space, but merely as highlighting the role of the social, political or natural context in the recreation of the cultural practice<sup>70</sup>.

In this context, place becomes a pivotal axis for safeguarding ICH through the establishment of States' legal obligation to ensure the safeguarding of ICH “*present in their territory*”<sup>71</sup>. This prerequisite has two important implications directly relevant to ensuring respect for State sovereignty. Firstly, it implies that ICH is also defined on the basis of present State territories, despite the fact that no such strict geographical condition is enshrined in its conventional definition. Secondly, a territorial clause is enshrined in the Convention, characterizing the most crucial aspect of the safeguarding mechanism, as well as a territorial condition for the inscription of elements on any List is established by extension. Thus, the answer to the central question “who acts and for which intangible heritage” is that legally responsible for ICH safeguarding is of course the State, but its obligation extends only to that ICH within its territory. The latter might seem necessary for the proper function of the system in accordance with the traditional perception of the role of the State in international law. Though, we cannot disregard the inherent contradiction in presenting ICH closely linked to its bearers as much as to a given territory, something that may result in limiting the object of protection in a way incompatible with its nature. Besides, a serious concern is raised on the aforementioned issues even since the drafting period and it seems that the Convention takes a clear position on them<sup>72</sup>.

As a third pillar, UNESCO safeguarding mechanism is founded on a specific model, the international expression of which is the creation and constant update

<sup>64</sup> In conformity also with the Operational Directives: UNESCO, *Operational Directives* 2018, para. 27

<sup>65</sup> UNESCO, IGC, *Decisions*, 9th session, Paris, 24-28.11.2014, DECISION 9.COM 11, para. 7; ‘Evaluation Body’, *UNESCO-ICH*, <https://ich.unesco.org/en/evaluation-body-00802> (last accessed 30.05.2019)

<sup>66</sup> R. Rosaldo, ‘Evaluation of Items on Intangible Cultural Heritage’ ARIZPE, L.; AMESCUA, C. (ed.). *Anthropological perspectives on intangible cultural heritage*. London: Springer, 2013. p. 37-38

<sup>67</sup> R. Smeets and H. Deacon ‘The examination of nomination files under the UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage’. STEFANO, M. L.; DAVIS, P. (ed.). *The Routledge Companion to intangible cultural heritage*. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2017. p. 32-33.

<sup>68</sup> Interestingly, as generally accepted, the urgent need to safeguard Jemaa el-Fna square in Marrakesh from the onset of the surrounding economic development as “oral heritage of humanity” was the decisive spark for the adoption of the newly discovered notion of “safeguarding ICH” by UNESCO; SCHMITT, T. M. The UNESCO concept of safeguarding intangible cultural heritage: its background and marrakchi roots. *International Journal of Heritage Studies*, v. 14, n. 2, 2008. p. 95–111.

<sup>69</sup> *UNESCO Convention* 2003, art. 2§1

<sup>70</sup> C. Bortolotto, ‘Placing intangible cultural heritage, owning a tradition, affirming sovereignty: the role of spatiality in the practice of the 2003 Convention’. STEFANO, M. L.; DAVIS, P. (ed.). *The Routledge Companion to intangible cultural heritage*. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2017. p. 48.

<sup>71</sup> *UNESCO Convention* 2003, art. 11, 12, 13, 23

<sup>72</sup> See, e.g. the conversation in the context of the select drafting group on those matters: “It was suggested that the idea of “present” is important as providing the necessary temporal element that characterises IH as evolving and migratory. A further suggestion was a formulation such as “with links with the population situated on the territory”. [An alternative proposal not supported was “practised by its citizens”]. [...] Although the issue of transboundary IH was raised, it was felt that any reference to extra-territoriality of State jurisdiction should be avoided.” in: UNESCO, First meeting of the select drafting group of a preliminary international convention on ICH, *Final Report*, Paris, 20-22.3.2002, Discussion of Unit 8 - Article 4, p. 7



of Lists of elements “to be protected”, following State proposals. At a first level, apart from any criticism on the choice of inventory making as an appropriate way of heritage protection in general<sup>73</sup>, its application especially in the field of ICH expressively points out its own deficiencies<sup>74</sup>. On the one hand, Lists could ensure better visibility, increase awareness, encourage dialogue that respects cultural diversity<sup>75</sup> and contribute to identifying ICH. On the other hand, their choice as the predominant protection means at the international level<sup>76</sup> guarantees neither the effective safeguarding of a so-called “living heritage”<sup>77</sup> nor the unbiased process of nominations and decision making on elements’ inscriptions by the IGC<sup>78</sup>.

At a second level, the listing system in total eventually functions as another favourable stage for reaffirming sovereignty as a result of the purely State nominations in combination with the application of the territorial condition for the inscription of ICH elements on the Lists<sup>79</sup>, as already mentioned. This mechanism favors

not only the manifestation of tensions between States –and also between communities- using it for ultimate purposes other than the ones enshrined in the Convention but may also lead to the exclusion in essence of communities, groups and individuals concerned from the international dimension of its application<sup>80</sup>. In fact, a form of hierarchy, elitism and fragmentation among ICH elements (included or not in the Lists) around the world is inevitably created, since “lists itemize culture” as aptly written<sup>81</sup>. Consequently, representativeness and equality among them is questioned, while a tendency to be promoted as “national products” in the international market exists<sup>82</sup>.

In particular, various elements already inscribed on the Lists are either directly presented as “national” or their “national” character is implied/stated even in their definition and name<sup>83</sup>. Besides, there are cases of States participating in inventorying ICH elements at the international level while in parallel declaring State copyright over them through their domestic laws<sup>84</sup> or a direct connection of ICH to the “nation”<sup>85</sup>. In other cases,

<sup>73</sup> SCHUSTER, J. M. *Making a list and checking it twice: the list as a tool of historic preservation*. 2002. Available at: <https://ideas.repec.org/p/har/wpaper/0303.html> Accessed on: 20 Aug. 2020.

<sup>74</sup> It was one of the most controversial issues during the pre-conventional negotiations. See, e.g.: UNESCO, 2<sup>nd</sup> Session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft Convention for the Safeguarding of ICH, *Position des Etats Membres eu egard au principe de liste(s) du patrimoine culturel immatériel-7 Octobre 2002*, Paris, 24.2– 1.3.2003

<sup>75</sup> UNESCO, Expert Meeting on the Lists Established in the 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, *Summary report of the meeting*, New Delhi, India, 2-4.4.2007, p. 5, para. II

<sup>76</sup> In fact, their establishment was inspired once again by the 1972 UNESCO World Heritage Convention which initiated the “World Heritage List” (art. 11) and came as a natural continuity of the 1998 Proclamation of “Masterpieces” since the elements inscribed on it were directly incorporated in the Representative List of the ICH of Humanity according to the 2003 Convention (art. 31); See more in: N. Aikawa-Faure, ‘From the Proclamation of Masterpieces to the Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage’ in: SMITH, L.; AKAGAWA, N. (ed.). *Intangible heritage*. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2009. p. 13-14.

<sup>77</sup> A reasonable objection highlights the tendency to “freeze” ICH elements in time and not encourage cultural vitality through listing; See some aspects of the issue in: KURIN, R. Safeguarding intangible cultural heritage in the 2003 UNESCO Convention: a critical appraisal. *Museum International*, v. 56, n. 1-2, 2004. p. 71-72.

<sup>78</sup> Some of the questions raised are among others the nature of the selection criteria and process, the type of the documenting material accompanying the proposals, the existent difficulties in documenting and archiving ICH. See the experts’ debate on some interesting topics in: UNESCO, Expert meeting on documentation and archiving of ICH, *Meeting Report*, Paris, France, 12-13.1.2006

<sup>79</sup> In practical terms, a section titled “geographical location and

range of the element” is enshrined in the nomination forms: ‘Forms to be used for nominations, proposals, assistance requests, accreditation requests and periodic reporting’, *UNESCO-ICH*, <https://ich.unesco.org/en/forms> (last accessed 30.06.2019)

<sup>80</sup> The only way to prove community participation in the international nomination process is through the evidence provided by States for their consent (established as letters of consent until today) accompanying the nomination file, something that could be strongly questionable as a process.

<sup>81</sup> V.T. Hafstein, ‘Intangible heritage as a list: from masterpieces to representation’. SMITH, L.; AKAGAWA, N. (ed.). *Intangible heritage*. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2009. p. 105

<sup>82</sup> BLAKE, J. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 244

<sup>83</sup> E.g. “Albanian folk iso-polyphony” (Inscribed in 2008 (3.COM) on the RL of the ICH of Humanity (originally proclaimed in 2005), “Palestinian Hikaye” (Inscribed in 2008 (3.COM) on the RL of the ICH of Humanity (originally proclaimed in 2005), “Georgian polyphonic singing” (Inscribed in 2008 (3.COM) on the RL of the ICH of Humanity (originally proclaimed in 2001), “Fado, urban popular song of Portugal” (Inscribed in 2011 (6.COM) on the RL of the ICH of Humanity), Armenia’s nomination’s title of “Lavash, the preparation, meaning and appearance of traditional Armenian bread as an expression of culture” was changed as “in Armenia” after reactions by Azerbaijan and Iran and finally inscribed on the RL in 2014, while also as “Flatbread making and sharing culture Lavash, Katyрма, Jupka, Yufka” by Azerbaijan, Iran, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Turkey in 2016.

<sup>84</sup> E.g., Indonesia has inscribed 9 elements (2008-2017) on ICH Lists while stating in its copyright law: *Law of the Republic of Indonesia on Copyright – No. 19/2002*, 29.7.2002, art. 10§2: “The State shall hold the Copyright for folklores and works of popular culture that are commonly owned [...]”.

<sup>85</sup> China has inscribed 40 elements (2008-2018) on ICH Lists while

they use Lists “as a race or contest, seeking to have elements inscribed before other States manage to do so”<sup>86</sup>, in order to somehow “get a patent or copyright” on elements presented as exclusively “national”, present only in a certain State’s territory, unique and having a sole “country of origin”<sup>87</sup>. Within this framework, what is frequently noticed is an attempt to promote a common national identity and integrate minority cultural expressions in the “official culture” of the State<sup>88</sup>, as well as some “conflicting” inscriptions of the same elements by different States<sup>89</sup>. At the same time, States are likely

---

stating in its law on ICH: “*This Law is formulated for the purposes of inheriting and promoting the distinguished traditional culture of the Chinese nation [...]*”. BEN SHE. *Law of the people’s republic of china on intangible cultural heritage*. New York: Law Press, 2011.

<sup>86</sup> UNESCO, 6<sup>th</sup> Session of the IGC, *Item 8 of the Provisional Agenda: Evaluation of nominations for inscription in 2011 on the List of ICH in Need of Urgent Safeguarding*, Bali, Indonesia, 22-29.11.2011, para. 26

<sup>87</sup> E.g., see such an analysis on the basis of the inscription of “Karagöz” by Turkey on the RL in 2009 and its “conflict” with Greece for the shadow theatre of “Karagiozis” in: AYKAN, B. Patenting Karagöz: UNESCO, nationalism and multinational intangible heritage. *International Journal of Heritage Studies*, v. 21, n. 10, 2015. p. 949; Turkey has also inscribed the “Turkish coffee culture and tradition” on the RL in 2013, while the same element is widely called “the Greek coffee” in Greece and could possibly lead to a similar “conflict”. In fact, the Committee in 2013 recognized the existence of the same tradition outside the country though still characterizing it “Turkish”: UNESCO, 9<sup>th</sup> Session of the IGC, *Item 4 of the Provisional Agenda: Adoption of the summary records of the eighth session of the Committee*, 24-28.11.2014, para. 725: “*Turkish coffee culture and tradition was a very strong element of ICH in Turkey, but also in a broader geographic region that included the Balkans, the Caucasus, the Mediterranean and the Middle East.*”

<sup>88</sup> E.g., according to criticism expressed by scholars, this was the case with the inscription of the “Tibetan Opera” as a cultural expression of “minority ethnic groups” by China on the RL in 2009; This was also the case with “Nawrouz” celebration regarding Turkey and dealing with Kurdish communities, when Turkey presented it as a “Turkish spring holiday” in order to dissociate it from the Kurdish identity in the context of its multinational inscription on the RL in 2016, along with Afghanistan, Azerbaijan, India, Iran (Islamic Republic of), Iraq, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Pakistan, Tajikistan, Turkmenistan. It is notable that community concern regarding Turkey in the nomination was exclusively provided by Turkish Associations.

<sup>89</sup> E.g., the inscription of the same type of ‘Mongolian traditional art of Khöomei throat singing’ on the RL by China in 2009 and Mongolia in 2010, of the same traditional horse-riding game as “Chovqan a traditional Karabakh horse-riding game in the Republic of Azerbaijan” by Azerbaijan in 2013 on the List of ICH in Need of Urgent Safeguarding and as “Chogān a horse-riding game accompanied by music and storytelling” by Iran in 2017 on the RL, as well as of the same festival as “Gangneung Danoje festival” by the Republic of Korea in 2008 (originally proclaimed in 2005) and as “Dragon Boat festival” by China in 2009 on the RL. This issue is already recognized as of great importance by the Consultative Body and the IGC as manifested in the case of the decision of the first not to present for evaluation two nominations to the IGC on

to “reconstruct” and adjust ICH manifestations in order to fit them better in the listing patterns which might even change the relationship of social actors to their culture or try to “hide” some of the element’s real characteristics<sup>90</sup>.

Finally, it is apparent from the above that this mechanism does not protect ICH “from being harmed by the action or in-action of the State in which it originates”<sup>91</sup>, thus no claim against the State itself could be ever founded with the existent tools. Besides, this was an existent concern in the drafting period and it seems that the respect for sovereignty was once again put in the forefront<sup>92</sup>. Furthermore, the aforementioned mechanism may also lead to the exclusion in essence of communities, groups and individuals concerned from the international dimension of its application, in the absence of sufficient legal guarantees for that. In parallel, it automatically creates a grey zone with regard to all those transboundary ICH elements that cannot “fit in” the territorial condition. As a result, the discussion leads us to the controversial issue of how the existent system deals or should deal with “shared” ICH.

---

the grounds that “*they were identical to one another*” during the 2011 round, while noting that “*the communities concerned were overlapping*” in: UNESCO, 6<sup>th</sup> Session of the IGC, *Item 7 of the Provisional Agenda: Report of the Consultative Body on its work in 2011*, Bali, Indonesia, 22-29.11.2011, para. 16

<sup>90</sup> See, e.g., a critical analysis of the proclamation of the “Carnival of Binche” (celebrated in a French-speaking part of Belgium near France) as masterpiece of the Oral and Intangible Heritage of Humanity by Belgium in 2003 and its inscription on the RL in 2008, which led to a distortion of the description of its characteristics regarding women participation in it, in: M. Tauschek, ‘Imaginations, Constructions and Constraints: Some Concluding Remarks on Heritage, Community and Participation’ in ADELL, N.; BENDIX, R. F. *et al.* (eds). *Between Imagined Communities and Communities of Practice. Göttingen Studies in Cultural Property*, v. 8, 2015. p. 298-301

<sup>91</sup> LIXINSKI, L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 52

<sup>92</sup> See, e.g., Switzerland’s position: “*The protection of ICH can only really be effective if it is the result of close international cooperation. It therefore regrets that on the basis of the principle of respect for national sovereignty, all attempts to codify [the right of] intervention on cultural grounds seem to have been abandoned. In the view of Switzerland, this measure renders meaningless the principle of protection of the cultural heritage as part of the heritage of humanity. And yet, several grave violations of this heritage, including the recent deliberate destruction of the Buddhist statues at Bâmiân in Afghanistan, ought to prompt us to consider intervention by the international community in order to ensure the protection of such property.*” In UNESCO, Second session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft Convention for the Safeguarding of the ICH, *Compilation of amendments from Member States concerning the Convention for the Safeguarding of the ICH*, Paris, 24.2-1.3.2003, footnote 793

### 3 “Shared Intangible Cultural Heritage” and possible responses in terms of international law

#### 3.1 Dealing with “shared Intangible Cultural Heritage” within the UNESCO safeguarding mechanism

ICH’s character reveals its capacity to transcend national borders par excellence and in some cases flourish near or on them, which means that ICH cannot reasonably be defined in relation to territories despite any direct or indirect attempt on the basis of the 2003 Convention<sup>93</sup>, as is the case with culture itself<sup>94</sup>. Besides, “political geography” that shapes modern States does not always overlap with “cultural geography” that forms communities of specific heritage elements and one could argue that the concept of territorial sovereignty does not even make sense in the context of cultural heritage preservation<sup>95</sup>. In fact, the main criticism should be founded on the inherent contradiction of the UNESCO mechanism in trying to “compromise” a community-oriented approach with a State-centered one. On the one hand, there are ICH elements which could be described as “being present” in the territories of more than one States<sup>96</sup>. On the other hand, how could we even talk about ICH “present in a territory” when this heritage is normally “present” wherever its people are<sup>97</sup>? This issue has some rather important dimensions in as-

<sup>93</sup> See the criticism for “the mapping of cultures into bounded and distinct places” which was a dominant trend at the time of the adoption of the 2003 Convention when UNESCO was facing post-colonial developments in: Bortolotto, *The Routledge Companion*, p. 48

<sup>94</sup> “The entire concept of culture defies using geopolitical boundaries as demarcations since culture is neither normally nor historically derived from a territory”. VERNON, M. C. Common cultural property: the search for rights of protective intervention. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 26, n. 2, 1994. p. 446.

<sup>95</sup> EAGEN, S. Preserving cultural property: our public duty: a look at how and why we must create international laws that support international action. *Pace International Law Review*, v. 13, n. 2, 2001. p. 443.

<sup>96</sup> C. Amescua, ‘Anthropology of Intangible Cultural Heritage and Migration: An Uncharted Field’ ARIZPE, L.; AMESCUA, C. (ed.). *Anthropological perspectives on intangible cultural heritage*. London: Springer, 2013. p. 103-120.

<sup>97</sup> The characterization of ICH as “living heritage embodied in people” is often used among scholars and in UNESCO wording: LOGAN, W. Cultural diversity, cultural heritage and human rights: towards heritage management as human rights-based cultural practice. *International Journal of Heritage Studies*, v. 18, n. 3, 2012. p. 241.

sociation with refugee crisis and migration<sup>98</sup>, people of diaspora<sup>99</sup>, nomadic communities and minorities present in a territory, as well as cross-border communities with common cultural characteristics<sup>100</sup>. The application of the aforementioned mechanism at their case is particularly problematic, mainly due to some progressively dominant ideas emphasizing sovereignty. Namely, the use of the ICH legal safeguarding system in favor solely of the nation-State, by presenting ICH as “present in a territory” or vested with a certain State coinciding with a culturally homogeneous nation<sup>101</sup>.

As a response to the existent deficiency, UNESCO system has moved on to include a provision for joint submission of “*multi-national nominations*” for inscription of elements “*found on the territory of more than one State Party*” on ICH Lists<sup>102</sup>. In parallel, States Parties “*undertake to cooperate at the bilateral, subregional, regional and international levels*”<sup>103</sup>, while encouraged to develop joint initiatives “*particularly concerning elements of ICH they have in common*”<sup>104</sup>. However, apart from the Convention’s non-normative and always flexible wording and despite having initiated a “mechanism to encourage multinational files” by publicly declaring –on a voluntary basis– the intention for a future nomination<sup>105</sup>, the process

<sup>98</sup> NETTLEFORD, R. Migration, transmission and maintenance of the intangible heritage. *Museum International*, v. 56, n. 1–2, 2004. p. 78-83

<sup>99</sup> BLAKE, J. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 282-283

<sup>100</sup> “*Examples abound everywhere in the world: Mongolians live on both sides of the Mongolian-Chinese border; Turkmen and Uzbeks are also found in Afghanistan; Yoruba are spread over Nigeria, Ghana, Togo and Benin; Maasai live in Kenya and Tanzania; Berbers live in adjacent parts of Morocco and Algeria, and elsewhere in pockets in the North of Africa, where once they occupied a large territory; Guarani live in Paraguay, Brazil and Argentina and Basques and Catalans on both sides of the French-Spanish border*” in: UNESCO, *Intangible Heritage Beyond Borders: Safeguarding Through International Cooperation-Regional Meeting, Background paper*, Bangkok (Thailand), 20-21.7.2010

<sup>101</sup> Besides, “*culture in itself is not extraneous to the formation of the modern nation State*”: FRANCONI, F. Beyond state sovereignty: the protection of cultural heritage as a shared interest of humanity. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004. p. 1210; See the initiation of the interesting notion of “imagined communities” ANDERSON, B. *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*. London, New York: Verso, 2006.

<sup>102</sup> UNESCO, *Operational Directives* 2018, paras. 13, 14; The extension of an existent inscription is also encouraged in paras. 16-19 of the Operational Directives.

<sup>103</sup> UNESCO *Convention* 2003, art. 19

<sup>104</sup> UNESCO, *Operational Directives* 2018, para. 86

<sup>105</sup> ‘Sharing information to encourage multinational files’, UNESCO-ICH, <https://ich.unesco.org/en/mechanism-to-encourage-multinational-files-00560> (last accessed 30.06.2019); It has been es-



discloses its own narrow limits. It is normal that the preparation of a multinational proposal is absolutely dependent on the consent of concerned States on the basis of their sovereign right to decide it<sup>106</sup> and seems a particularly complex process. As a result, nothing could be done if one of them does not want to move on to it, does not have the sufficient resources to do so, has not ratified the Convention or has rival relations with the other one(s).

It is noteworthy, though, that UNESCO explicitly recognizes the problem and moves on to talk about “shared ICH”, declaring that the only appropriate solution to it is State cooperation and submission of multinational files. For what is more, the recognition at least at a declaratory level of the existence of –also trans-boundary- communities sharing a common heritage<sup>107</sup> has not led to any practical proposals for their case so far. Most importantly, an attempt was made to approach the issue during a regional consultation meeting of government representatives and experts under the auspices of UNESCO in 2010, which, although having concluded on some critical statements on “diffuse heritage and diffuse communities”<sup>108</sup>, ends up with attributing the

established as an on-line resource by a decision of the IGC in 2012, stating that ICH “is often shared by communities on the territories of more than one State”: UNESCO, IGC, *Decisions*, 7th session, UNESCO Headquarters, Paris, 3-7.12.2012, DECISION 7.COM 14, p. 68, para. 4; It is noteworthy that this procedure has not proved to be successful, since it has been followed until today only by Iran (twice in 2015) and Saudi Arabia (once in 2018).

<sup>106</sup> This is highlighted in: UNESCO, IGC, *Item 10 of the Provisional Agenda: Report of the Subsidiary Body on its work in 2014 and examination of nominations for inscription on the RL of the ICH of Humanity*, 9<sup>th</sup> session, UNESCO Headquarters, 24-28.11.2014, p. 10, para. 33

<sup>107</sup> “The spirit of the Convention is such that communities should be seen as having an open character, not necessarily linked to specific territories” in: UNESCO Brochure, *Implementing the Convention for the Safeguarding of the ICH*, p. 8; “The communities and groups that are the bearers, practitioners and stewards of ICH often live on both sides of an international border, and their heritage may be expressed in similar or identical ways, despite the fact that they are residents of different countries. [...] Examples of ICH shared across international borders are plentiful. [...] When safeguarding an element is at stake, better results will be achieved with the full participation of the whole community, regardless of its geographic location.” in UNESCO, IGC, *Item 14 of the Provisional Agenda: Mechanism for sharing information to encourage multinational nominations*, 7th session, UNESCO Headquarters, 3-7.12.2012, p. 2, paras. 1-3

<sup>108</sup> “When we are speaking about the location or distribution of ICH elements, we are also speaking about the location and geographical distribution of the people involved in them [...] When their territory is split up by an imposed State border, the community continues to exist, and so does its ICH, becoming heritage shared across national borders [...] A community and its ICH may be found in one contiguous area, which may be located within one State, but which may also be spread over adjacent States” in: UNESCO, *Intangible*

non-correspondence of States Parties towards the international cooperation clause to questions of willingness and politics, again without any proposal.

Nevertheless, the IGC’s concern on managing cases of “ICH shared across borders” is more and more apparent with a strong emphasis on respect for sovereignty, reaching even the point to “remind” States of the “sensitivities” and the “necessity to take care when elaborating” multinational nominations<sup>109</sup>. It has also acknowledged for the first time “the sovereign right of each State Party to nominate elements found on its territory, regardless of the fact that they may also exist elsewhere”<sup>110</sup> and not just “to decide” whether to submit a nomination. At the same time, States Parties’ and the IGC’s dominant conception of the relation between respect for sovereignty and the safeguarding of shared manifestations of ICH in the context of the conventional mechanism is still very narrow and could be briefly described in the following statements. On the one hand,

“Although nominations are to be elaborated with the widest possible participation of the community [...] concerned, each State’s respect for the sovereignty of its neighbours constrains it from involving community members living outside of its own territory”<sup>111</sup>.

On the other,

Nominations to the RL should concentrate on the situation of the element within the territory(ies) of the submitting State(s), while acknowledging the existence of same or similar elements outside its(their) territory(ies), and submitting States should not refer to the viability of such ICH outside of their territories or characterize the safeguarding efforts of other States<sup>112</sup>.

Heritage Beyond Borders: Safeguarding Through International Cooperation-Regional Meeting, *Background paper*, Bangkok (Thailand), 20-21.7.2010

<sup>109</sup> UNESCO ICH Section, *Aide-mémoire for completing a nomination to the RL of the ICH of Humanity for 2016 and later nominations*, p. 20, para. 45, available at: <https://ich.unesco.org/en/forms> (last accessed 30.06.2019); It is notable that these statements are made under the title “Shared Heritage: Sovereignty of each State” of the Aide-mémoire.

<sup>110</sup> UNESCO ICH Section, *Aide-mémoire for completing a nomination to the RL of the ICH of Humanity for 2016 and later nominations*, p. 20, para. 45, available at: <https://ich.unesco.org/en/forms> (last accessed 30.06.2019)

<sup>111</sup> UNESCO, IGC, *Item 14 of the Provisional Agenda: Mechanism for sharing information to encourage multinational nominations*, 7th session, UNESCO Headquarters, Paris, 3-7.12.2012, p. 2, para. 2

<sup>112</sup> UNESCO, IGC, *Decisions*, 6th session, Bali, Indonesia, 22-29.11.2011, DECISION 6.COM 13, para. 11; See also an interesting analysis questioning the lawfulness of the IGC’s decisions on this territorial condition, which however concludes in favor of it,



Furthermore, a remarkably new prerequisite –in relation to the conventional text- has been established as “a technical requirement” for the proposals towards the Representative Lists, namely the previous inscription of the element in nominating State’s national inventory<sup>113</sup>, which by definition contains ICH elements “*present in its territory*”<sup>114</sup>. However, the Committee surprisingly recognizes that States’ legal obligation to safeguard ICH present in their territory should not be interpreted as intentionally disregarding its existence beyond their borders<sup>115</sup>. Finally, what is notable is that these positions –at least at the level of the IGC’s decisions- and the aforementioned “technical requirement” are linked to the proposals towards the List of ICH in Need of Urgent Safeguarding or the Representative List of the ICH of Humanity. As a result, another grey zone is created regarding the respective issue in case of a nomination for the Register of Good Safeguarding Practices<sup>116</sup>, which requires a more profound analysis.

### 3.2 Possible responses for a more effective safeguarding of “shared ICH”

In light of the above, the question remains: how should international law deal with ICH beyond borders? On the one hand, by arguing solely in favor of international cooperation –which usually happens to serve as panacea- as an answer to the system’s defi-

ciencies, seems insufficient and hasn’t led to effective protection at least until today, but it is always a safe response intending not to query sovereignty in any case. On the other hand, what other possible solutions could properly respond to the aforementioned in terms of international law and beyond the UNESCO mechanism for ICH? The following analysis will necessarily touch upon two of them, which seem to satisfy –even at a theoretical yet level- in a more complete way the gaps already addressed.

One opinion suggests the perception of ICH as “common heritage of mankind”<sup>117</sup>, highlighting its transnational character and trying to cope with the current tendency to restrictively define it in terms of contemporary national borders. This presupposes the examination of the diachronically opposite schools of thought of “cultural nationalism” and “cultural internationalism”<sup>118</sup>. According to them, the first accords a special interest to the State for the protection of its heritage to which it implies the attribution of national character, independently of its location or ownership, while the second thinks about heritage expressions as components of a common human culture, whatever their origin or present location, independent of property rights or national jurisdiction<sup>119</sup>. Despite the fact that these theories have been mostly examined with reference to cultural objects and the –always topical- issue of their return to their country of origin or in relation to world natural and cultural heritage sites, such a conversation is not deprived of interest when transferred in the field of ICH protection.

Hence, if one could adopt the opinion that the 1972 World Heritage Convention reflects the ethos of cultural internationalism<sup>120</sup>, can we also reasonably argue

in: B. Ubertazzi, ‘The Territorial Condition for the Inscription of Elements on the UNESCO Lists of Intangible Cultural Heritage’ in ADELL, N.; BENDIX, R. F. *et al.* (eds). *Between Imagined Communities and Communities of Practice. Göttingen Studies in Cultural Property*, v. 8, 2015. p. 111-119.

<sup>113</sup> UNESCO, IGC, *Decisions*, 7th session, Paris, 3-7.12.2012, DECISION 7.COM 11, para. 18

<sup>114</sup> UNESCO *Convention* 2003, art. 11

<sup>115</sup> “States Parties are encouraged to demonstrate their concern for and responsibility towards ICH and its safeguarding that goes beyond national borders.” in: UNESCO, IGC, *Item 10 of the Provisional Agenda: Report of the Subsidiary Body on its work in 2014 and examination of nominations for inscription on the RL of the ICH of Humanity*, 9<sup>th</sup> session, UNESCO Headquarters, 24-28.11.2014, p. 10, para. 33

<sup>116</sup> The Operational Directives “*encourage the submission of subregional or regional programmes, projects and activities as well as those undertaken jointly by States Parties in geographically discontinuous areas*”: UNESCO *Operational Directives* 2018, para. 14; However, no answer is given for the case of a programme, project, activity carried out for the safeguarding of a shared heritage manifestation and in the context of a cross-border community but not by actors that could cooperate with both States concerned; Furthermore, it is characteristic that only one multinational nomination has ever been inscribed on the relevant Register in 2009: ‘Safeguarding ICH of Aymara communities in Bolivia, Chile and Peru’ by those three States.

<sup>117</sup> See the principal characteristics of the notion in: JOYNER, C. Legal implications of the concept of the common heritage of mankind. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 35, 1986. p. 192

<sup>118</sup> For a more thorough analysis see indicatively: MACMILLAN, F. The protection of cultural heritage: common heritage of humankind, national cultural patrimony or private property. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 3, 2013. p. 351-364; WATKINS, J. Cultural nationalists, internationalists, and “intra-nationalists”: who’s right and whose right? *International Journal of Cultural Property*, v. 12, n. 1, 2005. p. 78-94

<sup>119</sup> MERRYMAN, J. H. Two ways of thinking about cultural property. *The American Journal of International Law*, v. 80, n. 4, 1986. p. 831-832.

<sup>120</sup> ANGLIN, R. The world heritage list: bridging the cultural property nationalism-internationalism divide. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 20, 2008. p. 250.

that the 2003 ICH Convention leans towards cultural nationalist ideas? The analysis above under the prism of the existent sovereignty “guarantees” in its safeguarding mechanism would probably lead to a positive answer<sup>121</sup>. Besides, in spite of the theoretical importance of this discussion, the 2003 Convention adopts a clear position on the matter by rejecting any reference to the regulatory object as “common heritage”<sup>122</sup> contrary to previous heritage-related instruments<sup>123</sup>. Contrariwise, States recognize that ICH safeguarding “*is of general interest to humanity*”<sup>124</sup>, while declaring “*aware of the universal will and the common concern to safeguard*” it<sup>125</sup>, something consistent with the characterization of cultural diversity as “*common heritage of humanity*” by the subsequent 2005 UNESCO Convention<sup>126</sup>.

Another opinion suggests the connection of ICH to human rights protection, thus trying to move beyond the restrictive view of it as linked merely to State territories and emphasizing its strong links to its people, as well as the progressive transition from the notion of “cultural heritage of humanity” towards “cultural heritage of communities, groups and individuals”<sup>127</sup>. Despite the fact that the relation between the two fields is conceptually apparent given the character of ICH, it is

by no means an easy work to overcome a series of theoretical and practical obstacles. While a human rights approach in ICH safeguarding is accepted as necessary<sup>128</sup>, the reverse direction in order to use human rights international protection mechanism for an ultimate ICH protection is still a controversial issue<sup>129</sup>. The question is, then, posed in this way: could a right to ICH per se be founded and how could this affect State sovereignty or the present UNESCO mechanism? A detailed examination of the whole human rights system (international and regional) in order to detect the favorable legal bases for establishing such a right and a profound analysis of their content would go beyond the scope of the present paper. Therefore, some only preliminary observations will be made as follows.

Firstly, one could seek an indirect protection in using established human rights beyond those numbered among cultural rights<sup>130</sup>, since the ultimate aim is to protect ICH bearers, let alone human dignity and identity<sup>131</sup>. Besides, respecting human rights seems a sine qua non condition for effectively safeguarding this aspect of heritage which is indissolubly connected to its people and presupposes also the protection of the circumstances, structures and processes permitting its creation, maintenance and transmission<sup>132</sup>, even if that means

<sup>121</sup> See the opinion regarding the 2003 Convention’s “excessive focus on sovereignty”. LIXINSKI, L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 52

<sup>122</sup> See also the relevant debate prior to the adoption of the Convention when it was thought “*universality should not be applied to the IH itself but to the justification for its safeguarding*” in: UNESCO, Select Drafting Group on the first draft of an international convention for intangible cultural heritage, *Final Report*, Paris, 20-22.3.2002, Discussion Unit 9, Art. 5, para. 1

<sup>123</sup> “*Being convinced that damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind*”; UNESCO *World Heritage Convention* 1972, preamble: “*Considering that parts of the cultural or natural heritage are of outstanding interest and therefore need to be preserved as part of the world heritage of mankind as a whole*”; UNESCO *Recommendation* 1989, preamble: “*Considering that folklore forms part of the universal heritage of humanity*”. UNITED NATIONS. *Convention for the protection of cultural property in the event of armed conflict*. 1954. Available at: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/1954-hague-convention/> Accessed on: 20 Aug. 2020.

<sup>124</sup> UNESCO *Convention* 2003, art. 19§2

<sup>125</sup> UNESCO *Convention* 2003, preamble, para. 6

<sup>126</sup> UNESCO *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 20.10.2005 (Paris), preamble: “*Conscious that cultural diversity forms a common heritage of humanity and should be cherished and preserved for the benefit of all*”; Furthermore, 2003 Convention faces ICH “*as a mainspring of cultural diversity*”: UNESCO *Convention* 2003, preamble, para. 3

<sup>127</sup> BLAKE, J. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 272

<sup>128</sup> A reference to the existing international human rights instruments exists in the preamble of the 2003 Convention (para. 2); One aspect of this approach is also the following provision: UNESCO *Convention* 2003, art. 2§1: “*For the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such ICH as is compatible with existing international human rights instruments*”.

<sup>129</sup> Besides, the relevance between the two fields is not always taken for granted at an international level: BENNOUNE, K. *Special rapporteur in the field of cultural rights*. 2017. Available at: <https://www.ohchr.org/en/issues/culturalrights/pages/srculturalrightsindex.aspx> Accessed on: 20 Aug. 2020. p. 6.

<sup>130</sup> It has been supported that such rights could be inter alia: the right to freedom of expression, thought, conscience and religion, property ownership, protection of private and family life, information and education. Most importantly: the right of members of minorities in community with the other members of their group to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language, as well as the right of indigenous peoples to self-determination and to maintain, control, protect and develop their cultural heritage.

<sup>131</sup> K. S. Ziegler, ‘Cultural Heritage and Human Rights’ in *ALBERICO Gentili: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 2008.

<sup>132</sup> According to one opinion, protecting the ‘practitioners’ themselves is more important than generally safeguarding ICH: BAKAR, A. A. *et al.* Analysis on Community Involvement Level in Intangible Cultural Heritage: Malacca cultural community. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, v. 153, 2014. p. 287.

protecting their ways of life and their cultural identity<sup>133</sup>. However, using cultural rights as a basis might prove more effective, especially taking into consideration the latest developments towards their expansive and progressive interpretation so as to include also the dimension of cultural heritage protection. Thus, an expanded interpretation of the right to participate in cultural life<sup>134</sup> containing in its scope the right of access to and enjoyment of cultural heritage is already made at the level of UN Human Rights Council (hereafter HRC)<sup>135</sup>. The latter has appointed an independent expert in the field of cultural rights, who interestingly concludes in her thematic report adopted by it, that safeguarding cultural heritage is a human rights issue and that the right to (access and enjoyment of) it finds its legal basis in the right to take part in cultural life<sup>136</sup>, something later also stated by the HRC “calling upon all States to respect, promote and protect” this right<sup>137</sup>. Furthermore, the interpretation of the same right by the Committee on Economic Social and Cultural Rights in its General Comment No. 21<sup>138</sup> so as to incorporate the cultural heritage dimension –referring to ICH as well- is consistent with the system’s reasoning.

Secondly, even if we can arguably use the aforementioned or other human rights as legal basis, there are still some objections that cannot be easily rebutted. On

the one hand, seeking protection through a mechanism founded on the individual for a -par excellence- collectively defined heritage seems paradoxical. However, the following parameters should be taken into consideration. First, ICH notion contains a human dimension<sup>139</sup>, even an individualized one, insofar as every single community member is hypothetically a “bearer” of ICH manifestations. Second, some of the proposed rights are characterized by a collective dimension, even if they are typically individual, as is mainly the case of cultural rights, since culture and cultural life –alike heritage- entail a direct reference to a form of collectivity<sup>140</sup>. Third, an explicit tendency towards the recognition of collective rights is noticed in human rights field<sup>141</sup>, principally in relation to minorities and indigenous peoples but beyond this context as well<sup>142</sup>. In particular, it is noteworthy that especially regarding indigenous peoples –even yet in soft law instruments- a reference is made to their collective right to ICH<sup>143</sup> as well as to some aspects of the protection of cross-border indigenous communities<sup>144</sup>.

On the other hand, even if we could compromise with the individual or collective nature of the rights, a range of other legal questions immediately arise. Who could be specified as the subject of protection<sup>145</sup>? If we accept that ICH bearers<sup>146</sup> as those creating, maintaining and trans-

<sup>133</sup> LIXINSKI, L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 145

<sup>134</sup> UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Available at: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> Accessed on: 20 Aug. 2020. ‘Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community [...]’; UNITED NATIONS. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. 1966. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> Accessed on: 20 Aug. 2020. ‘[...] the right of everyone: (a) To take part in cultural life [...]’

<sup>135</sup> See an analysis of how HRC deals with cultural rights RICHARDSON, L. Economic, social and cultural rights (and beyond) in the UN human rights council. *Human Rights Law Review*, v. 15, p. 409–440, 2015.

<sup>136</sup> HRC, *Agenda item 3-Report of the independent expert in the field of cultural rights*. SHAHEED, Farida. *Report of the independent expert in the field of cultural rights*. New York: UN Human Rights Council, 2011.

<sup>137</sup> HRC, *Resolution 33/20: Agenda item 3-Cultural rights and the protection of cultural heritage*, 33<sup>rd</sup> Session, 27.9.2016, preamble: paras. 4-5 and para. 1

<sup>138</sup> UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General comment No. 21: Right of everyone to take part in cultural life* (art. 15, para. 1 (a), of the ICESCR), 43<sup>rd</sup> Session. 2009. Available at: <https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html> Accessed on: 20 Aug. 2020; Nonetheless, the Committee has never proceeded with adopting views in a case examining art. 15 para. 1a and as a result no practical example of the application of this interpretation exists so far.

<sup>139</sup> FRANCONI, F. The human dimension of international cultural heritage law: an introduction. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 1, 2011. p. 9-16.

<sup>140</sup> CHOW, P. Y. S. Culture as collective memories: an emerging concept in international law and discourse on cultural rights. *Human Rights Law Review*, v. 14, 2014. p. 611–646.

<sup>141</sup> See more on this topic in: MORANTZ, T. Individual rights versus collective rights: the debate on the aboriginal peoples of Canada. *Sociological Bulletin, Indian Sociological Society*, v. 46, n. 2, 1997

<sup>142</sup> JOVANOVIĆ, M. A. Recognizing minority identities through collective rights. *Human Rights Quarterly*, v. 27, n. 2, 2005. p. 625-651; The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights features a very interesting approach to the recognition of collective rights and forms of collective reparation.

<sup>143</sup> ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 2016. Available at: <https://www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/20160as-declaration-indigenous-people.pdf> Accessed on: 20 Aug. 2020.

<sup>144</sup> *United Nations Declaration 2007*, art. 36

<sup>145</sup> See an analysis on those who are typically recognized as beneficiaries of collective human rights in the international system, namely peoples, minorities and indigenous peoples, in: JOVANOVIĆ, M. A. Are there universal collective rights? *Human Rights Review*, v. 11, 2008. p. 17

<sup>146</sup> Interesting definitions on communities, groups and individuals are found in: UNESCO, Expert meeting on Community Involvement in Safeguarding ICH, *Final Report*, Tokyo, Japan, 13-15.3.2006, p. 12-13



mitting it should in principal be the beneficiaries, could we respectively talk about an “ICH community”<sup>147</sup> and how could it be defined<sup>148</sup>? How could the whole conversation regarding ICH safeguarding and territories be “transferred” in the international human rights system in order to keep up with its own requirements? Most importantly, what are the implications of associating the territorial condition for ICH safeguarding and the obligation of the State under human rights law to respect and ensure the rights of individuals subject to its jurisdiction<sup>149</sup>?

Finally, a -more moderate but maybe more effective- response to all the aforementioned deficiencies could have as a point of departure the exactly reversed question, namely: how could the debate on human rights protection as a means for ultimately safeguarding ICH, protecting its bearers and their relationship with it, through the establishment of a right to ICH, be “transplanted” into the UNESCO mechanism and with what cost? Interestingly, the IGC adopted in 2015 twelve Ethical Principles for ICH Safeguarding, following an expert meeting report, among which Principle 2 declares: ‘the right of communities, groups and individuals to continue the practices, representations, expressions, knowledge and skills necessary to ensure the viability of the ICH’<sup>150</sup>. Although those Principles -contained in a soft-law, thus non-binding, instrument- function merely as a code of conduct, their adoption shows the position of -at least some of- the States Parties and reveals the existence of a dynamic tension of contemporary inter-State discussion towards the recognition of a right to ICH<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> UNESCO Convention 2003 does not contain a definition of “community”. We find the definition of “heritage community” for the first time in: COUNCIL OF EUROPE. *Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*. 2005. Available at: <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/faro-convention> Accessed on: 20 Aug. 2020.

<sup>148</sup> See a comparative analysis on the “heritage community” of the Faro Convention and the “communities, groups and individuals” of the ICH Convention in: L. Zagato, ‘The Notion of “Heritage Community” in the Council of Europe’s Faro Convention. Its Impact on the European Legal Framework’ in ADELL, N.; BENDIX, R. F. et al. (eds). *Between Imagined Communities and Communities of Practice. Göttingen Studies in Cultural Property*, v. 8, 2015. p. 153-160.

<sup>149</sup> See an analysis on the notion of jurisdiction, its use in international human rights instruments and its relation to territory. SICILIANOS, L. A. (ed.). *European convention on human rights: interpretation by article*. Athens: Nomiki Bibliothiki, 2013. Another under-explored dimension of this issue is the extra-territorial application of human rights.

<sup>150</sup> UNESCO, *Ethical Principles for Safeguarding ICH* 2015, Principle 2; UNESCO, IGC, *Decisions*, 10th session, Windhoek, Namibia 30.11-4.12.2015, DECISION 10.COM 15.a, Annex

<sup>151</sup> This recognition seems to go beyond the conventional one on

Therefore, under the prism of this evolutionary human rights approach and the first ever recognition within UNESCO of an -individual and collective- right to ICH, even of an aspirational rather than prescriptive nature<sup>152</sup>, the demand for a more active participation of communities, groups and individuals in the implementation of the safeguarding mechanism comes up once again<sup>153</sup>. In this framework, the establishment of a right to ICH does not seem unrealistic, though yet premature. Possible measures, however, towards the effective expansion of community participation, and on the basis of their right under-recognition, would presuppose the initiation of new protection tools in their hands? On the one hand, a provision for the possibility of communities to submit their own nominations for elements inscriptions on national inventories and UNESCO Lists, on the basis of the proved special links to them and independent of the State to the jurisdiction of which they are subject or the prerequisite of ICH presence in a territory, would probably give a solution to the effective safeguarding of shared ICH. On the other hand, the recognition of the IGC’s capacity to receive individual or collective complaints on the basis of the recognition of a right to ICH and claims of its violation by a State Party, borrowing the tools from human rights international protection model, would probably translate into a true implementation of that right. At the end of the day, the IGC would still reserve the power of the final decisions.

## 4 Conclusion. Transcending borders through Intangible Cultural Heritage?

The present analysis examined the existent safeguarding mechanism for ICH as established by the 2003 UNESCO Convention through the lens of its

the measures that should be adopted by States in order to ensure access to ICH: *UNESCO Convention* 2003, art. 13(d-ii); Besides, the latter is reflected in Ethical Principle 5.

<sup>152</sup> UNESCO, Expert meeting on a model code of ethics for ICH, *Towards codes of ethics for ICH?*, Valencia, Spain, 30.3-1.4.2015, para. 23, 30

<sup>153</sup> According to one opinion, the Operational Directives have begun to move in the direction of a more effective community involvement by concretizing some particular aspects of it: BLAKE, J. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 186; But at the same time no relevant guarantees exist especially at the international level where the State-centric approach clearly prevails: LIXINSKI, L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 55



underlying “guarantees” for respecting sovereignty. The system’s particular concern to deal with heritage manifestations that “may easily escape the territorial jurisdiction of the State”<sup>154</sup>, let alone “shared” heritage, traverses the whole ICH safeguarding regime. In terms of international law whose principal subject is the State and especially in the politically sensitive field of cultural heritage, a State-oriented approach might seem reasonable. However, the parameter of the human dimension of ICH protection shows the direction towards the need for a more community-oriented approach instead.

ICH intrinsically raises the question of limits<sup>155</sup>, either if that means the limits between different areas of law and the figurative frontiers raised between all actors involved in its safeguarding or the real inter-State borders. Safeguarding ICH seems challenging, insofar as the demand for a more active role of its communities in the system, as well as the recognition of its transboundary character, enter into the dialogue. ICH finds itself in a constant movement in a contemporary world where any approach to deal with its transboundary manifestations would necessarily go beyond their static version and proceed with highlighting ICH’s constant “flows” even in their “cross-border” dimension. Ever-growing migration and refugee flows should add a new parameter to the whole conversation. International law cannot remain indifferent to the dynamics of ICH within the State and beyond contemporary States.

The institutionalization of this well-criticized term and the mechanism founded on it may have led to build “intangible borders” in areas where they were never supposed to exist. Thus, could international law tools contribute to bridge those artificially established boundaries, as a result of the application of the “territorial presence” condition in the case of ICH, or on the contrary will they serve in perpetuating them? In this context, recognizing humanity’s common concern to safeguard ICH is of great importance, while as a step further, favorable conditions for the establishment of an –individual or even collective- right to ICH are being shaped.

The field of ICH international protection is par excellence a dynamic one and thus open to creativity

and new contributions within a process of evolution and transformation. But, how could it adapt to those challenges? Paraphrasing the famous doctrine, are States “unable” to move beyond the existent narrow legal framework or “unwilling” to let this form of cultural heritage shake the foundations of their sovereignty construction? The writer would suggest that the current phase of evolution of the international law for the safeguarding of ICH, following a consistent –more than decennial- application of the 2003 UNESCO Convention after its entry into force in 2006, maybe needs more a re-orientation and re-position of the main crucial questions at stake, rather than absolute answers to the already apparent deficiencies. So, let’s go back to the beginning and pose a fundamental question: should we deal with ICH as peoples’ heritage or States’ heritage?

## References

- ADELL, N.; BENDIX, R. F. *et al.* (eds). Between Imagined Communities and Communities of Practice. *Göttingen Studies in Cultural Property*, v. 8, 2015.
- ALBERICO *Gentili*: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale. Milano: Giuffrè, 2008.
- ANDERSON, B. *Imagined communities*: reflections on the origin and spread of nationalism. London, New York: Verso, 2006.
- ANGLIN, R. The world heritage list: bridging the cultural property nationalism-internationalism divide. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 20, 2008.
- ARIZPE, L.; AMESCUA, C. (ed.). *Anthropological perspectives on intangible cultural heritage*. London: Springer, 2013.
- AYKAN, B. Patenting Karagöz: UNESCO, nationalism and multinational intangible heritage. *International Journal of Heritage Studies*, v. 21, n. 10, 2015.
- BAKAR, A. A. *et al.* Analysis on Community Involvement Level in Intangible Cultural Heritage: Malacca cultural community. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, v. 153, 2014.
- BEN SHE. *Law of the people’s republic of china on intangible cultural heritage*. New York: Law Press, 2011.
- BENNOUNE, K. *Special rapporteur in the field of cultural rights*. 2017. Available at: <https://www.ohchr.org/en/issues/culturalrights/pages/srculturalrightsindex.aspx>

<sup>154</sup> LIXINSKI, L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 22.

<sup>155</sup> DUBE, P. The Beauty of the Living. *Museum International*, V. 56, n. 1-2, 2004. p. 123

Accessed on: 20 Aug. 2020.

BLAKE, J. *Commentary on the 2003 UNESCO Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. New York: Institute of Art and Law, 2006.

BLAKE, J. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BLAKE, J. *Introduction to the draft preliminary study into the advisability of developing a new standard-setting instrument for the safeguarding of intangible cultural heritage*. 2001. Available at: <https://ich.unesco.org/doc/src/05358-EN.pdf> Accessed on: 20 Aug. 2020.

CHOW, P. Y. S. Culture as collective memories: an emerging concept in international law and discourse on cultural rights. *Human Rights Law Review*, v. 14, 2014.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*. 2005. Available at: <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/faro-convention> Accessed on: 20 Aug. 2020.

DUBE, P. The Beauty of the Living. *Museum International*, V. 56, n. 1-2, 2004.

EAGEN, S. Preserving cultural property: our public duty: a look at how and why we must create international laws that support international action. *Pace International Law Review*, v. 13, n. 2, 2001.

FORREST, C. *International Law and the Protection of Cultural Heritage*. United Kingdom: Routledge, 2010.

FRANCIONI, F. Beyond state sovereignty: the protection of cultural heritage as a shared interest of humanity. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, 2004.

FRANCIONI, F. The human dimension of international cultural heritage law: an introduction. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 1, 2011.

FRANCIONI, F.; GORDLEY, J. (eds.). *Enforcing international cultural heritage law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FRASER, J. Cultural heritage in transit: intangible rights as human rights ed. By Deborah Kapcha (review). *Human Rights Quarterly*, v. 37, n. 2, 2015.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 September 2016*. Available at: <https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-res-33-20/> Accessed on: 20 Aug. 2020.

JOVANOVIĆ, M. A. Are there universal collective

rights? *Human Rights Review*, v. 11, 2008.

JOVANOVIĆ, M. A. Recognizing minority identities through collective rights. *Human Rights Quarterly*, v. 27, n. 2, 2005.

JOYNER, C. Legal implications of the concept of the common heritage of mankind. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 35, 1986.

KURIN, R. Safeguarding intangible cultural heritage in the 2003 UNESCO Convention: a critical appraisal. *Museum International*, v. 56, n. 1-2, 2004.

KURIN, R. Safeguarding intangible cultural heritage: key factors in implementing the 2003 convention. *International Journal of Intangible Heritage*, v. 2, p. 9-20, 2007.

KURUK, P. Cultural heritage, traditional knowledge and indigenous rights: an analysis of the convention for the safeguarding of intangible cultural heritage. *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, v. 1, 2004.

LANKARANI, L. L'avant-projet de convention de l'Unesco pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel: évolution et interrogations. *Annuaire français de droit international*, v. 48, 2002.

LAW of the republic of indonesia: number 19 year 2002. Available at: <http://cipatent.com/pdf/copy-rights-law.pdf> Accessed on: 20 Aug. 2020.

LENZERINI, F. Intangible cultural heritage: the living culture of peoples. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 1, 2011.

LIXINSKI, L. Between orthodoxy and heterodoxy: the troubled relationships between heritage studies and heritage law. *International Journal of Heritage Studies*, v. 21, n. 3, 2015.

LIXINSKI, L. *et al.* Identity beyond borders: international cultural heritage law and the temple of preah vihear dispute. *ILSA Quarterly*, v. 20, n. 1, 2011.

LIXINSKI, L. Selecting heritage: the interplay of art, politics and identity. *European Journal of International Law*, v. 22, 2011.

LIXINSKI, L., *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LOGAN, W. Cultural diversity, cultural heritage and human rights: towards heritage management as human rights-based cultural practice. *International Journal of He-*

*ritage Studies*, v. 18, n. 3, 2012.

MACMILLAN, F. The protection of cultural heritage: common heritage of humankind, national cultural patrimony or private property. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 64, n. 3, 2013.

MERRYMAN, J. H. Two ways of thinking about cultural property. *The American Journal of International Law*, v. 80, n. 4, 1986.

MORANTZ, T. Individual rights versus collective rights: the debate on the aboriginal peoples of Canada. *Sociological Bulletin, Indian Sociological Society*, v. 46, n. 2, 1997.

NETTLEFORD, R. Migration, transmission and maintenance of the intangible heritage. *Museum International*, v. 56, n. 1–2, 2004.

NIEC, H. (ed.). *Cultural Rights and Wrongs*. Paris: UNESCO, 1998.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 2016. Available at: <https://www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/2016oas-declaration-indigenous-people.pdf> Accessed on: 20 Aug. 2020.

POULIOS, I. (ed.). *Cultural management, local society and sustainable development*(in greek). Athens: Hellenic Academic Libraries Link, 2015.

PROTT, L. V.; O'KEEFE, P. J. Cultural heritage or cultural property? *International Journal of Cultural Property*, v. 1, 1992.

RICHARDSON, L. Economic, social and cultural rights (and beyond) in the UN human rights council. *Human Rights Law Review*, v. 15, 2015.

SCHMITT, T. M. The UNESCO concept of safeguarding intangible cultural heritage: its background and marrakchi roots. *International Journal of Heritage Studies*, v. 14, n. 2, 2008.

SCHUSTER, J. M. *Making a list and checking it twice: the list as a tool of historic preservation*. 2002. Available at: <https://ideas.repec.org/p/har/wpaper/0303.html> Accessed on: 20 Aug. 2020.

SHAHEED, Farida. *Report of the independent expert in the field of cultural rights*. New York: UN Human Rights Council, 2011.

SICILIANOS, L. A. (ed.). *European convention on human*

*rights: interpretation by article*. Athens: Nomiki Bibliothiki, 2013.

SMITH, L.; AKAGAWA, N. (ed.). *Intangible heritage*. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2009.

STEFANO, M. L.; DAVIS, P. (ed.). *The Routledge Companion to intangible cultural heritage*. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2017.

UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *General comment No. 21: Right of everyone to take part in cultural life* (art. 15, para. 1 (a), of the ICESCR), 43<sup>rd</sup> Session. 2009. Available at: <https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html> Accessed on: 20 Aug. 2020.

UNESCO ICH Section, *Aide-mémoire for completing a nomination to the RL of the ICH of Humanity for 2016 and later nominations*, 02.2015

*UNESCO Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, 15.11.1989 (Paris)

UNESCO, Expert meeting on a model code of ethics for ICH, *Towards codes of ethics for ICH?*, Valencia, Spain, 30.3-1.4.2015

UNESCO, Expert meeting on Community Involvement in Safeguarding ICH, *Final Report*, Tokyo, Japan, 13-15.3.2006

UNESCO, Expert meeting on documentation and archiving of ICH, *Meeting Report*, Paris, France, 12-13.1.2006

UNESCO, Expert Meeting on the Lists Established in the 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, *Summary report of the meeting*, New Delhi, India, 2-4.4.2007

UNESCO, First meeting of the select drafting group of a preliminary international convention on ICH, *Final Report*, Paris, 20-22.3.2002

UNESCO, IGC, *Decisions*, 6th session, Bali, Indonesia, 22-29.11.2011, DECISION 6.COM 13

UNESCO, IGC, *Decisions*, 7th session, Paris, 3-7.12.2012, DECISION 7.COM 11

UNESCO, IGC, *Decisions*, 7th session, UNESCO Headquarters, Paris, 3-7.12.2012, DECISION 7.COM 14

UNESCO, IGC, *Decisions*, 9th session, Paris, 24-28.11.2014, DECISION 9.COM 11

UNESCO, IGC, *Item 10 of the Provisional Agenda: Report*

- of the Subsidiary Body on its work in 2014 and examination of nominations for inscription on the RL of the ICH of Humanity, 9<sup>th</sup> session, UNESCO Headquarters, 24-28.11.2014
- UNESCO, IGC, *Item 14 of the Provisional Agenda: Mechanism for sharing information to encourage multinational nominations*, 7th session, UNESCO Headquarters, Paris, 3-7.12.2012
- UNESCO, IGC, *Item 4 of the Provisional Agenda: Adoption of the summary records of the eighth session of the Committee*, 9<sup>th</sup> Session, 24-28.11.2014
- UNESCO, IGC, *Item 7 of the Provisional Agenda: Report of the Consultative Body on its work in 2011*, 6<sup>th</sup> Session, Bali, Indonesia, 22-29.11.2011
- UNESCO, IGC, *Item 8 of the Provisional Agenda: Evaluation of nominations for inscription in 2011 on the List of ICH in Need of Urgent Safeguarding*, 6<sup>th</sup> Session, Bali, Indonesia, 22-29.11.2011
- UNESCO, IGC, *Report of the Rapporteur of the subsidiary body on the modalities for the participation of communities or their representatives, practitioners, experts, centres of expertise and research institutes in the implementation of the Convention*, 2<sup>nd</sup> Extraordinary Session, Sofia, Bulgaria, 18-22.2.2008
- UNESCO, Intangible Heritage Beyond Borders: Safeguarding Through International Cooperation-Regional Meeting, *Background paper*, Bangkok (Thailand), 20-21.7.2010
- UNESCO, Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft Convention for the Safeguarding of the ICH, *Compilation of amendments from Member States concerning the Convention for the Safeguarding of the ICH*, 2<sup>nd</sup> Session, Paris, 24.2-1.3.2003
- UNESCO, Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft Convention for the Safeguarding of ICH, *Position des Etats Membres eu egard au principe de liste(s) du patrimoine culturel immaterial-7 Octobre 2002*, 2<sup>nd</sup> Session, Paris, 24.2- 1.3.2003
- UNESCO, Intersessional Working Group of government experts on the Preliminary Draft Convention for the Safeguarding of the ICH, *Report by Pr. C. Economides*, Paris, 22-30.4.2003
- UNESCO, Meeting of the “Restricted Drafting Group”, *Preparation of a preliminary draft International Convention on the ICH*, Paris, 20-22.3.2002
- UNESCO, *Operational Directives for the Implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, 2.GA, Paris, 16-19.6.2008, as amended into their last version (2018)
- UNESCO, Select Drafting Group on the first draft of an international convention for intangible cultural heritage, *Final Report*, Paris, 20-22.3.2002
- UNESCO. *Convention concerning the protection of the world cultural and natural heritage*. Available at: <https://whc.unesco.org/en/conventiontext/> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. *Convention for the safeguarding of the intangible cultural heritage*. Available at: <https://ich.unesco.org/doc/src/15164-EN.pdf> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. *Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions*. Available at: <https://en.unesco.org/creativity/convention> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. *Convention on the protection of the underwater cultural heritage*. Available at: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/2001-convention>. Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. *Declaration concerning the intentional destruction of cultural heritage*. Available at: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=17718&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. *Ethical Principles for Safeguarding Intangible Cultural Heritage*. Available at: <https://ich.unesco.org/en/ethics-and-ich-00866> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. Executive Board, *Report on the preliminary study on the advisability of regulating internationally, through a new standard-setting instrument, the protection of Traditional Culture and Folklore*, 161<sup>st</sup> session, Paris, 28.5- 13.6.2001
- UNESCO. *Implementing the Convention for the Safeguarding of the ICH*. Available at: <https://ich.unesco.org/doc/src/01853-EN.pdf> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. *Masterpieces of the oral and intangible heritage of humanity* Available at: <https://www.britannica.com/topic/Masterpieces-of-Oral-and-Intangible-Heritage-of-Humanity> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. *Questions and answers about intangible cultural heritage*. Available at: <https://docplayer.net/133185893-Questions-answers-intangible-cultural-heritage.html> Accessed on: 20 Aug. 2020.



- UNESCO. *Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1999*. Available at: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=15207&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNESCO. *Universal Declaration on Cultural Diversity*. Available at: <http://orcp.hustoj.com/unesco-universal-declaration-on-cultural-diversity-2001> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNITED NATIONS. *Convention for the protection of cultural property in the event of armed conflict*. 1954. Available at: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/1954-hague-convention/> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNITED NATIONS. *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Available at: <https://www.ohchr.org/en/issues/ipeoples/pages/declaration.aspx> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNITED NATIONS. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. 1966. Available at: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CE-SCR.aspx> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Available at: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> Accessed on: 20 Aug. 2020.
- VAN ZANTEN, W. Constructing new terminology for intangible cultural heritage. *Museum International*, v. 56, n. 1-2, 2004.
- VECCO, M. A definition of cultural heritage: from the tangible to the intangible. *Journal of Cultural Heritage*, v. 11, 2010.
- VERNON, M. C. Common cultural property: the search for rights of protective intervention. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 26, n. 2, 1994.
- WATKINS, J. Cultural nationalists, internationalists, and “intra-nationalists”: who’s right and whose right? *International Journal of Cultural Property*, v. 12, n. 1, 2005.
- WIPO. *The protection of traditional cultural draft articles*. 2018. Available at: [https://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=expressions:409623](https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=expressions:409623) Accessed on: 20 Aug. 2020.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The impact of the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the EU directives on the international art market: an analysis fifty years after the introduction of the obligation to return stolen or illegally exported cultural goods**

**O impacto das Convenções da UNESCO e do UNIDROIT e das diretivas da UE no mercado internacional da arte: uma análise cinquenta anos após a introdução da obrigação de devolver bens culturais roubados ou exportados ilegalmente**

Geo Magri

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# The impact of the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the EU directives on the international art market: an analysis fifty years after the introduction of the obligation to return stolen or illegally exported cultural goods\*

## O impacto das Convenções da UNESCO e do UNIDROIT e das diretivas da UE no mercado internacional da arte: uma análise cinquenta anos após a introdução da obrigação de devolver bens culturais roubados ou exportados ilegalmente

Geo Magri\*\*

### Abstract

The purpose of this study is to analyse the relationship between international conventions and European Union law on the restitution of cultural goods, highlighting how the adoption of rules on this matter has produced a real change of mentality in the international community, which is now much more careful in monitoring the lawful movement of cultural goods. The effects of such a change of mentality are evident: museums today are much more careful in verifying the origin of the objects they buy and are more inclined to return the items that are part of their collections, but that have been illegally exported from their country of origin; moreover, the ICOM has adopted a code of ethics to ensure the transparency of acquisitions. Merchants and collectors have also begun to promote a serious reflection on their role as guarantors in the conservation of cultural heritage.

**Keywords:** Cultural property. Restitution. Return. Good Faith. Due Diligence.

### Resumo

O objetivo deste estudo é analisar a relação entre as convenções internacionais e o direito da União Europeia sobre a restituição de bens culturais, destacando como a adoção de normas nesta matéria produziu uma verdadeira mudança de mentalidade na comunidade internacional, que agora é muito mais cuidadosa em monitorar o movimento legal de bens culturais. Os efeitos dessa mudança de mentalidade são evidentes: os museus hoje são muito mais cuidadosos na verificação da origem dos objetos que compram e estão mais inclinados a devolver os itens que fazem parte de suas coleções, mas que foram exportados ilegalmente de seu país da origem; além dis-

\* Recebido em 29/06/2020  
Aprovado em 28/02/2021

\*\* Former researcher at the European Legal Studies Institute at the University of Osnabrück, has gained solid experience in projects concerning the harmonization of European private law, also providing advice to the European Parliament and the European Commission. His research activity has focused, in particular, on consumer law, property and rights in rem, cultural goods, entertainment law and limitation. Formerly Vice-President of the Internationale Juristenvereinigung, he is a member of several scientific associations, including the Association Henri Capitant and the Deutsch-Italienische Juristenvereinigung. He has lectured in Italy, Germany and Poland and is author of four monographs and more than fifty minor essays published in Italian, English and German. Gastwissenschaftler (Sommersemester 2019) at the European Legal Studies Institute of the University of Osnabrück, he is the Italian referent for the international project Gemeineuropäisches Personenrecht coordinated by Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Christian von Bar and financed by the Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG). Individual partner of the 1995 UNIDROIT Convention Academic Project and arbitrator at the Court of Arbitration for Art (CAFA) in The Hague (The Netherlands). He is currently a Assistant professor of private law at the Law Department of the University of Insubria.  
E-mail: geo.magri@uninsubria.it

so, o ICOM adotou um código de ética para garantir a transparência das aquisições. Comerciantes e colecionadores também começaram a promover uma reflexão séria sobre seu papel como fiadores da conservação do patrimônio cultural.

**Palavras-chave:** patrimônio cultural, propriedade cultural, boa-fé, restituição, retorno, UNESCO, UNIDROIT

## 1 Introduction

In 2020 we celebrate the 50th anniversary of the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property and the 25th anniversary of the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects. The two Conventions have a significant historical importance because they mark the introduction of a previously unknown legal principle: the obligation to return stolen or illegally exported cultural goods to their country of origin.

The need to return cultural or illicitly exported goods initially arose with regard to armed conflicts. Already at the end of the Napoleonic era the restitution of the works of art plundered by the French army was organized and Pope Pius VII charged Antonio Canova to recover the works of art looted in Rome and in the other cultural centres of the Papal State<sup>1</sup>.

Starting from the UNESCO Convention of 1970, however, the obligation to return art works is extended to works illegally transferred by a State, even in the absence of an armed conflict. The Convention introduces a general principle according to which the removal of a cultural property from the individual State must be considered illegal and the international community must take action to encourage the return of cultural heritage to the place where it was created. The principle was also implemented by the UNIDROIT Convention of 1995 and by the European Community, which in 1993, adopted a directive (directive number 93/7, on the return of cultural goods)<sup>2</sup>, which was largely influenced by

the preparatory works of the UNIDROIT Convention and which, in its turn, influenced the final text of the UNIDROIT Convention. The Directive 93/7 was later replaced by the Directive 2014/60<sup>3</sup>, which introduces some substantive changes to the regulatory framework and attempts to correct certain weaknesses found in the application of the 1993 Directive.

The purpose of this study is to analyse the relationship between international conventions and European Union law on the restitution of cultural goods, highlighting how the adoption of rules on this matter has produced a real change of mentality in the international community<sup>4</sup>, which is now much more careful in monitoring the lawful movement of cultural goods. The effects of such a change of mentality are evident: museums today are much more careful in verifying the origin of the objects they buy and are more inclined to return the items that are part of their collections, but that have been illegally exported from their country of origin; moreover, the ICOM has adopted a code of ethics to ensure the transparency of acquisitions<sup>5</sup>. Merchants and collectors have also begun to promote a serious reflection on their role as guarantors in the conservation of cultural heritage, as demonstrated by the *Responsible Art Market Initiative*, created in a traditionally problematic country like Switzerland<sup>6</sup>.

---

the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State, OJ L 74, 27.3.1993, p. 74.

<sup>3</sup> Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No. 1024/2012, OJ L 159, 28.05.2014, p. 1.

<sup>4</sup> See SALIBA, A.; FABRIS, A. L. O retorno de bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 491, 2017.

<sup>5</sup> See Art. 2.3 ICOM Code of ETHICS for Museums (<https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/ICOM-code-En-web.pdf>): «Provenance and Due Diligence Every effort must be made before acquisition to ensure that any object or specimen offered for purchase, gift, loan, bequest, or exchange has not been illegally obtained in, or exported from its country of origin or any intermediate country in which it might have been owned legally (including the museum's own country). Due diligence in this regard should establish the full history of the item since discovery or production».

<sup>6</sup> With reference to the role of ethical codes, see GRAZIADEI, M.; PASA, B. in A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (ed.). *Cultural Heritage in the European Union: A Critical Inquiry into Law and Policy*. Leiden – Boston, 2019. p. 88.

<sup>1</sup> See GABBRIELLI, V. *Patrimoni contesi: gli stati italiani e il recupero delle opere d'arte trafugate in Francia: storia e fonti: 1814-1818*. Firenze, 2009.

<sup>2</sup> Council Directive 93/7/EEC, Directive of 15 March 1993, on



## 2 The introduction of the duty to return cultural goods: the UNESCO Convention of 1970

As we have already pointed out, the general principle that illicitly exported cultural goods must be returned to their country of origin finds its origin in international Conventions<sup>7</sup>. It was in fact set out, for the first time, by the UNESCO Convention of 1970 and subsequently reaffirmed and strengthened by the UNIDROIT Convention of 1995 and by Directive 93/7/EEC (later replaced by Directive 2014/60/EU).

The intent of the international conventions was and is, therefore, merely protectionist in respect to the cultural heritage of each Member State. This point must be duly stressed, as it marks a difference from EC/EU legislation which, on the other hand, has as its main purpose to reconcile the principle of free movement with conservation of the cultural heritage of each Member State.

From the point of view of private law, it should be pointed out that one of the main results of the adoption of these Conventions has been to limit the applicability of the rule *en fait de meubles possession vaut titre* in force in all the main European continental legal systems<sup>8</sup>. This private-law effect arises from Article 7 (b)(ii) of the 1970 UNESCO Convention, that provides that an object of cultural property stolen from a museum or a religious or secular public monument must be returned to the state from which it was removed. The return can only be claimed if the stolen object was listed in the inventory of the institution and if it was imported into the foreign State after the Convention entered into force in both Contracting States. The Convention provides that any “innocent purchaser”, or anyone who can claim a valid title to the stolen cultural property is entitled to receive fair compensation<sup>9</sup>. In this respect, it should be

noted that the report of the Special Committee of Experts, which finalized the text, spoke of compensation to be paid “to a *bona fide* purchaser”, so that it seems that this should be interpreted as an “innocent” purchaser, or even better, a due diligent purchaser<sup>10</sup>. A similar rule has also been included in the UNIDROIT Convention of 1995 and in Directives 93/7 and 2014/60.

As already pointed out, the first Convention aimed at regulating the return of illicitly exported cultural goods was drawn up by UNESCO (Convention on the measures to be taken to prohibit and prevent the illicit import, export and transfer of ownership of cultural goods)<sup>11</sup>. The Convention is based on “three pillars”: the first concerns preventive measures at national level to effectively combat illicit trafficking in cultural goods; the second deals with restitution; and the third concerns cooperation between States<sup>12</sup>.

The UNESCO Convention entered into force on the 24<sup>th</sup> April 1972 and prohibits the transfer of ownership, exporting and importing of goods, listed in Article 1, which have historical, archaeological, literary, artistic and scientific relevance<sup>13</sup>. The prohibition, however, is not absolute: each Contracting State is responsible for determining which transactions relating to property lo-

<sup>10</sup> Originally the text mentioned the Latin expression *bona fide*. However, when Article 7 was reviewed on the US draft proposal, the expression *bona fide* was left out, because it did not seem to be a legal term of Common Law. See O’KEEFE, P. J. *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic*. Leicester 2000. p. 67 and M. SCHNEIDER, M. The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 152, 2/2016.

<sup>11</sup> FRIGO, M. *La circolazione internazionale dei beni culturali, Diritto Internazionale, Diritto Comunitario e Diritto Interno*. II ed. Milan, 2007. p. 8 ff. and J. SPRECHER, J. *Beschränkungen des Handels mit Kulturgut und die Eigentumsgarantie*. De Gruyter, 2004. p. 57.

<sup>12</sup> DELEPIERRE, S.; SCHNEIDER, M. Ratification and Implementation of International Conventions to Fight Illicit Trafficking of Cultural Property. In: DESMARAIS, F. (ed.). *Countering Illicit Traffic in Cultural Goods: The Global Challenge of Protecting the World’s Heritage*, ICOM International Observatory on Illicit Traffic in Cultural Goods. Paris, 2015. p. 130-132.

<sup>13</sup> Article 5(b): «To ensure the protection of their cultural property against illicit import, export and transfer of ownership, the States Parties to this Convention undertake, as appropriate for each country, to set up within their territories one or more national services, where such services do not already exist, for the protection of the cultural heritage, with a qualified staff sufficient in number for the effective carrying out of the following functions: [...] (b) establishing and keeping up to date, on the basis of a national inventory of protected property, a list of important public and private cultural property whose export would constitute an appreciable impoverishment of the national cultural heritage».

<sup>7</sup> See S. TURNER, S. *Das Restitutionsrecht des Staates nach illegaler Ausfuhr von Kulturgütern*. De Gruyter, 2002 and SALIBA, A.; FABRIS, A. L. O retorno de bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 494, 2017.

<sup>8</sup> See MAGRI, G. Acquisto a non domino e beni culturali. *Riv. dir. civ.*, p. 741, 2013; MAGRI, G. Directive 2014/60/EU and Good Faith Acquisition of Cultural Goods. in Italy. In: PINTON, S.; ZAGATO, L. (ed.). *Sapere l’Europa, sapere d’Europa Cultural Heritage. Scenari, 2015-2017*. v. 4. p. 227.

<sup>9</sup> See FRIGO, M. Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges. *Recueil des Cours de l’Académie de la Haye*, v. 375, p. 267, 2014.

cated in its territory and identified by the Convention may be considered lawful and which may not<sup>14</sup>. This shows that the purpose of the Convention is to provide individual Contracting States with an instrument to protect their cultural heritage, rather than to protect a supposed international cultural heritage<sup>15</sup>.

Signing the Convention gives rise to the obligations set out in art. 7. These obligations consist of preventing the acquisition by museums of goods unlawfully exported from another Member State<sup>16</sup>, prohibiting the importation of cultural goods which (after the entry into force of the Convention) have been stolen from a museum or other public, civil or religious institution, and, finally, returning, at the request of the State of origin, any stolen or unlawfully exported cultural goods.

The Convention also provides for the obligation to take all necessary measures to prevent and repress the unlawful movement of cultural goods by facilitating their return to the State of origin.

Article 13 imposes certain obligations aimed at preventing and, if possible, eliminating the effects of the illicit circulation of cultural goods. In particular, States are required to adopt appropriate legislation to prevent the transfer of ownership of cultural goods and their illicit import or export; to facilitate the return of illegally exported goods to those who are entitled to them as soon as possible; to allow an action for claiming ownership of lost or stolen cultural goods by or on behalf of the owner and to recognise the right of each Member State to classify and declare inalienable certain cultural objects which, for that reason, cannot be exported, facilitating their recovery if the export has nevertheless taken place.

The ambitious objectives of the Convention were basically two: firstly, to prevent the illicit movement of cultural goods and, secondly, to impose an obligation on each State to cooperate so that the State of origin

can recover the goods unlawfully exported from its territory<sup>17</sup>.

However, the evidences show that these objectives were not achieved and the Convention did not fulfil the expectations. The reasons for its failure lie mainly in the fact that it does not provide for remedies for the violation of its provisions, revealing itself ineffective because of its generality in formulating principles that are not assisted by appropriate sanctions that make them enforceable<sup>18</sup>. More specifically, the academic literature has identified as the main reason for the failure of the Convention, the inadequate regulation of the return procedure and the difficulty that some States have had in overcoming internal civil law rules such as, for example, the one protecting the purchaser in good faith by virtue of the principle *possession vaut titre*<sup>19</sup>.

The unsuccessful outcome of the Convention did not mean the downfall of its ambitious objectives. At European and international level, efforts have been made to make the obligations contained in the Convention more effective, leading to Directive 93/7 and to the UNIDROIT Convention of 1995.

### 3 The need to make the UNESCO Convention more effective: The UNIDROIT Convention of 1995

The 1995 UNIDROIT Convention was essentially the result of a twofold need. First of all, it was a reflection on the necessity to harmonise the issues of private law covered by the 1970 UNESCO Convention<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> See. FRIGO, M. *La circolazione internazionale dei beni culturali, Diritto Internazionale, Diritto Comunitario e Diritto Interno*. II ed. Milan, 2007. p. 9.

<sup>15</sup> According to the Convention: «Considering that cultural property constitutes one of the basic elements of civilization and national culture, and that its true value can be appreciated only in relation to the fullest possible information regarding its origin, history and traditional setting».

<sup>16</sup> The Convention has been successful and currently includes 142 countries. <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=E>

<sup>17</sup> According to the Convention: «it is essential for every State to become increasingly alive to the moral obligations to respect its own cultural heritage and that of all nations».

<sup>18</sup> FRIGO, M. *La circolazione internazionale dei beni culturali, Diritto Internazionale, Diritto Comunitario e Diritto Interno*. II ed. Milan, 2007. p. 12.

<sup>19</sup> FRIGO, M. *La circolazione internazionale dei beni culturali, Diritto Internazionale, Diritto Comunitario e Diritto Interno*. II ed. Milan, 2007. p. 13, according to which Article 7. b. ii. of the Convention is not formulated with sufficient clarity. Extremely significant on this point is the judgment of the Italian Supreme Court of 23 November 1995, No 12166, in Foro it., 1996, I, 907 ff., which rejected, 17 years after the ratification of the Unesco Convention by Italy, the request, made by the French Ministry of Cultural Heritage, to return some tapestries stolen from the Palace of Justice in Rome and subsequently sold a non domino in Italy.

<sup>20</sup> SCHNEIDER, M. The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an

Among all the private law issues raised by the 1970 UNESCO Convention, the central one was its impact on the existing rules of national law regarding the protection of a *bona fide* purchaser. Although the provision in Article 7(b)(ii) was drafted taking into account the rules of civil law, the final text, “watered down” by subsequent amendments<sup>21</sup>, required further clarification to allow its adaptation to national legal systems<sup>22</sup>.

Secondly, the already mentioned limited results achieved by the 1970 UNESCO Convention led the International Institute for the Unification of Private Law, in collaboration with UNESCO itself, to study new uniform rules on the return and restitution of cultural property<sup>23</sup>. The Institute, assisted by renowned experts and influenced by Directive 93/7/EC, adopted, in 1995, the “Convention on stolen or illegally exported cultural objects”, signed in Rome on 24 June 1995, to offer a uniform core of rules.

---

Inspiration for the 2014/60/EU Directive. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 152, 2/2016 and SALIBA, A.; FABRIS, A. L. O retorno de bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 499, 2017.

<sup>21</sup> O’KEEFE, P. J. *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic*. Leicester 2000. p. 57.

<sup>22</sup> SCHNEIDER, M. The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 153, 2/2016.

<sup>23</sup> See KOWALSKI, W. Ratification of the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, in Light of Directive 2014/60/UE on the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State: The Perspective of Poland. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 165, 2/2016; BERGE, J.S. La Convention d’UNIDROIT sur les Biens Culturels: Retour sur un Texte Majeur dans la Lutte Contre un Fait International Illicite de Circulation. *Uniform Law Review*, v. 20, Issue 4, p. 535, 2015; PROTT, L. V. The UNIDROIT Convention on stolen or illegally exported cultural objects – Ten Years On, in *Uniform Law Review. Revue de droit uniforme*, p. 215, 2009; CARDUCCI, G. Complémentarité entre les Conventions de l’UNESCO de 1970 et d’UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels. *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, v. 11, p. 93, 2006; SALVADORI, M. Profili internazionalistici. In: *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Cendon. Turin: Beni culturali, 2003. v. VII. p. 401; FRIGO, M. *La circolazione internazionale dei beni culturali, Diritto Internazionale, Diritto Comunitario e Diritto Interno*. II ed. Milan, 2007; FRIGO, M. La Convenzione dell’Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati. *Riv. dir. int. priv e proc.*, p. 435, 1996; GARDELLA, A. Nuove prospettive per la protezione internazionale dei beni culturali: la Convenzione dell’UNIDROIT del 24 giugno 1995. *Dir. Comm. Int.*, p. 997, 1998; JAYME, E.; WAGNER, F. D. Kulturgüterschutz und Privatrecht: Die UNIDROIT-Konvention von 1995. Tagung des Ludwig Boltzmann Instituts für Europarecht. *Wien, IPrax*, v. 17, p. 140, 1997 and CARDUCCI, G. *La restitution internationale des biens culturels et des objets d’art. Droit commun, Directive CEE, Convention de l’UNESCO et d’UNIDROIT*. Paris: LGDJ, 1997.

Article 1 of the Convention clarifies that the Convention applies: «to claims of an international character for: (a) the restitution of stolen cultural objects; (b) the return of cultural objects removed from the territory of a Contracting State contrary to its law regulating the export of cultural objects for the purpose of protecting its cultural heritage (hereinafter “illegally exported cultural objects”)<sup>24</sup>. For the purposes of the Convention, any property shall be considered to be cultural if it «on religious or secular grounds» shows an «importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science» and belongs «to one of the categories listed in the Annex to this Convention» (art. 2).

It should be pointed out that Article 1 expressly mentions the international character of the restitution claim. It will therefore be necessary and sufficient for the applicability of the Convention that the cultural object has been stolen or unlawfully transferred from the country of origin to another State. Concerning this point, there is a difference from former international practice. Previously, in fact, the restitution concerned the exit of the cultural good from the territory of the State of origin in violation of national rules, while the return regarded the exit of the cultural good in the absence of rules on circulation or in case of legal exit from the State of origin<sup>25</sup>. The Convention, while adopting the concepts of restitution and return, uses them much more restrictively. The restitution concerns only stolen goods, whereas the return refers to all cases where the goods have left the Contracting State in breach of its internal rules.

It may seem unusual that, unlike Directive 93/7, the Convention does not provide for the definition of the terms adopted. This choice was made because it was contested by some delegations at the drafting stage. The omission seems certainly open to criticism, but it is in part justified by the intention to allow national courts greater discretion in interpreting the provisions<sup>26</sup>.

With regard to stolen cultural goods, the problem was to balance the interests of the *bona fide* purchaser of the stolen property with those of the previous owner.

---

<sup>24</sup> See MARLETTA, M. *La restituzione dei beni culturali, Normativa comunitaria e Convenzione Unidroit*. Padova, 1997. p. 132.

<sup>25</sup> For example, it is possible to think of cases in which goods were exported from one state to another following a war or during the colonial period or for a loan.

<sup>26</sup> See FRIGO, M. *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*. Napoli, 2011. p. 33.



The rules on a *non-domino* purchases are not uniform across all jurisdictions<sup>27</sup>. There are countries like Italy that offer a wide protection to the purchaser in good faith at the expense of the owner, even in the case of stolen goods (see art. 1153 c.c.)<sup>28</sup>, other legal systems (e.g. France and Germany<sup>29</sup>) which limit protection to goods whose possession has not been lost unintentionally and others that do not provide any kind of protection. This is the case, for example, of the Portuguese and English legal system, where, by virtue of the *nemo dat quod non habet* rule, the dispossessed owner normally prevails over the *bona fide* purchaser<sup>30</sup>.

The Convention adopts a compromise solution providing (art. 3 par. 1) that «the possessor of a cultural object which has been stolen shall return it»; on the other hand, if he proves his due diligence at the time of purchase, he shall be paid fair compensation: «The possessor of a stolen cultural object required to return it shall be entitled, at the time of its restitution, to payment of fair and reasonable compensation provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen and can prove that it exercised due diligence when acquiring the object» (art. 4 par. 1)<sup>31</sup>. Evidences of due diligence are, as Article 4(4) makes clear, «all the circumstances of the acquisition, including the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any reasonably accessible register of stolen cultural objects, and any other relevant information and documentation which it could reasonably have obtained, and whether the possessor consulted accessible agencies or took any other step that a reasonable person would have taken in the circumstances».

<sup>27</sup> SIEHR, K. Vereinheitlichung des Mobiliarsachenrechts in Europa, insbesondere im Hinblick auf Kulturgüter. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, p. 454, 1995.

<sup>28</sup> See. MAGRI, G. Acquisto a non domino e beni culturali. *Riv. dir. civ.*, p. 741, 2013 and MENGONI, L. *Gli acquisti a non domino*. Milan, 1994. p. 75 ff.

<sup>29</sup> MENGONI, L. *Gli acquisti a non domino*. Milan, 1994. p. 75 ff.

<sup>30</sup> See VON BAR, C. *Gemeineuropäisches Sachenrecht*. Munich, 2019. v. 2. p. 450.

<sup>31</sup> See the so called *Goldberg case* (Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and the Republic of Cyprus vs. Goldberg and Feldman Fine Arts Inc., 917 F.2d 278, United States Court of Appeals, 7th Cir. 1990, decisione del 24 ottobre 1990) commented by BYRNE-SUTTON, Q. *The Goldberg Case: A Confirmation of the Difficulty in Acquiring Good Title to Valuable Stolen Cultural Objects*. *International Journal of Cultural Property*, p. 151, 1992, 1<sup>st</sup>.; MIUR WATT, O. La revendication internationale des biens culturels: à propos de la décision américaine Eglise Autocéphale. *Rev. crit. droit int. privé*, p. 1, 1992.

To determine the existence of rights *in rem* in respect of the goods covered by the restitution claim, reference should be made to the *lex originis*<sup>32</sup>, i.e. the law of the State of origin of the cultural good, and not to the *lex rei sitae* generally adopted as a connecting factor in private international law<sup>33</sup>. The solution follows the one already adopted by the 1991 Basel Resolution of the *Institut de Droit International* on the sale of artworks, which had largely dealt with the problems arising from the application of the general connecting factor of the *lex rei sitae* also in the field of rights *in rem* relating to cultural property<sup>34</sup>. The reason why it was decided to use the *lex originis* instead of the *lex loci rei sitae* is linked to the difficulties in applying Article 7 of the 1970 UNESCO Convention in the legal systems protecting the acquisition in good faith of movable property<sup>35</sup>.

It could be disputed that the reference to the *lex originis* might raise some coordination difficulties with the law applicable to the contract under which the goods were purchased after the unlawful exportation<sup>36</sup> and

<sup>32</sup> See SYMEONIDES, S. C. Choice of Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 1177, 2005. p. 1183 where he proposes to determine the applicable law through the following general rule: «Except as otherwise provided by an applicable treaty or international or interstate agreement, or statute, the rights of parties with regard to a corporeal thing of significant cultural value (hereinafter «thing») are determined as specified below. A person who is considered the owner of the thing under the law of the state in which the thing was situated at the time of its removal to another state shall be entitled to the protection of the law of the former state (state of origin), except as specified below. The owner's rights may not be subject to the less protective law of a state other than the state of origin, (a) unless: (i) the other state has a materially closer connection to the case than the state of origin; and (ii) application of that law is necessary in order to protect a party who dealt with the thing in good faith after its removal to that state; and (b) until the owner knew or should have known of facts that would enable a diligent owner to take effective legal action to protect those rights».

<sup>33</sup> SALVADORI, M. Profili internazionalistici. In: *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Cendon. Turin: Beni culturali, 2003. v. VII. p. 411.

<sup>34</sup> SALVADORI, M. Profili internazionalistici. In: *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Cendon. Turin: Beni culturali, 2003. v. VII. p. 411.

<sup>35</sup> SALVADORI, M. Profili internazionalistici. In: *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Cendon. Turin: Beni culturali, 2003. v. VII. p. 411.

<sup>36</sup> See JAYME, E. Internationaler Kulturgüterschutz: Lex originis oder lex rei sitae. *Tagung. Heidelberg*, in *IPrax*, n. 10, p. 347, 1990. and JAYME, E. Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 928, 2005. p. 937 where he observes: «There are, of course, situations where public interests are not involved or are less significant. When an artwork is stolen and two persons claim ownership, the



to which the *lex loci rei sitae* is applicable. It should be noted, however, that this law cannot be taken into account because, if the purchase was made after the theft or illicit export, it will be set aside and the purchaser is entitled, if he acted with due diligence, only to claim for fair compensation.

The claim for the restitution of the goods must be submitted within three years from the time the claimant discovered the place where the asset is located and has identified its owner. The restitution cannot be claimed after 50 years (which may be extended by the laws of the individual States, ex. art. 3 par. 5<sup>37</sup>) from the date of the theft (art. 3 par. 3<sup>38</sup>).

The limitation period for bringing an action does not apply to the most important cultural goods belonging to the cultural heritage of the member States, for which there is no limitation period (Article 3(4))<sup>39</sup>. Given the generality of the rule, both the member State and the private individual materially dispossessed of the property<sup>40</sup> are entitled to bring an action for restitution.

---

question arises as to whose private interests should prevail those of the former owner or those of the innocent buyer. The answers of the legal systems vary. These differences have generated special conflicts problems in international situations. In private international law, the *lex situs* at the time of acquisition, and more recently, the law of the *lex originis* (the country of origin) have emerged as solutions for choice of law. In the European Community, Article 12 of the directive 93/7/EEC concerning the restitution of cultural property seems to favor the *lex originis* while, in general, the *lex rei sitae* prevails».

<sup>37</sup> According to art. 3.5: «Notwithstanding the provisions of the preceding paragraph, any Contracting State may declare that a claim is subject to a time limitation of 75 years or such longer period as is provided in its law. A claim made in another Contracting State for restitution of a cultural object displaced from a monument, archaeological site or public collection in a Contracting State making such a declaration shall also be subject to that time limitation».

<sup>38</sup> According to art. 3.3 «Any claim for restitution shall be brought within a period of three years from the time when the claimant knew the location of the cultural object and the identity of its possessor, and in any case within a period of fifty years from the time of the theft».

<sup>39</sup> Some States had suggested to exclude limitation periods for actions for restitution from the Convention. However, this opinion was not successful and the only exception to the limitation period is provided for in Article 3.4: «However, a claim for restitution of a cultural object forming an integral part of an identified monument or archaeological site, or belonging to a public collection, shall not be subject to time limitations other than a period of three years from the time when the claimant knew the location of the cultural object and the identity of its possessor». See MAGRI, G. *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*. Napoli, 2011. p. 38.

<sup>40</sup> According to the *Rapport Explicatif* of the Convention «La personne du demandeur n'est pas ici spécifiée: on notera que l'action en

This is a relevant difference between the Convention and the EU Directive, which allows only the Member State to take legal action.

The second part of the Convention is devoted to the regulation of illicitly exported cultural goods, i.e. the regulation of those goods which have left the State of origin unlawfully or which, despite having left legitimately, have not returned to the State of origin on time and in the manner provided for. It is therefore necessary for all the acceding States to adopt internal rules on the export and protection of cultural goods. The right to apply for the return of unlawfully exported goods, unlike in the case of stolen goods, lies solely with the Member States (Article 5(1)). However, similarly to what happens with stolen goods, if the goods have been purchased by a third party in good faith, a fair compensation will have to be paid to him and, also in this case, he will be charged with the proof of having purchased with due diligence.

The UNIDROIT Convention entered into force on 1<sup>st</sup> July 1998 and has been signed or has been ratified by 48 States. These are mainly so-called “exporting” States<sup>41</sup>. These are countries whose cultural heritage is continually endangered by illicit trade and which, therefore, had, in general, already adopted quite advanced legislation with regard to the protection and preservation of cultural property. The fact that the ‘importing’ countries - where trade in cultural goods is almost unrestricted and which on several occasions have shown their reluctance to protect this market - have not signed or ratified the Convention is a sign that demonstrates its effectiveness in protecting cultural heritage.

## 4 The relationship between Directive 93/7 and the UNIDROIT Convention

As has already been pointed out, when the UNIDROIT Convention was drafted, Directive 93/7 was the model to look to and draw inspiration from, given

---

restitution – qui sera portée devant les tribunaux ou autres autorités compétentes visées aux articles 8 et 16 –, peut être intentée aussi bien par une personne privée qui a été dépossédée de son bien à la suite d'un vol, que par un État dans la même situation... on pourrait également envisager que l'État se substitue à la personne privée qui ne souhaite pas, ou ne peut pas, agir en revendication».

<sup>41</sup> See MAGRI, G. *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*. Napoli, 2011. p. 38.

that it was only two years old and, at the same time, the preparatory works on the Convention inspired the drafting of the Directive. It is not surprising, therefore, that there are many points in common between the two texts<sup>42</sup>. The potential overlap between the texts is noted by the Convention itself, in Article 13, providing that «this Convention does not affect any international instrument by which any Contracting State is legally bound and which contains provisions on matters governed by this Convention, unless a contrary declaration is made by the States bound by such instrument». Article 13(3) is even more precise, according to it: «In their relations with each other, Contracting States which are Members of organisations of economic integration or regional bodies may declare that they will apply the internal rules of these organisations or bodies and will not therefore apply as between these States the provisions of this Convention the scope of application of which coincides with that of those rules»<sup>43</sup>. Essentially, according to the so-called “disconnection clause” contained in paragraph 3, EU Member States, which are also members of the Convention, will be allowed to apply the provisions of the Directive which overlap with those of the Convention; on matters not covered by the Directive they will apply the rules provided in the Convention<sup>44</sup>. The

<sup>42</sup> See the *Rapport explicatif* to the Convention (p. 483) «deux initiatives à caractère régional qui ont vu le jour durant les travaux de préparation de la Convention d’Unidroit, qui ont été largement influencées par ceux-ci et ont fourni en retour des références utiles dans les termes des solutions de compromis retenues. Le Règlement CEE n. 3911/92 du Conseil des Communautés européennes du 9 décembre 1992 concernant l’exportation de biens culturels 5 et la Directive 93/7/CEE du Conseil du 15 mars 1993 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d’un État membre 6 (et leurs modifications successives) contiennent des mesures de protection pour les patrimoines culturels des États membres de l’Union européenne après l’achèvement du Marché intérieur et la suppression des contrôles aux frontières intracommunautaires».

<sup>43</sup> See J. WINTER, J. A. The application of the Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported cultural Objects in Relations between Member States of the European Union. In: DE WAART, Denters e Schrijver (ed.). *Reflections on international law from the low countries*: in honour of Paul de Waart. The Hague, 1998. p. 347.

<sup>44</sup> According to the *Rapport explicatif* (p. 557) «A la demande de la délégation de l’État détenant alors la présidence du Conseil de l’Union européenne, une clause dite «de déconnexion» a été insérée pour permettre aux États membres d’organisations d’intégration économique ou d’entités régionales de déclarer qu’ils appliquent les règles internes de cette organisation ou entité au lieu de celles de la Convention dont le champ d’application coïncide avec celui de ces règles. Si la proposition initiale visait le cas spécifique des obligations des États membres de l’Union européenne, qui étaient déjà liés entre eux par la Directive 93/7/CEE (applicable aussi entre les États de l’Accord sur l’Espace économique européen), elle a été vue

“disconnection clause” has only been invoked by seven of the fourteen EU Member States that have signed the Convention. The question therefore arises as to what will happen if these States were called upon to choose between the Directive (the problem also arises with regard to Directive 2014/60) and the Convention.

The clause nevertheless made it possible to invoke the rules of the Convention to fill any gaps in the Directive. For example, the UNIDROIT Convention could have been used to request the return of goods not covered by Directive 93/7 or to allow the exercise of actions which, under the Directive, were to be regarded as time-barred<sup>45</sup>. With the adoption of the new Directive, however, the application of the two rules, *ratione temporis* and *ratione materiae*, has coincided, reducing the possibility of the Convention to fill the gaps in EU legislation.

Moreover, Article 15 of the directive itself (the same provision is foreseen in art. 12 dir. 2014/60) states that its application: «shall be without prejudice to any civil or criminal proceedings that may be brought, under the national laws of the Member States, by the requesting Member State and/or the owner of a cultural object that has been stolen». The rules of national law obviously include those provisions which implement the international agreements and therefore also the UNIDROIT Convention<sup>46</sup>. It follows that under Article 15 (Article 12 of the new directive), in the absence of the adoption of the “disconnection clause”, the Convention should prevail over the Directive.

Although there are many similarities between the Convention and the Directive, it is important to note that there are also many differences, which can be traced back to two distinct profiles, one that is formal, linked to the different nature of the two acts, the other one that is of a content type<sup>47</sup>. As regards differences in

comme pertinente pour toute organisation d’intégration économique ou entité régionale qui serait déjà concernée ou pourrait l’être en vertu d’accords qui seraient conclus à l’avenir. Au regard du système de la Convention, les États contractants qui seraient membres d’organisations d’intégration économique ou d’entités régionales sont libres de faire jouer individuellement la clause de déconnexion, par une déclaration à cet effet. Une telle déclaration, à défaut de précision, pourra être faite à tout moment et prendra effet conformément à l’article 15(3)».

<sup>45</sup> See MACCARI, A. L.; PIERGIGLI, V. (ed.). *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*. Milan, 2006. p. 357.

<sup>46</sup> See MAGRI, G. *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*. Napoli, 2011. p. 71,

<sup>47</sup> See M. MARLETTA, M. *La restituzione dei beni culturali, Normativa comunitaria e Convenzione Unidroit*. Padova, 1997. p. 203.

content, it should be noted that the scope of the Convention is broader than the scope of the Directive. The Convention aims to regulate both the return of illegally exported cultural goods and the return of stolen cultural goods. Furthermore, in the case of stolen goods, the Convention also recognises to private individuals the legitimacy to act to obtain restitution.

The Directive, on the other hand, and given the nature of the act, could not be otherwise, governs only the return of illegally exported cultural goods that is required by EU member States. The Convention, on the contrary, only obliges the States that have signed it. The Directive is subject to the interpretation of the Court of Justice, to which national courts may refer in case of doubts of interpretation, whereas the Convention lacks a body appointed to perform a nomophilactic function. Finally, compliance with the Directive is guaranteed by the effective system of control and sanctions provided for in the Treaties, while the Convention does not provide for any system to monitor its application by part of the contracting States and respect for it remains entrusted to the weakest guarantee mechanisms offered by international law<sup>48</sup>.

Moving on to the comparative analysis of the two texts, we can underline that the directive provides, unlike the Convention, for effective cooperation duties for the Member States which are required to return cultural objects, which go well beyond the mere return of the object and which concern the step preceding the exercise of the action, going so far as to provide for the “good offices” of the central authorities of the requested State, in relation to the owner, in order to facilitate the return of the property to the requesting State.

The Convention is more rigorous in demanding that the requesting State demonstrate to the requested State which primary interests satisfy the restitution of the property, providing for the requesting State to provide evidence of the damage caused by its loss (see art. 5).

Another difference between the two texts can be found in the time limit for bringing the action, which, in the Directive 93/7, is one year and which, on several occasions, has been said to be extended to the three years limit provided for in the Convention in order to allow States to carry out all the activity prior to bringing

the action<sup>49</sup>. This difference has finally been removed by art. 8 of Directive 2014/60, which increased the time limit for bringing the action to three years.

The Convention’s rules are more complicated than those laid down in the Directive with reference to the possessor’s diligence requirement for the purpose of paying fair compensation. The Directive merely provides in Article 9 that the court having jurisdiction in the State in which enforcement is sought shall give the possessor a fair compensation according to the circumstances of the case, provided that it is satisfied that the possessor exercised due care and attention in acquiring the object.

The Directive left a certain discretion to the national court in assessing the diligence of the holder. On the contrary, the Convention, taking over the text of the Directive proposal, requires, in general terms, that the possessor must prove that he did not know or should not reasonably have known the unlawful origin of the goods. On this point, the Convention makes a distinction according to whether the goods are stolen or illegally exported. In the first case, Article 4 provides that the possessor is entitled to payment of compensation when the goods are returned, provided that he proves both «neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen» and that he exercised «due diligence when acquiring the object»; in the case of illicitly exported goods, on the other hand, article 6 requires the possessor to prove that he «neither knew nor ought reasonably to have known at the time of acquisition that the object had been illegally exported». Article 6.3 of the Convention provides instead of compensation, and in agreement with the requesting State, the possessor required to return the cultural object to that State, may decide: to retain ownership of the object or to transfer ownership (against payment or gratuitously) to a person of its choice residing in the requesting State who provides the necessary guarantee. The Directive does not provide for such a choice for the possessor,

<sup>48</sup> MARLETTA, M. *La restituzione dei beni culturali, Normativa comunitaria e Convenzione Unidroit*. Padova, 1997. p. 205.

<sup>49</sup> The European Parliament, in its Resolution dated 12 June 2001, and the Council, in its Resolution of 21 January 2002, noted that the Directive was rather deficient with regard, in particular, to the annual limitation period. They therefore considered it appropriate to encourage the Member States and the European institutions to promote alignment with the three-year limitation period laid down in Article 5(5) of the Unidroit Convention. In the same direction, the 2009 Commission Report. Currently, the limitation period provided for in Directive 2014/60 has been brought into line with that set out in the Convention.



nor does it address the issue of the attribution of ownership of the returned goods (art. 12). It merely states that the successful bringing of the action entails the return of the property to the territory of the requesting State and that the latter will regulate the attribution of ownership<sup>50</sup>.

The Directive is much more detailed than the Convention in the Rules of Procedure of the proceedings, providing, in Article 5, that it may be presented only if the document initiating it is accompanied by a document describing the object covered by the request and stating that it is a cultural object and a declaration by the competent authorities of the requesting Member State that the cultural object has been unlawfully removed from its territory. The Convention does not go into detail on this point, but merely provides, in Article 5(4), that the requesting State is required to attach to the request «information of a factual or legal nature as may assist the court or other competent authority of the State addressed in determining whether the requirements of paragraphs 1 to 3 have been met».

## 5 The influence of the 1995 Convention on Directive 2014/60/EU

Directive 93/7/EEC has shown little impact in combating illegal trafficking in cultural goods and ensuring their return<sup>51</sup>. The European Union, with the intention of adopting more efficient measures to combat the illegal export of cultural goods, has begun to reflect on possible solutions. The first option would have been to ratify, by the EU, both the 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention; the second option would have been to promote the ratification of both Conventions in each Member State<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> See MAGRI, G. *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*. Napoli, 2011. p. 74.

<sup>51</sup> See SCHNEIDER, M. The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 160, 2/2016.

<sup>52</sup> «A possible abrogation could be analyzed only in a context where all Members States would become parties to the UNIDROIT Convention. In such a context, benefits of the Council Directive 93/7/EEC for the return would be less than those offered by the Convention». European Commission Staff Working Document, Impact analysis Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the Copernicus Programme and repealing Regulation (EU) No.

These two options, however, proved to be difficult to implement, given the opposition of some Member States. It was then preferred to revise the 1993 Directive, taking into account many of the weaknesses that had emerged over the years and attempting to introduce in its text some rules to bring the reformed text closer to the UNIDROIT Convention. It is therefore not surprising that Directive 2014/60/EU incorporates, almost twenty years later, several features of the UNIDROIT Convention<sup>53</sup>.

It could be noted that, while Directive 93/7 inspired the UNIDROIT Convention, the latter then provided the source of inspiration for reforming the initial model. In this context, the EU Directives and the UNIDROIT Convention are a good example of dialogue between models in an attempt to achieve a common result: the efficient protection of the cultural heritage of individual States.

Directive 2014/60, compared with Directive 93/7, has a wider scope, given that Article 2.1 defines “cultural object” any «object which is classified or defined by a Member State, before or after its unlawful removal from the territory of that Member State, as being among the ‘national treasures possessing artistic, historic or archaeological value’ under national legislation or administrative procedures within the meaning of Article 36 TFEU». Contrary to the 1993 directive, the concept of cultural property does not depend on whether the property belongs to predetermined categories or to public collections or inventories of ecclesiastical institutions. In this way it is not bound to respect pre-determined limits of age and/or value and can also include goods of palaeontological, ethnographic, numismatic or scientific value which were not previously covered.

Essentially, with the disappearance of the catalogue of cultural objects listed in the Annex to Directive 93/7 and with the extension of protection duties to any object defined as cultural by the individual State, the scope of the Directive expands considerably, leaving it up to the Member States to decide freely how they wish to identify their cultural heritage, exactly as provided for in the UNIDROIT Convention.

911/2010, SWD (2013) 189 final, p. 128

<sup>53</sup> SCHNEIDER, M. The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 160, 2/2016.



The time-limit for bringing an action for restitution has been extended from Article 8(1) to three years (whereas for Article 7 of Directive 93/7 it was one), starting from the date on which the competent central authority of the requesting Member State became aware of the place where the object is located and the identity of its owner or holder. The extension of the time limit for bringing legal proceedings to obtain the return of the property is modelled on the 1995 Unidroit Convention (art. 3 and art. 5) and should facilitate the return and discourage the unlawful removal of property constituting the cultural heritage of the Member States<sup>54</sup>.

In view of the growing illicit trade in cultural goods and, therefore, the need for more effective measures to combat it, there is an even greater need at European level to impose a uniform level of diligence in transactions involving cultural goods in order to deter reckless purchases of goods of illicit origin. In this regard, the system of fair compensation awarded to the possessor of the goods following their return has undergone major innovations compared with the previous system provided for in Article 9 of Directive 93/7. In fact, under Article 10 of Directive 2014/60, compensation may be paid to the possessor, only if he proves his due diligence at the time of purchase of the goods, by verifying the existence of certain criteria expressly indicated, albeit not exhaustively, by Article 10(2). In particular, the so-called “circumstances of the acquisition” must be taken into consideration, such as the “documentation on the object’s provenance”, the “authorisations for removal required under the law of the requesting Member State”, the “character of the parties”, the “price paid”, “whether the possessor consulted any accessible register of stolen cultural objects” and has assumed “any relevant information which he could reasonably have obtained”, or has engaged in “any other step which a reasonable person would have taken in the circumstances” (art. 10.2). The proof of having made the purchase with the necessary due diligence shall be borne by the owner (art. 10, paragraph 1). An innovative approach emerges from the European legislation, which, on the one hand, wanted to standardize the interpretation of the notion of due diligence, providing guidance to the courts in the concrete assessment of the concept, and

on the other hand, again with harmonizing intent, has removed the burden of proof from the discipline of the *lex fori*, and therefore from the different approaches between civil and common law systems, in order to attribute it generally to the possessor.

On the concept of “due diligence and attention” and on the inversion of the burden of proof, which is placed on the possessor, the Directive takes over, almost literally (it only adds the words «authorisations for removal required under the law of the requesting Member State») Article 4.4 of the UNIDROIT Convention<sup>55</sup>. Consequently, it has been pointed out that «the 1995 UNIDROIT Convention actually ends up appearing more “indulgent” in its treatment of acquisitions of illicitly exported cultural objects than the recast of the Directive 2014/60/EU»<sup>56</sup>.

## 6 Conclusion

The UNESCO and UNIDROIT Conventions as well as Directive 2014/60 contribute to a certain extent

<sup>55</sup> To make a comparison, Article 10(1) and (2) of Directive 2014/60/EU reads as follows: «(1) Where return of the object is ordered, the competent court in the requested Member State shall award the possessor fair compensation according to the circumstances of the case, provided that the possessor demonstrates that he exercised due care and attention in acquiring the object. (2) In determining whether the possessor exercised due care and attention, consideration shall be given to all the circumstances of the acquisition, in particular the documentation on the object’s provenance, the authorisations for removal required under the law of the requesting Member State, the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any accessible register of stolen cultural objects and any relevant information which he could reasonably have obtained, or took any other step which a reasonable person would have taken in the circumstances». Art. 4 (1) and (4) provides «The possessor of a stolen cultural object required to return it shall be entitled, at the time of its restitution, to payment of fair and reasonable compensation provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen and can prove that it exercised due diligence when acquiring the object. (4) In determining whether the possessor exercised due diligence, regard shall be had to all the circumstances of the acquisition, including the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any reasonably accessible register of stolen cultural objects, and any other relevant information and documentation which it could reasonably have obtained, and whether the possessor consulted accessible agencies or took any other step that a reasonable person would have taken in the circumstances».

<sup>56</sup> So SCHNEIDER, M. The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 161, 2/2016.

<sup>54</sup> SCHNEIDER, M. The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 160, 2/2016.

to creating common and minimum legal standards for the return of cultural objects with a view to making the market more transparent. The three legal instruments are closely linked, as their history shows, and have attempted to ensure, albeit at different levels, a common principle: the obligation to protect the cultural heritage of individual states and to return stolen or illegally exported cultural goods.

If we analyse these provisions in the light of their practical results, the achievements do not seem exciting: the UNESCO Convention has been signed by many countries, but its provisions are extremely vague and they make the return of cultural property difficult to implement. The UNIDROIT Convention, on the other hand, contains more detailed provisions on return and restitution actions; this aspect has proved to be its greatest weakness, since it has led many importing states not to sign the Convention. The directive is certainly the most effective legal instrument, but it is also scarcely used in practice. The question that must therefore be asked is: does the lack of use of these legal instruments also mean the non-return of illegally exported cultural goods or are they in any case returned to their States of origin? In contrast to what happened in the past, it seems to me that the answer at international level is to regard the theft and illicit circulation of cultural goods as a plague to be fought and eradicated. Even in the absence of specific international obligations, the return of stolen or illicitly exported cultural goods is becoming an increasingly widespread practice.

In Italy among the many works that have returned thanks to diplomatic agreements, we can remember the Euphronios Krater (conserved in the United States) and the “Vase of Flowers” by Jan van Huysum (brought to Germany during the Second World War).

Particularly significant is the case of the Euphronios Krater which was exhibited at the Metropolitan Museum in New York and which had been purchased by a dealer who had received it from Italian grave robbers. The fact that a famous museum refuses to keep in its collection an object of illicit provenance and agrees to return it, even in the absence of mandatory legal obligations, shows how the principles that the UNESCO and UNIDROIT Conventions have introduced are now well established and proves that these provisions, even if not concretely applied, have contributed to a radical change of perspective in mentality. If once museums

were competing for the most valuable objects, often accepting even objects of dubious or clearly illicit provenance, today they are much more careful in verifying the legitimacy of the provenance and are inclined to return what was stolen in the past, considering their behaviour as a form of contribution to the conservation of the cultural heritage of other countries and, indirectly, of the whole of humanity.

Another demonstration of a change of mentality in the art market and in the management of museums, which attests to the spreading of the principle that the illicit circulation of cultural goods must be contrasted, is shown by the increasing diffusion of soft law texts and codes of conduct. These rules, which are directly derived from traders and museums, impose stronger control over the licit origin of cultural goods. In this sense, we can recall both the ICOM’s code of ethics and the initiative, created in Switzerland, to encourage the creation of rules that guarantee a responsible art market (RAM Initiative).

The rules on the return of cultural property also have an impact on private law. The legal literature has begun to reflect on whether the restitution duties affect the applicability of the rules on *bona fide* purchase contained in many codifications of civil law countries. This reflection has been particularly developed in Italy, where Article 1153 of the Civil Code provides for a particularly broad protection of *bona fide* purchasers that includes even stolen goods. The legal literature<sup>57</sup>, on the basis of the UNESCO and UNIDROIT Conventions, as well as the provisions of EU law, has begun to wonder whether, with reference to cultural goods, such protection of the purchaser is still desirable and compatible with the obligations imposed on Italy as a Contracting State of the two Conventions and a member of the EU. It is reasonable to assume that such perplexities are also echoed in Italian jurisprudence, which should be particularly rigorous in applying article 1153 of the Italian Civil Code to cultural goods.

If we have to draw a conclusion from the Unesco and Unidroit Conventions and from Directive 2014/60, it seems to me that we should not look at the number of cases in which these rules have been applied, but rather at the impact that these rules have had on the mindset

<sup>57</sup> See MAGRI, G. *Acquisto a non domino e beni culturali. Riv. dir. civ.*, p. 741, 2013. and SACCO, R.; CATERINA, R. *Il possesso*. Milan, 2014.

of legal practitioners and on the art market. One might question whether, in this case, the legislation was a forerunner or an epigone of a change of perspective. I believe that the conventions (especially the UNESCO Convention) have anticipated a change in mentality, helping to formalise it. The presence of precise legal rules, although little used, has undoubtedly facilitated and influenced a more responsible approach to cultural heritage. Fifty years after the adoption of the UNESCO Convention and twenty-five years after the UNIDROIT Convention, we can therefore say that the duty to return stolen or illicitly exported cultural goods to their State of origin has become widespread at global level and has even been accepted by countries that are not parties to these conventions or to situations not covered by their scope of application.

## References

- BERGE, J.S. La Convention d'UNIDROIT sur les Biens Culturels: Retour sur un Texte Majeur dans la Lutte Contre un Fait International Illicite de Circulation. *Uniform Law Review*, v. 20, Issue 4, p. 535, 2015.
- BYRNE-SUTTON, Q. The Goldberg Case: A Confirmation of the Difficulty in Acquiring Good Title to Valuable Stolen Cultural Objects. *International Journal of Cultural Property*, p. 151, 1992, 1<sup>st</sup>.
- CARDUCCI, G. Complémentarité entre les Conventions de l'UNESCO de 1970 et d'UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels. *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, v. 11, p. 93, 2006.
- CARDUCCI, G. *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art. Droit commun, Directive CEE, Convention de l'UNESCO et d'UNIDROIT*. Paris: LGDJ, 1997.
- DELEPIERRE, S.; SCHNEIDER, M. Ratification and Implementation of International Conventions to Fight Illicit Trafficking of Cultural Property. In: DESMAIRAIS, F. (ed.). *Countering Illicit Traffic in Cultural Goods: The Global Challenge of Protecting the World's Heritage*, ICOM International Observatory on Illicit Traffic in Cultural Goods. Paris, 2015. p. 130.
- FRIGO, M. Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, v. 375, p. 267, 2014.
- FRIGO, M. *La circolazione internazionale dei beni culturali, Diritto Internazionale, Diritto Comunitario e Diritto Interno*. II ed. Milan, 2007.
- FRIGO, M. La Convenzione dell'Unidroit sui beni culturali rubati o illecitamente esportati. *Riv. dir. int. priv e proc.*, p. 435, 1996.
- GABBRIELLI, V. *Patrimoni contesi: gli stati italiani e il recupero delle opere d'arte trafugate in Francia: storia e fonti: 1814-1818*. Firenze, 2009.
- GARDELLA, A. Nuove prospettive per la protezione internazionale dei beni culturali: la Convenzione dell'UNIDROIT del 24 giugno 1995. *Dir. Comm. Int.*, p. 997, 1998.
- GRAZIADEI, M.; PASA, B. in A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER, F. FIORENTINI (ed.). *Cultural Heritage in the European Union: A Critical Inquiry into Law and Policy*. Leiden – Boston, 2019. p. 88.
- JAYME, E. Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 928, 2005.
- JAYME, E. Internationaler Kulturgüterschutz: Lex originis oder lex rei sitae. Tagung. *Heidelberg*, in *IPrax*, n. 10, p. 347, 1990.
- JAYME, E.; WAGNER, F. D. Kulturgüterschutz und Privatrecht: Die UNIDROIT-Konvention von 1995. Tagung des Ludwig Boltzmann Instituts für Europarecht. *Wien*, *IPrax*, v. 17, p. 140, 1997.
- KOWALSKI, W. Ratification of the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, in Light of Directive 2014/60/UE on the Return of Cultural Objects Unlawfully Removed from the Territory of a Member State: The Perspective of Poland. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 165, 2/2016.
- MACCARI, A. L.; PIERGIGLI, V. (ed.). *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*. Milan, 2006.
- MAGRI, G. Acquisto a non domino e beni culturali. *Riv. dir. civ.*, p. 741, 2013.
- MAGRI, G. Directive 2014/60/EU and Good Faith Acquisition of Cultural Goods. in Italy. In: PINTON, S.; ZAGATO, L. (ed.). *Sapere l'Europa, sapere d'Europa Cultural Heritage. Scenarios, 2015-2017*. v. 4. p. 227.
- MAGRI, G. *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*. Napoli, 2011.

- MARLETTA, M. *La restituzione dei beni culturali, Normativa comunitaria e Convenzione Unidroit*. Padova, 1997.
- MENGONI, L. *Gli acquisti a non domino*. Milan, 1994.
- MIUR WATT, O. La revendication internationale des biens culturels: à propos de la décision américaine Eglise Autocéphale. *Rev. crit. droit int. privé*, p. 1, 1992.
- O'KEEFE, P. J. *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic*. Leicester 2000.
- PROTT, L. V. The UNIDROIT Convention on stolen or illegally exported cultural objects – Ten Years On, in Uniform Law Review. *Revue de droit uniforme*, p. 215, 2009.
- SACCO, R.; CATERINA, R. *Il possesso*. Milan, 2014.
- SALIBA, A.; FABRIS, A. L. O retorno de bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 491, 2017.
- SALVADORI, M. Profili internazionalistici. In: *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di Cendon. Turin: Beni culturali, 2003. v. VII. p. 401.
- SCHNEIDER, M. The 1995 UNIDROIT Convention: An Indispensable Complement to the 1970 UNESCO Convention and an Inspiration for the 2014/60/EU Directive. *Santander Art and Culture Law Review*, p. 152, 2/2016.
- SPRECHER, J. *Beschränkungen des Handels mit Kulturgut und die Eigentumsgarantie*. De Gruyter, 2004.
- SYMEONIDES, S. C. Choice of Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 1177, 2005.
- TURNER, S. *Das Restitutionsrecht des Staates nach illegaler Ausfuhr von Kulturgütern*. De Gruyter, 2002.
- VON BAR, C. *Gemeineuropäisches Sachenrecht*. Munich, 2019. v. 2.
- WINTER, J. A. The application of the Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported cultural Objects in Relations between Member States of the European Union. In: DE WAART, Deters e Schrijver (ed.). *Reflections on international law from the low countries: in honour of Paul de Waart*. The Hague, 1998. p. 347.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Três pautas em destaque na agenda de diversidade cultural da Unesco:** ambiente digital, tratamento preferencial e participação da sociedade civil  
**Three highlighted agendas in Unesco's cultural diversity agenda:** digital environment, preferential treatment and civil society participation

Danilo Júnior de Oliveira

Maria Carolina Vasconcelos Oliveira

Ana Paula do Val

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

\* Recebido em 14/08/2020  
Aprovado em 11/03/2021

\*\* Professor universitário, pesquisador na área de direitos humanos e políticas culturais e advogado. Doutor em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado e mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Realizou estágio de pesquisa no Centro de Direitos Humanos/Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra e curso de aperfeiçoamento em Teoria Democrática, Políticas Públicas e Participação pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador e docente na pós-graduação lato sensu em Gestão de Projetos Culturais no Centro de Estudos Latino-Americanos sobre Cultura e Comunicação da Universidade de São Paulo (CELACC/USP). Integra o grupo de pesquisa em cultura do Núcleo de estudos sobre Desenvolvimento do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP). Professor nos cursos de Direito da Universidade Ibirapuera (UNIB) e UniDrummond. Foi professor colaborador no curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Foi diretor do Departamento Municipal de Cultura da Prefeitura de Jacareizinho (PR), diretor de Cultura da Pró-Reitoria de Extensão e Cultura da UENP e membro efetivo do Conselho Estadual de Cultura do Paraná.  
E-mail: danilojr81@gmail.com

\*\*\* Artista cênica, professora e pesquisadora em artes, cultura e políticas culturais. É mestre e doutora em sociologia da cultura pela FFLCH-USP e pós-doutoranda do Instituto de Artes da Unesp. Pesquisadora colaboradora do Cebap desde 2005, integra o grupo de pesquisa em cultura do núcleo de Desenvolvimento, onde coordenou recentemente o projeto Fortalecendo Redes Culturais, financiado pelo Fundo Internacional da Diversidade Cultural da Unesco. É coautora dos livros *Cultura e Participação: a experiência da III Conferência Municipal de Cultura de São Paulo e Políticas Públicas de Cultura*. E-mail: mcarololiveira@gmail.com

\*\*\*\* Mestra em Estudos Culturais pela Universidade de São Paulo (EACH-USP); Especialista em Políticas Públicas (CLACSO) e em Cultura e Comunicação pela Universidade Paris VIII. Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela FAAP e Artes Plásticas pela Schule Belletristik. No campo cultural atua com mapeamentos de dados, políticas públicas de cultura, gestão, mediação, pesquisa e docência, para diversas instituições culturais públicas e privadas. Atua como editora de conteúdo, pesquisadora e docente no Observatório da Diversidade Cultural ODC (MG). Integra o grupo de pesquisa em cultura do núcleo de Desenvolvimento no CEBRAP (SP) e o Grupo de Pesquisas em Arquitetura e Urbanismos do SUL do MALOCA (UNILA-PR).  
E-mail: anap.doval@gmail.com

## Três pautas em destaque na agenda de diversidade cultural da Unesco: ambiente digital, tratamento preferencial e participação da sociedade civil

### Three highlighted agendas in Unesco's cultural diversity agenda: digital environment, preferential treatment and civil society participation

Danilo Júnior de Oliveira\*\*

Maria Carolina Vasconcelos Oliveira\*\*\*

Ana Paula do Val\*\*\*\*

#### Resumo

O artigo tem como objetivo apresentar três dos principais temas em debate na Unesco em relação à Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005. Trata-se das agendas de a) participação das organizações da sociedade civil; b) tratamento preferencial aos profissionais, bens e serviços culturais dos países em desenvolvimento e; c) adequação e ampliação dos instrumentos da Convenção para o ambiente digital. O artigo apresenta o desenvolvimento das discussões de cada uma dessas agendas no campo normativo da Unesco, bem como demonstra os principais pontos críticos que tais questões envolvem. A participação das organizações da sociedade civil, uma das diretrizes que orientam a Convenção de 2005, é proposta como eixo transversal dessa análise, considerando-se que os desenvolvimentos empíricos relacionados a essa temática interferem nas evoluções das outras agendas analisadas neste artigo.

**Palavras-chave:** Diversidade cultural. Unesco. Participação social. Tratamento preferencial. Ambiente digital.

#### Abstract

The article aims to present three of the main topics under discussion at Unesco within the scope of the 2005 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. These are the agendas for a) the participation of civil society organizations; b) preferential treatment for cultural professionals, goods and services in developing countries and; c) adequacy and expansion of the Convention's instruments for the digital environment. The article presents the development of the discussions of each of these agendas in the normative field of Unesco, as well as demonstrating the main critical points that such issues involve. The participation



of civil society organizations, one of the guidelines that guide the 2005 Convention, is proposed as a transversal axis of this analysis, considering that the empirical developments related to this theme interfere in the evolution of the other agendas analyzed here.

**Keywords:** cultural diversity; Unesco; social participation; preferential treatment; digital environment

## 1 Introdução: a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco

Este artigo discute três agendas temáticas que têm se mostrado centrais para as esferas de discussão e decisão da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Unesco na última década, valendo-se de análise documental, entrevistas e observação participativa dos autores em sessão de um de seus órgãos gestores (a 13ª sessão do Comitê Intergovernamental da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ocorrida em Paris em fevereiro de 2020<sup>1</sup>). A Convenção, implementada em 2005, consiste num dos principais instrumentos normativos que orientam as agendas de políticas culturais do mundo, prevendo, em seus artigos, conceitos e diretrizes de ação que partem de uma noção ampliada de cultura (não restrita somente às expressões artísticas) e da diversidade de expressões culturais como um ativo central para os processos de desenvolvimento cultural, social e econômico.

Analisamos, neste artigo, a evolução de três agendas específicas que ganharam centralidade no âmbito da

Convenção na última década: a participação da sociedade civil e os mecanismos para viabilizá-la; o tratamento preferencial a profissionais da cultura e bens e serviços culturais de países em desenvolvimento e; a adequação e ampliação dos instrumentos da Convenção para o ambiente digital. Apesar de cada uma dessas agendas ter sua especificidade e trajetória de desenvolvimento, a análise proposta aborda a primeira dessas questões – a participação da sociedade civil – como espécie de eixo transversal, uma vez que os desenvolvimentos empíricos relacionados a esse assunto direcionam as evoluções das outras agendas. Isso ocorre, em parte, de maneira prevista e relativamente controlada, posto que a própria Unesco define a participação social como uma das diretrizes que orientam a Convenção, mas, em parte, também num processo sujeito a discricionariedades e a alguma imprevisibilidade, uma vez que os resultados da participação tendem a variar bastante em função dos tipos de atores sociais que se engajam mais ativamente às instâncias de debate e decisão.

A criação de instrumentos político-jurídicos para tratar a diversidade cultural em âmbito internacional foi motivada, de forma mais geral, pelo fenômeno que reconhecemos como globalização e, em grande medida, por questões comerciais envolvendo trocas culturais decorrentes desse processo. A intensificação nos fluxos de bens e pessoas ocorrida nas últimas décadas do século XX deram mais visibilidade ao debate sobre as especificidades do comércio internacional de bens e serviços culturais. A expansão dos processos migratórios e o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação provocaram profundas mudanças na circulação de bens e serviços culturais, relativizando a relação entre identidade cultural e território e desencadeando uma série de debates acerca, primeiramente, do risco de um eventual processo de homogeneização cultural ou, de forma mais realista, de inúmeros processos de hibridização cultural<sup>2</sup>.

Para além de suas reverberações no debate sobre identidades, esse processo teve implicações no âmbito do comércio internacional. Alguns países passaram a buscar um tratamento diferenciado para os bens culturais nas negociações comerciais no âmbito da Orga-

<sup>1</sup> A participação dos autores na 13ª sessão do Comitê Intergovernamental deu-se por conta de um convite da Unesco para apresentação, no painel *Create 2030*, dos resultados do Projeto *Fortalecendo Redes Culturais*, que os mesmos desenvolveram, no âmbito do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap, São Paulo) e que foi financiado pelo Fundo Internacional da Diversidade Cultural. As especialistas entrevistadas para esta pesquisa são: Giselle Dupin (pesquisadora do Observatório da Diversidade Cultural, integrante do banco de especialistas da UNESCO para a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e servidora do Ministério da Cultura desde 2006), Nathalie Guay (coordenadora geral da Coalizão para a Diversidade de Expressões Culturais do Canadá e da Federação Internacional de Coalizões para a Diversidade Cultural – FICDC) e Cornelia Dümcke (fundadora e diretora do *Culture Concepts*, instituto independente de pesquisa e consultoria em cultura sediado em Berlim e integrante do quadro de especialistas em políticas culturais da Unesco).

<sup>2</sup> MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005; BURKE, Peter. *Hibridismo Cultural*. São Leopoldo: Unisinos, 2003; CANCLINI, Néstor García. *Culturas Híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: Edusp, 1998.

nização Mundial do Comércio (OMC), reivindicando uma exceção ao princípio geral do livre mercado nas transações comerciais que envolvessem as produções culturais – pelo fato de serem fruto de expressões humanas criativas, portadoras de identidades e significados<sup>3</sup>. Mas, como aponta Hanania<sup>4</sup>, o *General Agreement on Trade in Services* (Gats), acordo da OMC sobre comércio de serviços, não previa exclusão para nenhum setor específico, por isso não prosperaram as tentativas de instituir uma política da exceção cultural na OMC. Nas tratativas internacionais do final da década de 1990, a União Europeia substituiu a ideia de exceção cultural pelo discurso de proteção à diversidade cultural: muitos países recorreram a mecanismos de proteção e fomento de expressões culturais locais amparados por essa diretriz, visando impedir que estas fossem ameaçadas por formas mais hegemônicas e com potencial de difusão massivo. Como exemplo, tem-se as cotas de tela para a exibição de conteúdo audiovisual nacional, estabelecidas, principalmente, na França como estratégia para equilibrar a relação de concorrência com outras produções que possuíam maior potencial de penetração nos mercados (sobretudo produzidas nos Estados Unidos). Nesse contexto a discussão foi levada à Unesco no final da década de 1990<sup>5</sup>.

Giselle Dupin<sup>6</sup>, uma das especialistas entrevistadas para este artigo, justifica a emergência dessa agenda pela percepção de que as interações e trocas envolvendo bens e serviços culturais tendem a acontecer de maneira profundamente desigual, com um fluxo que ocorre predominantemente dos países economicamente mais desenvolvidos para os países em desenvolvimento – ainda que a circulação de bens e serviços culturais e o intercâmbio cultural resultantes dos processos da globalização não representem um problema em si, “já que a cultura, assim como a identidade, é construída na interação”<sup>7</sup>.

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, aprovada na 31ª reunião da conferência geral da Unesco (2001), tornou-se importante marco internacional ao direcionar uma mudança hermenêutica acerca da ideia de diversidade cultural, que passou a ser considerada um fator preponderante de desenvolvimento socioeconômico. No entanto, de acordo com José Márcio Barros<sup>8</sup>: “a despeito de sua importância e força moral, a Declaração foi considerada pela grande maioria dos Estados membros uma resposta insuficiente para as ameaças que a atualidade apresenta para a diversidade cultural”. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural adotou uma concepção de cultura ampliada, definida como o “[...] conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social”. A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada na 33ª Conferência Geral da Unesco, já em 2005, representou uma abordagem mais consistente ao tema, à medida que estabelecia obrigações entre as Partes<sup>9</sup>.

A Convenção, que busca reconhecer a diversidade cultural como um patrimônio da humanidade a ser valorizado e cultivado em benefício de todos, trata da complementaridade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento, sendo, assim, um instrumento de contraponto à liberalização desregrada do comércio internacional de bens e serviços culturais. Entendendo essas produções em sua dupla natureza, econômica e cultural, pressupõe que, para além do valor comercial, elas carregam significados e identidades. Assim, a Convenção busca proteger e promover a diversidade das expressões culturais e equilibrar o livre fluxo de ideias e

*Itaú Cultural*, São Paulo, n. 8, abr./jul. 2009. p. 13.

<sup>8</sup> BARROS, José Márcio. Observatório da diversidade cultural: uma proposta de multiterritorialização. In: CALABRE, Lia (org.). *Políticas culturais: diálogos e tendências*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2010. p. 210.

<sup>9</sup> Vale lembrar o papel determinante exercido pelo Brasil na aprovação do documento, sobretudo por meio da defesa da Convenção realizada pelo ex-ministro da Cultura, Gilberto Gil que influenciou positivamente todo o processo de construção e aprovação da Convenção. (MIGUEZ, Paulo. Algumas notas sobre comércio internacional de bens e serviços culturais. In: BARROS, José Márcio; KAUARK, Giuliana (orgs.). *Diversidade cultural e desigualdade de trocas: participação, comércio e comunicação*. São Paulo: Observatório da Diversidade Cultural; PUC Minas, 2011; DUPIN, Giselle. O governo brasileiro e a diversidade cultural. In: BARROS, José Márcio (org.). *Diversidade Cultural: da proteção à promoção*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008; DUPIN, Giselle. Entrevista concedida em 17 de junho de 2020).

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Danilo Júnior de. *Direitos culturais e políticas públicas: os marcos normativos do Sistema Nacional de Cultura* (Tese). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

<sup>4</sup> HANANIA, Lilian Richeri. *O impacto da convenção da Unesco sobre o debate “comércio e cultura”*. In: BARROS, José Márcio; KAUARK, Giuliana (orgs.). *Diversidade cultural e desigualdade de trocas: participação, comércio e comunicação*. São Paulo: Observatório da Diversidade Cultural; PUC Minas, 2011.

<sup>5</sup> DUPIN, Giselle. Para entender a Convenção. *Revista Observatório Itaú Cultural*, São Paulo, n. 8, abr./jul. 2009.

<sup>6</sup> DUPIN, Giselle. Para entender a Convenção. *Revista Observatório Itaú Cultural*, São Paulo, n. 8, abr./jul. 2009. p. 13.

<sup>7</sup> DUPIN, Giselle. Para entender a Convenção. *Revista Observatório*



obras de modo apropriado por meio dos princípios da abertura e do equilíbrio<sup>10</sup>.

Outro princípio da Convenção – e da própria concepção de Estado moderno – constitui a afirmação da soberania dos Estados para adotarem suas próprias políticas destinadas à diversidade cultural em seus territórios. Dentre os objetivos apresentados no artigo 1º, destaca-se a criação de condições para que as culturas possam florescer e interagir livremente, de modo mutuamente benéfico, impedindo o aniquilamento de culturas que não correspondam às condições e pressupostos dirigentes do mercado<sup>11</sup>.

Com a intenção de estabelecer mecanismos concretos para proteger e promover a diversidade cultural, a Convenção estabelece a Conferência das Partes (CP) e o Comitê Intergovernamental (CIG) como principais instâncias de governança e gestão, além do Secretariado que funciona como órgão de apoio. A Conferência das Partes é o órgão plenário e supremo da Convenção e celebra uma reunião ordinária a cada dois anos. Os componentes do Comitê Intergovernamental são eleitos pela Conferência das Partes, dentre as Partes, as reuniões do órgão são anuais. Além disso, a Convenção criou um mecanismo de financiamento a projetos, o Fundo Internacional para a Diversidade Cultural (FIDC), focado especialmente no financiamento de projetos de países em desenvolvimento<sup>12</sup>.

## 2 A participação social no âmbito da Convenção de 2005

A participação das organizações da sociedade civil (OSCs) que atuam internacional ou regionalmente é um importante elemento de legitimação e controle social para a construção dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos. E, nas questões atinentes aos direitos humanos culturais, em especial à proteção e promoção da diversidade cultural, não é diferen-

te<sup>13</sup>. Na verdade, como cultura e diversidade envolvem temáticas relacionadas aos sentidos, significados, identidades, pode-se dizer que os mecanismos de participação social para a construção e implementação dos instrumentos internacionais é, ainda, mais fundante.

A Convenção de 2005 ecoa o princípio da participação social por meio de diversos artigos e diretrizes operacionais, mais notada e diretamente no seu artigo 11, que reconhece a importância da sociedade civil para a concretização dos seus objetivos. A partir dessa diretriz, a Unesco busca assegurar essa participação em suas esferas de decisão e governança que são a Conferência das Partes e o Comitê Intergovernamental. Segundo a Unesco<sup>14</sup>, a sociedade civil, por meio de organizações atuantes em diversas agendas da cultura, participou da redação da Convenção. Essas organizações defendiam a criação de um instrumento jurídico internacional para promover a diversidade cultural e um tratamento específico aos bens e serviços culturais e a setores específicos das cadeias de produção cultural.

Em sua segunda reunião, no ano de 2009, a Conferência das Partes aprovou um conjunto de orientações práticas que detalharam o papel e a participação da sociedade civil organizada, prevendo dois âmbitos de atuação: a) contribuição na implementação dos dispositivos previstos na Convenção e; b) contribuição nos trabalhos dos órgãos dirigentes da Convenção. A contribuição da sociedade civil, relativa à aplicação da Convenção deve se dar, por exemplo, no apoio das organizações aos Estados para a formulação e implementação das políticas culturais que promovam a diversidade cultural e, também, em relação à participação na produção dos informes periódicos que as Partes apresentam à Unesco, trazendo, assim, mais transparência ao processo. É recomendado que as Partes estimulem a sociedade civil a participar da aplicação da Convenção, facilitando o acesso à informação e fortalecendo as suas capacidades nos temas envolvidos. Também é fundamental a contribuição da sociedade civil para a

[...] promoção de expressões culturais específicas, dando oportunidade de se expressar a grupos como as mulheres, as pessoas pertencentes a minorias e aos povos indígenas, para que na formulação das políticas culturais sejam levadas em conta as

<sup>10</sup> UNESCO. *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 20 October 2005, 33rd session of the General Conference. Paris: UNESCO, 2005.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Danilo Júnior de. *Direitos culturais e políticas públicas: os marcos normativos do Sistema Nacional de Cultura*. (Tese). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Danilo Júnior de. *Direitos culturais e políticas públicas: os marcos normativos do Sistema Nacional de Cultura*. (Tese). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

<sup>13</sup> A Declaração do México (1982), por exemplo, estimulou a participação social nos processos de tomada de decisão sobre a vida cultural da comunidade.

<sup>14</sup> UNESCO. *Re|Shaping Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development*. Paris: UNESCO, 2018. p. 20.

condições e necessidades particulares de todos<sup>15</sup>.  
(Tradução dos autores).

A respeito do papel da sociedade civil nos trabalhos dos órgãos dirigentes da Convenção, a Unesco prevê que as organizações da sociedade civil participem tanto das sessões da Conferência das Partes quanto das sessões do Comitê Intergovernamental. As OSCs que atuam em áreas cobertas pela Convenção podem, inclusive, ser convidadas a solicitar credenciamento permanente às sessões dos órgãos dirigentes. A Convenção, por meio das diretrizes operacionais regulamentares dos seus órgãos, trata dos requisitos e condições de possibilidade para a participação das OSCs nas sessões. Sobre essa questão, uma das decisões da 14ª reunião do Comitê, realizada em 2021, solicitou a Secretaria que, dentro das normas previstas, facilitasse o processo de admissão das organizações da sociedade civil para participar das suas reuniões estatutárias e, ao mesmo tempo, incentivou as OSCs a atender os critérios de admissão previstos nas diretrizes operacionais sobre o “Papel e Participação da Sociedade Civil”<sup>16</sup>.

Para fins dos instrumentos que regem a questão da diversidade cultural no âmbito da Unesco, de acordo com o artigo 7.4 das Regras de Procedimento do Comitê Intergovernamental, podem ser reconhecidas como partes interessadas: organizações não governamentais, organizações sem fins lucrativos, profissionais do setor cultural e de setores associados e, ainda, os grupos que apoiam o trabalho de artistas e comunidades culturais atuantes nos temas previstos pela Convenção.

Nesse ponto é necessário notar que, quando se fala em participação social no âmbito de instrumentos internacionais e de seus órgãos decisórios, não se trata de uma participação popular direta, mas da possibilidade de que organizações formais da sociedade civil, que atuem em áreas de cobertura de um determinado tratado, possam se fazer representar. Como pontua Michele Balbino, ao tratar da participação social para a construção do direito ambiental global, a participação social é considerada gênero que comporta várias espécies, tais como participação popular, participação

da sociedade civil organizada (ONG’s, grupos formalizados) e participação dos demais stakeholders<sup>17</sup>. O que se pode problematizar no caso da Convenção são os limites da participação social na temática da diversidade cultural, considerando-se a espontaneidade e a informalidade características de muitas expressões culturais não institucionalizadas.

Se o reconhecimento da participação da sociedade civil enquanto valor democrático no âmbito da Convenção é incontestado, o que poderia ser problematizado, na atual fase de desenvolvimento desses mecanismos – que estão em processo de aprimoramento –, é a forma como se configura a participação na prática e quais os seus desdobramentos. Considerando-se essa questão, valeria aprofundar uma investigação empírica longitudinal sobre quais organizações da sociedade civil têm conseguido participar sistematicamente e fazer representar suas percepções e demandas juntamente às instâncias decisórias da Convenção, bem como sobre como a diversidade cultural está representada de fato no âmbito dessa participação. Outra necessidade seria a de acompanhar as maneiras pelas quais se operacionaliza, na prática, a participação social – entendendo, por exemplo, em que situações cabe à sociedade civil somente validar ou reagir a agendas pautadas pelos órgãos diretores e pelas Partes da Convenção ou quando efetivamente pode propor pautas e encaminhamentos.

Essa discussão sobre o papel mais específico da sociedade civil e os mecanismos para viabilizar sua participação teria começado já em 2007<sup>18</sup>. Para Cornelia Dümcke (fundadora da instituição alemã *Culture Concepts* e integrante do quadro de especialistas em políticas culturais da Unesco), em entrevista concedida, as possibilidades de intervenção da sociedade civil foram se aprimorando durante os 15 anos da Convenção, embora as OSCs ainda participem muito mais a partir de um lugar de observadores, com mais espaço para reagir às decisões do Secretariado e da mesa diretora do que para de fato propor pautas. Ela historiciza três níveis de intervenção que foram sendo conquistados: num primeiro momento, os representantes das OSCs, presentes no

<sup>15</sup> United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Textos fundamentales de la Convención de 2005 sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*. Paris: UNESCO, 2019. p. 49.

<sup>16</sup> UNESCO. DCE/21/14.IGC/15 VER. 14.IGC. Decisions. In: FOURTEENTH Session of the Intergovernmental Committee. Fev. 2021.

<sup>17</sup> BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. A participação social na construção do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, dez. 2017. p. 83.

<sup>18</sup> United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). *Textos fundamentales de la Convención de 2005 sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*. Paris: UNESCO, 2019.

auditório como observadores, podiam “levantar a mão e fazer comentários individuais” (Dümcke em entrevista concedida); depois, passaram a ter um espaço, dentro da própria estrutura dos encontros para discutirem de forma mais organizada e prepararem suas intervenções, buscando levar ao plenário reações e demandas já mais alinhadas e negociadas entre si – considerando que há uma diversidade muito grande de objetivos e trajetórias entre as próprias OSC. Essa articulação teria desencadeado a implementação dos Fóruns da sociedade civil, que começam a acontecer a partir de 2017. Num terceiro momento, com os Fóruns já sistematizados, as OSC passaram também a poder apresentar *reports* ou documentos escritos sistematizando suas percepções e questões. Nathalie Guay (coordenadora geral da Federação Internacional de Coalizões para a Diversidade Cultural – FICDC), em entrevista concedida, no mesmo sentido, comenta que, apesar de a demanda por mais participação e interlocução com as esferas de governança da Convenção tenha partido da sociedade civil, os primeiros encontros eram muito mais “puxados” pela Unesco e tinham uma dinâmica de consulta, em que a instituição apresentava as ideias e as organizações da sociedade civil somente reagem. Para as entrevistadas, os mecanismos que permitem ao Secretariado e à mesa diretora incorporarem essas discussões de maneira mais direta nas agendas, no entanto, ainda estão sendo aprimorados.

Vale lembrar que, desde os anos 1980, a Unesco conduziu uma ampliação – e, de algum modo, uma democratização – da concepção de cultura para além das linguagens artísticas. Isso teve impactos nos instrumentos normativos do organismo internacional e influenciou recomendações realizadas às Partes da Convenção, no sentido de ampliação da abrangência de suas políticas culturais. Com o advento da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural<sup>19</sup>, esse movimento ficou, ainda, mais evidente, a julgar pela ampla concepção de cultura adotada por ela (não restrita às expressões artísticas). Sabe-se, no entanto, que a Convenção de 2005 não trata de todos os aspectos da diversidade cultural envolvidos na Declaração de 2001<sup>20</sup>, estando mais centrada nas ex-

pressões culturais organizadas em campos relativamente especializados, que produzem bens e serviços culturais passíveis de serem objetos de trocas comerciais. Ainda assim, é claramente perceptível, no próprio texto da Convenção, que ela segue a tradição da Unesco em compreender que as expressões culturais não se restringem ao universo dos bens e serviços artísticos e podem abranger outras dimensões do campo simbólico, como por exemplo modos de vida e sistemas de valores.

Interessa destacar a esse respeito que as organizações e associações mais institucionalizadas, incluindo algumas federações de produtores de linguagens artísticas com atuação bastante consolidada, parecem se fazer representar com mais força nos espaços participativos institucionais relacionados à Convenção. Isso é uma consequência não só do escopo primeiro da Convenção (de articular uma cooperação internacional para a promoção de maior equilíbrio nas trocas de bens culturais), mas também, em alguma medida, do fato de tais OSCs terem trajetórias históricas e relações de poder mais consolidadas, quando comparadas a organizações como as que tratam de identidades ou de culturas comunitárias, por exemplo. O maior risco decorrente dessa constatação é de que as agendas relacionadas à Convenção sejam excessivamente pautadas pelas demandas do universo das linguagens artísticas – vale lembrar que algumas delas contam com associações setoriais desde a primeira metade do século XX –, ou de outras expressões culturais produzidas em contextos de maior especialização e institucionalização, o que poderia resultar numa sub-representação de temas atinentes às peculiaridades de outras expressões culturais que não estejam sociológica e economicamente tão organizadas. Há, ainda, o risco de se priorizar, nas discussões conduzidas, a participação de países em que tais expressões encontram-se mais desenvolvidas e consolidadas, via de regra os países do norte Global. Giselle Dupin, pesquisadora brasileira que integra o banco de especialistas da Unesco para assuntos relacionados à Convenção, pontua, nesse sentido:

e nisso está a particularidade da América do Sul: o nosso movimento cultural não se restringe a área artística, a gente tem uma questão de identidade, de cultura comunitária muito mais forte. [...] Em alguns países a cultura, o movimento cultural e a política cultural estão restritas aos grupos artísticos, não têm a dimensão que têm aqui, que amplia [o escopo de atores e temas engajados no debate]<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> UNESCO. *Universal Declaration on Cultural Diversity*, 2 november, 31rd session of the General Conference. Paris: UNESCO, 2001.

<sup>20</sup> “A Convenção para a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais não cobre todos os aspectos da diversidade cultural mencionados pela Declaração Universal UNESCO para a Diversidade Cultural. Ela lida com campos temáticos específicos da Declaração, tais como os seus artigos 8 a 11.”

<sup>21</sup> DUPIN, Giselle. Entrevista concedida em 17 de junho de 2020.



Nos dois tópicos que seguem, procuraremos refletir sobre como a presença de determinados grupos da sociedade civil influenciam na emergência de certas pautas e orientam os debates, direcionando a discussão para determinados termos e não outros, de modo a exemplificar como a dimensão da participação social e suas condições podem interferir no desenvolvimento de outras agendas previstas pela Convenção. Trata-se de considerar que o contexto mais geral de desigualdades sociais e geopolíticas pode impactar o exercício democrático da participação social. Por isso também é importante refletir sobre a promoção da diversidade e a redução dos desequilíbrios no âmbito dos espaços participativos.

Os relatórios globais resultantes dos informes mundiais das Convenções (2015 e 2018) sistematizam objetivos, problemáticas e recomendações do instrumento internacional de 2005, dedicando atenção especial à questão da participação das organizações da sociedade civil. Neles, foram apontadas quatro diretrizes de atuação centrais para as Partes e demais atores da Convenção, sendo a primeira delas particularmente importante para as questões relativas à sociedade civil: fortalecer a governança da cultura, apoiando sistemas sustentáveis. O caráter participativo e a transparência compõem a ideia mais elementar de governança sustentável. Além disso, nos regimes democráticos, não há de se falar em legitimidade de uma política pública formulada e implementada pelos agentes estatais sem a participação da sociedade civil.

O informe de 2018, mais especificamente, apresentou o estado da arte sobre o objetivo de fortalecimento dos sistemas sustentáveis de governança da cultura, apontando que pode ser considerado um dos avanços da Convenção a motivação – participativa – da sociedade civil aos temas relativos às políticas culturais. De outro lado, foi mencionado como um problema a “carência de capacidades da sociedade civil para influir plenamente na ação em matéria de políticas”<sup>22</sup>. E o documento, ainda, recomendou às Partes que proporcionassem à sociedade civil competências e recursos adequados para permitir sua efetiva participação nos órgãos da Convenção. Além disso, o documento estabelece um alinhamento dos princípios trazidos pela Convenção aos chamados Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas

<sup>22</sup> UNESCO. *Re|Shaping Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development*. Paris: UNESCO, 2018. p. 33.

(ONU). E, de fato, o ODS 16, que trata de “Paz, justiça e instituições sólidas”, repercute muito no tema das políticas culturais participativas e colaborativas. Diante de todos esses esforços realizados por meio de medidas normativas e estruturantes,

começa-se a comprovar os efeitos da aplicação da Convenção na governança colaborativa e a elaboração de políticas com a participação de múltiplas partes interessadas, sobretudo em alguns países em desenvolvimento e nos âmbitos da economia criativa e na educação cultural<sup>23</sup>. (Tradução dos autores).

De fato, ocorreu uma positiva institucionalização da participação da sociedade civil nos órgãos diretivos da Convenção e as OSCs passaram a atuar de modo mais articulado. Vale mencionar que, em 2015, o Comitê Intergovernamental tomou três decisões que corroboram tais avanços: a) a criação de uma reunião de trabalho entre a Mesa do Comitê e os representantes das OSCs, realizada antes de iniciada as reuniões estatutárias do órgão; b) a inclusão de um item específico na pauta das reuniões estatutárias do Comitê para a sociedade civil e; c) a instituição de um Fórum da Sociedade Civil, que deve ocorrer bianualmente. O Fórum da Sociedade Civil busca estruturar e sistematizar a participação das organizações da sociedade civil no âmbito dos órgãos dirigentes da Convenção (Conferência das Partes e o Comitê Intergovernamental), além de possibilitar a articulação de cooperações entre as OSC’s.

Em meados de 2019, foi realizado o segundo Fórum da Sociedade Civil que contou com a representação de mais de sessenta OSCs internacionais. E, de acordo com o relatório do encontro apresentado à Conferência das Partes e ao Comitê Intergovernamental, “[...] o evento foi marcado pela grande diversidade de seus participantes, que veio de todas as regiões do mundo e de uma ampla variedade de setores, como publicação, música, cinema e teatro”<sup>24</sup>. Esse trecho do documento, por si só, reforça a centralidade que as produções culturais mais especializadas possuem nesses espaços de participação.

Segundo Giselle Dupin, em entrevista concedida, duas das agendas que estão sendo discutidas no âmbito

<sup>23</sup> UNESCO. *Re|Shaping Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development*. Paris: UNESCO, 2018. p. 35.

<sup>24</sup> UNESCO. Report on the 2nd Civil Society Forum. *In: 13TH SESSION of the Intergovernmental Committee*. Paris: UNESCO, 2020b. Disponível em: [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc\\_inf6\\_civil\\_society.pdf](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc_inf6_civil_society.pdf). Acesso em: ago. 2020.

da Convenção nos últimos anos e que recebem reverberações da participação da sociedade civil são as novas diretrizes para aplicação da Convenção no meio virtual e a retomada da agenda do Estatuto do Artista. Para ela, “grande parte dos grupos da sociedade civil que se faz representar nas reuniões é de artistas, então a questão do Estatuto do Artista é algo que a Unesco retomou com força [por conta da] pressão da sociedade civil nesse sentido. [...] A Unesco fica sensível a essa participação” (Dupin em entrevista concedida). Tais temas serão tratados nos próximos tópicos.

### 3 Tratamento preferencial de profissionais, bens e serviços culturais do Sul global e sinergias com a Recomendação sobre o Estatuto do Artista

Como dito na Introdução, a Convenção é orientada por uma diretriz mais geral de promover o desenvolvimento e reduzir as desigualdades globais. Por conta disso, prevê uma série de medidas para fortalecer as indústrias culturais nos países em desenvolvimento, relacionadas à capacitação, transferência de tecnologia, transferência de recursos, estabelecimento de parcerias (notadamente em seu artigo 15), abertura de mercados e tratamento preferencial em negociações. O artigo 16 explicita a diretriz de tratamento preferencial, orientando países desenvolvidos a facilitar trocas com países em desenvolvimento, garantindo, por meio de aparatos legais e institucionais, o tratamento preferencial a artistas e outros profissionais da cultura de países menos desenvolvidos, bem como a bens e serviços produzidos nesses países<sup>25</sup>.

Segundo o item 8 da agenda da 13ª sessão do Comitê Intergovernamental, o artigo 16 da Convenção “cria uma obrigação aos países desenvolvidos em favor dos países em desenvolvimento”<sup>26</sup>, contribuindo,

diretamente, para o objetivo fundamental de corrigir desequilíbrios nos fluxos globais de bens e serviços. E, assim, facilitar o acesso dos profissionais do Sul global aos mercados e audiências de todo o mundo a uma diversidade maior de expressões culturais<sup>27</sup>. A ideia de tratamento preferencial, dessa forma, além de consistir numa agenda de trabalho específica do Comitê Intergovernamental e Conferência das Partes, também se apresenta presente de maneira transversal em outras agendas.

Dados e informações de monitoramento desta agenda são apresentados nos relatórios globais<sup>28</sup>, desenvolvidos com base nos informes quadrienais enviados pelas Partes. O relatório de 2015 elencou quatro objetivos para serem trabalhados nos anos seguintes e, entre eles, estavam o de alcançar um fluxo mais equilibrado de bens e serviços culturais entre países mais e menos desenvolvidos e o de aumentar a mobilidade de artistas e profissionais da cultura – a mobilidade de pessoas, especialmente de artistas, tem sido uma das principais agendas relacionadas a esse tema. No relatório de 2018, Cliche e Isar<sup>29</sup> apontam três principais áreas de monitoramento para a agenda do tratamento preferencial, a mobilidade de artistas e profissionais da cultura, os fluxos de bens e serviços culturais e os tratados e acordos comerciais entre países (muitos dos quais incluem cláusulas culturais).

Analisando-se, especificamente, dados sobre mobilidade de artistas e profissionais da cultura, Bennaoui<sup>30</sup> mostra que os mercados do Norte global, apesar de entendidos como os mais importantes das cenas artísticas – tanto em termos comerciais quanto em termos de consagração –, ainda são destinações muito restritas para profissionais do sul, sobretudo por conta de medi-

en.pdf. Acesso em: ago. 2020.

<sup>25</sup> UNESCO. DCE/20/13.IGC8 - Item 8 of the Provisional Agenda: Preferential treatment: addressing imbalances in trade relations and barriers to the mobility of artists and cultural professionals. In: 13TH SESSION of the Intergovernmental Committee. Paris: UNESCO, 2020c. Disponível em: [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc\\_8\\_preferential\\_treatment\\_en.pdf](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc_8_preferential_treatment_en.pdf). Acesso em: ago. 2020.

<sup>26</sup> United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). Re|Shaping Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.

<sup>27</sup> CLICHE, Danielle; ISAR, Yudhishtir Raj. Introduction: Advancing creativity for development. In: Re|Shaping Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO,

<sup>30</sup> BENNAOUI, Khadija El. Surviving the paradoxes of mobility. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.

<sup>25</sup> UNESCO. *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 20 October 2005, 33rd session of the General Conference. Paris: UNESCO, 2005.

<sup>26</sup> UNESCO. DCE/20/13.IGC8 - Item 8 of the Provisional Agenda: Preferential treatment: addressing imbalances in trade relations and barriers to the mobility of artists and cultural professionals. In: 13TH SESSION of the Intergovernmental Committee. Paris: UNESCO, 2020c. Disponível em: [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc\\_8\\_preferential\\_treatment\\_](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc_8_preferential_treatment_)

das recentes de segurança internacional. A dificuldade para a liberação de vistos para profissionais do Sul aparece como um tópico extremamente sensível para esta agenda. Os dados mostram, também, que profissionais da cultura dos países do Sul são elegíveis para, apenas, 18% dos financiamentos para mobilidade de artistas/trabalhadores da cultura de países do Norte. Trazendo dados específicos de acesso às grandes bienais e exposições de artes visuais, por exemplo, Bennaoui<sup>31</sup> mostra como eventos como Manifesta (Suíça), Documenta (Alemanha) e Bienal de Veneza (Itália), em edições recentes de 2015 a 2017, ainda tinham entre 60% e 90% dos seus artistas originários de países do Norte.

Analisando a produção de bens e serviços culturais por países menos e mais desenvolvidos, Deloumeaux<sup>32</sup> mostra que houve aumento na proporção daqueles que são produzidos pelos primeiros (de 25% do total de fluxos em 2005 para 45% em 2014), mas ainda há barreiras comerciais consideráveis para esses produtos nos mercados no Norte global. Já Guèvremont<sup>33</sup> mostra que há um número crescente de acordos comerciais de menor alcance (principalmente bilaterais) que incluem cláusulas culturais, mas que nos acordos maiores, via de regra, não há compromisso com essa agenda. Além disso, como o documento resultante da 13ª sessão do Comitê Intergovernamental deixa claro, os acordos de cooperação bilateral entre países não atendem, propriamente, a diretriz de tratamento preferencial, que por definição pressupõe não reciprocidade<sup>34</sup>.

Como se pode notar, a discussão sobre tratamento preferencial está referenciada, principalmente, nas cadeias de produção culturais que se organizam de forma especializada e que produzem bens e serviços passíveis de serem trocados num contexto econômico, bem

como nas demandas de seus trabalhadores. Ou seja, debate é bastante centrado nas indústrias culturais em específico, sobretudo na produção artística – mais do que no universo mais amplo das expressões culturais. Em parte por conta disso, a discussão sobre a mobilidade de artistas e profissionais das indústrias culturais apareceu, na 13ª sessão do Comitê Intergovernamental em 2020, bastante relacionada a uma agenda mais geral de condições de trabalho dos artistas. Na sessão em questão, isso ainda se explica pelo aniversário da Recomendação sobre o Estatuto do Artista, de 1980, que recolocou as condições de trabalho artístico na agenda de debates.

Vale lembrar que, segundo Dupin<sup>35</sup>, em entrevista concedida em 2020, a retomada desse documento foi amparada por uma mobilização das organizações da sociedade civil que participam das esferas de decisão, muitas delas associações de produtores artísticos. A agenda de tratamento preferencial à produção e aos trabalhadores de cultura dos países em desenvolvimento, no que tange especificamente à mobilidade de pessoas (um de seus temas mais centrais), tem um ponto de encontro importante com a agenda da participação da sociedade civil, já que, dentro das próprias esferas de discussão e decisão da Convenção, via de regra, as OSCs que participam das reuniões são majoritariamente de países do Norte – o que se explica pelos próprios custos logísticos envolvidos no acompanhamento desses eventos, como também por barreiras de idioma. Torna-se, portanto necessário ampliar a discussão sobre tratamento preferencial e mobilidade de pessoas para dentro das próprias estruturas de participação previstas pela Unesco, garantindo melhores condições de participação para países em desenvolvimento também nessas esferas. Esse assunto tem sido discutido tanto nos documentos produzidos pela Unesco quanto nos Fóruns da sociedade civil.

### 3.1 A Recomendação sobre o Estatuto do Artista de 1980

A Recomendação sobre o Estatuto do Artista foi adotada na 21ª sessão da Conferência Geral da Unesco de 1980, realizada em Belgrado. Esse instrumento tem como objetivo “melhorar o status profissional, social e econômico dos artistas por meio da implementação de políticas e medidas relacionadas a treinamento, se-

<sup>31</sup> BENNAOUI, Khadija El. Surviving the paradoxes of mobility. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018

<sup>32</sup> BENNAOUI, Khadija El. Surviving the paradoxes of mobility. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.

<sup>33</sup> GUÈVREMONT, Véronique. The Convention in other international forums: a crucial commitment. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.

<sup>34</sup> UNESCO. DCE/20/13.IGC8 - Item 8 of the Provisional Agenda: Preferential treatment: addressing imbalances in trade relations and barriers to the mobility of artists and cultural professionals. In: 13TH SESSION of the Intergovernmental Committee. Paris: UNESCO, 2020c. Disponível em: [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc\\_8\\_preferential\\_treatment\\_en.pdf](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc_8_preferential_treatment_en.pdf). Acesso em: ago. 2020.

<sup>35</sup> DUPIN, Giselle. Entrevista concedida em 17 de junho de 2020.



guridade social, emprego, renda e condições tributárias, bem como a mobilidade e liberdade de expressão<sup>36</sup>. A recomendação, também, assegura o direito de organização dos artistas em associações, sindicatos ou outras organizações profissionais que defendam seus interesses e os representem. Naquele momento, já se reconhecia o valor do trabalho cultural (já nomeado como “criativo”<sup>37</sup>) e sua importância para os processos de desenvolvimento e crescimento econômico. A Convenção de Proteção e Promoção da Diversidade de Expressões Culturais de 2005 teria dado uma nova força ao Estatuto, reconhecendo o papel central dos artistas e profissionais da cultura para a promoção da diversidade, destacando questões como a mobilidade internacional e o tratamento preferencial.

A Recomendação sobre o Estatuto do Artista está fundada em outros tratados e acordos internacionais, principalmente na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus artigos relacionados ao direito ao trabalho, às condições favoráveis de trabalho, à seguridade social, à participação em associações profissionais, ao descanso remunerado, a padrões de vida adequados ao bem-estar e à participação na vida cultural da comunidade (artigos 22, 23, 24, 25 e 27). Partindo dessa concepção mais ampla de direitos, a Recomendação reconhece e partilha alguns pressupostos sobre a arte, os artistas e os processos de desenvolvimento, para depois apresentar alguns princípios orientadores e diretrizes, agrupados em diferentes capítulos temáticos.

Dois pressupostos bastante importantes e que orientam, explicitamente, o documento são a ideia de que o vigor e a vitalidade das artes dependem do bem-estar dos artistas, tanto individualmente quanto coletivamente, e a ideia de que o Estado deve garantir as condições (inclusive de trabalho) necessárias para o desenvolvimento de talentos. Alguns outros pressupostos constituem o reconhecimento das artes como parte fundamental da vida e a necessidade de apoio dos governos na criação e na garantia de liberdade de expressão, o reconhecimento de que todos os artistas são elegíveis a

se beneficiar de ações de seguridade social e da necessidade de o Estado garantir tais mecanismos, além de regular condições de trabalho e tributação a artistas. A necessidade de garantir a mobilidade internacional dos artistas é um tema destacado pela Recomendação sobre o Estatuto do Artista e atualizado em 2005 pela Convenção – assim como o tópico relacionado à liberdade de expressão.

Há dois pontos que valem ser destacados por auxiliarem a compreensão de como as discussões em torno das condições de trabalho do artista e do fomento à criação artística se desenvolvem no âmbito da Unesco. O primeiro, já mencionado, é a constatação de que as organizações profissionais de artistas têm tido uma participação importante nos encontros dos órgãos da Convenção nas últimas décadas – a centralidade do debate sobre artes, em específico, dentro do grande universo de expressões culturais, pode em parte ser explicado pela trajetória e capacidade de negociação dessas organizações. O segundo é o fato de os debates sobre produção artística no âmbito da Unesco serem bastante pautados pela discussão de propriedade intelectual e direito autoral – o que em parte, também, provavelmente, se explica pelo tipo de organização profissional que historicamente participa dessas conferências e sessões. No próprio Estatuto do Artista<sup>38</sup>, é recomendado que o apoio à produção artística por parte dos Estados parta de um alinhamento em relação às diretrizes de organizações como a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO). Especificamente na Conferência de 1980, a promoção de copyrights era uma das agendas centrais, que inclusive contava com uma linha específica de orçamento. A Conferência previa também o estabelecimento de uma associação entre Unesco e WIPO para a discussão sobre acesso dos países em desenvolvimento a conteúdos protegidos por leis de direito autoral<sup>39</sup>.

As discussões relacionadas à promoção das artes e ao tratamento aos artistas realizadas na Unesco têm o debate sobre direitos autorais como um de seus eixos centrais até os dias atuais. Como exemplo, vale citar que o atual programa ResiliART, lançado pela Unesco diante da situação da pandemia de Covid-19, teve seu debate

<sup>36</sup> UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). Decisions. In: 13TH SESSION of the Intergovernmental Committee. Paris: UNESCO, 2020a. Disponível em: [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc\\_decisions\\_en.pdf](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc_decisions_en.pdf). Acesso em: ago. 2020.

<sup>37</sup> UNESCO. Culture and working conditions for artists: implementing the 1980 Recommendation concerning the Status of the Artist<sup>2</sup>. Paris: UNESCO, 2019b. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000371790>. Acesso em: ago. 2020.

<sup>38</sup> UNESCO. *Recommendation concerning the Status of the Artists*. Belgrado: UNESCO, 1980. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114029.page=144>. Acesso em: ago. 2020.

<sup>39</sup> UNESCO. *Recommendation concerning the Status of the Artists*. Belgrado: UNESCO, 1980. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114029.page=144>. Acesso em: ago. 2020.

inicial organizado em parceria com a CISAC (Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs), organização cujo objetivo é proteger direitos e promover os interesses de criadores de todas as regiões do mundo e campos artísticos; música, audiovisual, teatro, literatura e artes visuais, “assegurando a remuneração justa dos criadores pelo uso de seus trabalhos em qualquer lugar do mundo”<sup>40</sup>.

Segundo Nathalie Guay (Federação Internacional de Coalizões para a Diversidade Cultural), em entrevista concedida, o debate sobre copyrights é fundamental não somente por uma questão comercial, mas antes disso porque envolve a questão da remuneração do autor – e, portanto, o reconhecimento de sua atividade como trabalho. É importante pontuar, no entanto, que o debate sobre direitos autorais vem sendo, no decorrer da história, majoritariamente pautado pelos países do Norte global, e que há uma polêmica em torno dessa discussão, pois, no limite, os direitos de autor podem colidir com outro direito fundamental, o do acesso à cultura. Essa é uma questão fundamental para ser discutida principalmente em países em desenvolvimento e/ou com contextos de grande desigualdade social. Dessa forma, se o propósito mais geral da Convenção é o de colaborar para a redução de desigualdades globais, parece fundamental buscar um equilíbrio entre as prerrogativas de direito do autor e de acesso à cultura.

Ainda sobre a retomada recente da discussão sobre o Estatuto do Artista, em entrevista concedida, Cornelia Dümcke (Culture Concepts) enxerga, de maneira bem interessante, o que nomeia como uma mudança de foco da economia da cultura, num sentido mais amplo e sistêmico, para a questão das condições do trabalho do artista e da remuneração do autor, num sentido mais individual. Seguindo a percepção de Dümcke – que concebe a “economia” da cultura como algo que deve ser pensado não apenas somente em função de seus retornos monetários, mas, a partir de seus desencadeamentos na sociedade como um todo, ou seja, a partir de uma concepção ampla de desenvolvimento que inclui também a dimensão do bem-estar –, vale notar ainda que tal mudança de foco pode abrir espaço para abordagens, nos níveis locais, mais focadas no indivíduo do que no desenvolvimento cultural como um todo.

<sup>40</sup> CONFÉDÉRATION INTERNATIONALE DES SOCIÉTÉS D'AUTEURS ET COMPOSITEURS (CISAC). *Qui Sommes-Nous?* Disponível em: <https://fr.cisac.org/>. Acesso em: ago. 2020.

Outro ponto passível de crítica nessa discussão, também já adiantado em outros momentos acima, é o fato de o debate correr o risco de ficar excessivamente centrado nas linguagens artísticas e nas expressões culturais que se organizam como produções mais especializadas, no sentido econômico e sociológico. Indo além, ainda que fosse o caso de recortar a discussão apenas para o universo das produções artísticas, faria falta, em alguns momentos do debate, uma visão mais sistêmica das mesmas. É sabido e preconizado pela própria Unesco (por exemplo, na abordagem dos ciclos de produção cultural<sup>41</sup>, que as cadeias de produção cultural envolvem uma série de etapas e profissionais para além daqueles que são socialmente legitimados como artistas. No limite, uma discussão excessivamente centrada na figura do artista pode desencadear interpretações que reduzam a complexidade da produção artística à etapa de criação e que carreguem uma visão romantizada da criação como algo que depende somente do artista como indivíduo. Isso pode abrir espaço para apropriações equivocadas, como as que tendem a explicar “talento” e “criatividade” como atributos individuais sem considerar as condições de produção e de formação. Para contextos de países em desenvolvimento e/ou que experimentam situações de grande desigualdade social e de acesso à educação, esse tipo de abordagem tenderia a ser ainda mais nociva, pelo fato de que a parcela de indivíduos que normalmente são reconhecidos como artistas tende a coincidir com a parcela mais rica e escolarizada da população. Ou seja, aqui, novamente, se estamos guiados por um compromisso mais amplo de redução de desigualdades e promoção do desenvolvimento, talvez seja necessário repensar alguns termos do debate.

#### **4 Adaptações da Convenção de 2005 para o meio digital: um novo campo produtor de linguagens**

Uma das pautas centrais da 13ª sessão do Comitê Intergovernamental (CIG) de 2020, bem como de outras reuniões que a antecederam, foi a implementação da Convenção de 2005 no ambiente digital. A possibilidade de criação de novas linguagens e transposição de práticas artísticas e culturais para os meios digitais

<sup>41</sup> DUPIN, Giselle. Para entender a Convenção. *Revista Observatório Itaí Cultural*, São Paulo, n. 8, abr./jul. 2009.

trouxe um conjunto de questões para a implementação da Convenção, os quais se referem a desafios e oportunidades decorrentes dos novos modos de criação, produção, divulgação e acesso a bens e serviços culturais e patrimônio, bem como a questões relacionadas a ataques à liberdade artística e mobilidade dos artistas, especialmente do Sul global. Podemos afirmar que os meios virtuais amplificaram as percepções das pessoas e das formas de compreensão do mundo, resultando em uma profunda transformação das indústrias culturais e das agendas das políticas de cultura.

O texto original da Convenção de 2005 não contempla os termos do ambiente digital, contudo, há menções sobre o reconhecimento das tecnologias de informação e comunicação e novas tecnologias como ferramentas de intensificação das interações culturais. Os artigos 12, 14 e 15 se referem à promoção de tecnologias e compartilhamento de informações, ampliação da visibilidade sobre a diversidade cultural, medidas de incentivo a ações de preservação e difusão de conteúdos culturais no campo das indústrias culturais e produção de conhecimentos especializados relativos à coleta de dados e estatísticas sobre a diversidade das expressões culturais.

Na 7ª sessão do CIG em 2013, uma das pautas emergentes foi a necessidade de se criar diretrizes operacionais para a implementação da Convenção em ambiente digital. Essas diretrizes foram apresentadas e regulamentadas em junho de 2017<sup>42</sup> e são uma interessante ferramenta para se aferir as contribuições da Convenção de 2005 para o desenvolvimento do ambiente digital. Vale ressaltar que as diretrizes operacionais não alteram o texto da Convenção, mas permitem sistematizar uma matriz de planejamento para sua interpretação e aplicação no ambiente digital. Assim, os países signatários da Convenção devem incorporar as tecnologias digitais em diversas dimensões, dentre elas em suas políticas culturais e ações de cooperação e efetivação do marco legal<sup>43</sup>.

As diretrizes têm por objetivo orientar países signatários a atuar para a proteção da produção cultural nos meios digitais, partindo do reconhecimento de que a dupla natureza – cultural e econômica – dos bens e serviços culturais é igualmente válida para as expressões culturais que circulam no ambiente digital e para aque-

las produzidas por meio de ferramentas digitais. Dentre outros princípios, vale destacar, a liberdade de expressão artística; os direitos para a criação, distribuição e acessibilidade de expressões; e o respeito aos direitos humanos no ambiente digital. Além disso, a discussão sobre adaptação para o ambiente digital incide sobre artigos específicos da Convenção, por exemplo, relacionados ao fortalecimento das capacidades dos países em desenvolvimento, ao combate à assimetria dos fluxos culturais no contexto da transição digital, ao estímulo à participação da sociedade civil, ao estímulo à coleta e ao compartilhamento de informações, estatísticas e boas práticas em matéria de proteção e promoção da diversidade<sup>44</sup>.

Para a aplicação dessas diretrizes, a Secretaria do CIG elaborou um documento definido como *Open Roadmap*, que compila um conjunto diversificado de boas práticas<sup>45</sup> e ferramentas concernentes à implementação das diretrizes operacionais da Convenção no ambiente digital<sup>46</sup>. Esse mapa, composto de resultados e atividades de referência para serem implementados entre dois e três anos, foi apresentado ao Comitê e à Conferência das Partes<sup>47</sup>.

Em sua 7ª sessão, a CP convocou as Partes a desenvolver roteiros nacionais para implementar a Convenção no ambiente digital de acordo com suas necessidades e recursos. Uma vez que os países não têm as mesmas oportunidades ou desafios, sobretudo os do Sul global, entende-se que não necessariamente optarão por priorizar os mesmos setores culturais e ao mesmo tempo. Cada país terá de escolher o ponto de partida de

<sup>42</sup> DUPIN, Giselle. A Diversidade Cultural no Ambiente Digital. *Boletim da Diversidade Cultural*, v. 70, n. 6, jul. 2017. p. 8.

<sup>43</sup> Para registro, os exemplos de boas práticas foram apresentados já na décima segunda sessão do IGC em 2018 e foram atualizados para a sétima sessão da CP em 2019 e para a décima terceira sessão do IGC em 2020, com o objetivo de ilustrar as atividades propostas no roteiro aberto para implementar a Convenção no ambiente digital. As fontes dos exemplos de boas práticas foram extraídas de informações compiladas nas duas edições do Relatório Global de Monitoramento da Convenção *Re|Shaping Cultural Policies* (2016 e 2018), da plataforma de monitoramento de políticas da UNESCO, dos relatórios quadriennais das Partes e da Pesquisa Global de Recomendação sobre o Estatuto do Artista em 1980 e aqueles da consulta sobre o estado do roteiro nacional realizada no outono de 2019.

<sup>44</sup> UNESCO. DCE/17/11.IGC/Dec. 11.IGC5.– Decisions. *In: ELEVENTH Session of the Intergovernmental Committee*. Dez. 2017b.

<sup>45</sup> UNESCO. DCE/19/7.CP/INF4 – Stakeholder outreach strategy, in accordance with the request made by the Conference of Parties in its Resolution 6.CP 12. *In: SEVENTH Session of Conference of Parties*. Jun. 2019a, b, c, d.

<sup>42</sup> UNESCO. DCE/17/6.CP/Res. 6.CP11 – Resolutions. *In: SIXIÈME Session de la Conférence des Parties*. Jun. 2017a.

<sup>43</sup> DUPIN, Giselle. A Diversidade Cultural no Ambiente Digital. *Boletim da Diversidade Cultural*, v. 70, n. 6, jul. 2017. p. 7.



seu roteiro nacional e o setor que estabeleceu após analisar sua situação atual, cuidados e recursos disponíveis. Destacando que o desenvolvimento de um roteiro requer um sólido conhecimento da Convenção e do funcionamento das indústrias culturais e criativas no país.

O mapeamento e sistematização das boas práticas trazidos no *Open Roadmap* permitiu aferir como e de que forma as partes alcançaram/avançaram nos objetivos e resultados esperados desses roteiros nacionais, a partir de um quadro de temas comuns a todos os países, sendo eles: a) marcos regulatórios, políticas e medidas culturais projetadas ou revisadas para enfrentar os desafios do ambiente digital de forma participativa; b) políticas e medidas que apoiam a criatividade, negócios e mercados digitais, garantindo a diversidade do ecossistema digital; c) acordos internacionais para promoção e o intercâmbio equilibrado de bens e serviços culturais e promoção da igualdade entre os países no ambiente digital; d) cultura digital, habilidades e conhecimentos aprimorados e; e) direitos humanos e liberdades fundamentais promovidas no ambiente digital<sup>48</sup>.

Embora os resultados esperados pelo *Open roadmap* sejam comuns, é nas especificidades locais que se pode aferir como cada país se apropriou das ferramentas de regulação no ambiente digital e implementou ações no campo prático. Essas experiências nos oferecem um panorama amplo sobre as diversas dimensões que implicam o papel da Convenção nos meios digitais. Por essa razão, é pertinente destacar alguns pontos sensíveis que vêm alterando completamente os meios de criação, produção, difusão e proteção das expressões artísticas e culturais, além de revelarem um novo campo produtor de linguagem e sentido, nascido das culturas digitais, das redes criativas, relacionados a inteligência artificial e *big data*.

As ações implementadas em conjunto pelas Partes demonstraram uma dupla orientação das políticas implementadas pela Convenção no ambiente digital. A primeira diz respeito a um conjunto de atividades relacionadas às medidas de proteção e garantias dos direitos autorais (sobretudo no Norte global), de apoio à digitalização de elos específicos da cadeia, em especial a produção e distribuição (indústrias culturais), com foco

no incentivo à digitalização (permitindo que o conteúdo se separe de seu meio original e migre para os meios digitais, a exemplo do que ocorre nas indústrias editorial, musical e cinematográfica).

A segunda compreende as políticas e ações relacionadas a diversas expressões e práticas que floresceram dos próprios meios digitais nos últimos tempos – em contraposição às que foram adaptadas para circularem por esses meios –, inaugurando novas perspectivas em relação às políticas e às medidas da Convenção. Estas práticas são bem elucidadas no Relatório Mundial no capítulo “Políticas culturais na era das plataformas”<sup>49</sup>, que aponta a emergência de novos atores dessa nova era digital e destaca como o uso dos telefones celulares e outros dispositivos de custos mais acessíveis proporcionaram uma redução drástica de custos e tempo em todos os elos da cadeia produtiva, beneficiando artistas digitais, criadores independentes, editoras digitais, startups criativas e plataformas online, entre outros e ligados às áreas de criatividade.

Os atores sociais “nascidos na era digital”, segundo Kulesz<sup>50</sup>, são capazes de evoluir muito mais rapidamente do que atores convencionais, que têm que migrar do analógico para o digital. Contudo, os desafios que essa nova categoria enfrenta estão ligados ao fato de as regulações não estarem adaptadas a trabalhos de cultura digital – dessa forma, eles, ainda, encontram barreiras ao reconhecimento artístico ou cultural, pois não estão legitimados nos circuitos mais tradicionais (analógicos). É importante destacar que a inserção desses novos atores e suas formas de organização e trabalho têm gerado uma profunda reconfiguração da cadeia de valor, evoluindo de bases de criação, produção, distribuição, acesso e participação que tinham uma organização linear para um paradigma simultâneo e em rede.

Nesse contexto, a cadeia digital não é somente uma versão modernizada ou atualizada da tradicional, ela é em si produtora de novas expressões. Se faz necessário que cada país avance nessas duas frentes – a primeira, continuar desenvolvendo novas políticas para digitalizar o setor tradicional e, a segunda, projetar uma estratégia abrangente para a nova cadeia criativa em rede, sabendo

<sup>48</sup> UNESCO. DCE/20/13.IGC/INF.4 – Information Document: list of examples of good practice to guide Parties in the implementation of the Convention in the digital environment (Resolution 7.CP.9). In: THIRTEENTH Session of the Intergovernmental Committee. Fev. 2020f.

<sup>49</sup> KULESZ, Octavio. Cultural policies in the age of platforms. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.

<sup>50</sup> KULESZ, Octavio. Cultural policies in the age of platforms. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.

que a primeira opção atingirá um limite (como já ocorre, por exemplo, com a conversão de salas de cinema para padrões digitais). Trabalhar na segunda frente envolve compreender que essa nova era também produz criações, linguagens e subjetividades, e que as questões enfrentadas vão além da simples migração do analógico. A cultura digital herda, organicamente, a ideia de rede, suas criações adquirem uma lógica cada vez mais hiperligada, baseada na multimídia e na interatividade<sup>51</sup>.

**4.1 Políticas culturais na Era das Plataformas: modernização das indústrias culturais e criativas e o papel da sociedade civil**

Como já citado anteriormente, os meios digitais abriram possibilidades importantes para a modernização das indústrias culturais e criativas. A mídia digital gerou maior competitividade, abertura de novos mercados, distribuição mais eficiente, comunicação direta com os consumidores via mídias sociais e exploração de novos modelos de negócios. O setor da música, por exemplo, soube explorar muito bem os serviços de assinatura de *streaming* e está mudando a estrutura da receita do setor, oferecendo aos produtores formas alternativas de monetizar seu conteúdo.

Segundo Kulesz<sup>52</sup>, um ator tão influente quanto controverso nessa rede do cenário criativo atual são as plataformas *online*, ferramentas de interação entre compradores, vendedores, criadores e consumidores de grande eficiência para difusão de conteúdos. É preciso atenção para essas iniciativas, pois há riscos de enfraquecimento e eliminação de elos da cadeia que, em médio e em longo prazo, podem gerar uma superconcentração, como ocorre no caso da plataforma global *Youtube*, cujo monopólio de serviços e dominação gera dificuldades de os usuários e interessados negociarem preços justos. Essas questões ficam, ainda, mais sensíveis no caso do Sul global, em que países carecem de infraestrutura e as grandes plataformas e empresas desenvolvedoras do Norte acabam, também, monopolizando não apenas os conteúdos, mas também a conectividade.

Portanto, o surgimento dessas grandes plataformas pode representar grandes riscos para a diversidade e provocar escassez de dados no ecossistema criativo,

afetando seriamente as políticas públicas e deixando atores criativos locais vulneráveis diante do avanço da inteligência artificial. Nesse sentido, áreas que, anteriormente, eram relativamente inexploradas, tais como a promoção das artes digitais e o empreendedorismo tecnológico, adquiriram uma importância considerável perante os formuladores de políticas, sobretudo nos países em desenvolvimento. Para Hanania<sup>53</sup>:

[...] o uso ideal das tecnologias digitais pelos consumidores ainda depende, em muitos países, de investimentos significativos em infraestrutura, bem como em políticas educacionais e programas de capacitação para permitir a participação mais diversificada na vida cultural, tanto na criação e produção quanto nos níveis de fruição e acesso<sup>54</sup>. (tradução dos autores)

Vale destacar que as startups, o empreendedorismo, o financiamento coletivo (*crowdfunding*), os games e outros conteúdos interativos têm sido pautas das políticas públicas nos últimos anos em diversos países, sobretudo os do Sul global. As experiências sistematizadas<sup>55</sup>, na América Latina, apontam para processos mais coletivos, ligados à cultura do software livre e do *copyleft*, à produção de plataformas e mapas colaborativos das cadeias artísticas e culturais, à produção de dados abertos, dentre outros arranjos mais ligados as culturas digitais e seus novos atores. Contudo, vale ressaltar que essas experiências, ainda, estão circunscritas às classes organizadas no campo das artes e das expressões culturais assimiladas pelas indústrias culturais e criativas. Notamos que são poucas experiências no ambiente digital voltadas à valorização e à difusão das culturas no seu sentido mais amplo (antropológico), referente aos modos de vidas e visões de mundo que permeiam diversas formas de ser e estar no mundo.

<sup>51</sup> UNESCO. *Re|Shaping Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development*. Paris: UNESCO, 2018. p. 80.  
<sup>52</sup> KULESZ, Octavio. Cultural policies in the age of platforms. *In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development*. Paris: UNESCO, 2018

<sup>53</sup> HANANIA, Lilian Richieri. Interview with Lilian Richieri Hanania. *TeseoPress online*. 2015. Disponível em: <https://www.teseopress.com/diversitedesexpressionsculturellesetnumerique/chapter/interview-with-lilian-richieri-hanania/#at-unesco-the-issue-of-%E2%80%9Cpromoting-the-diversity-of-cultural-expr>. Acesso em: ago. 2020.  
<sup>54</sup> HANANIA, Lilian Richieri. Interview with Lilian Richieri Hanania. *TeseoPress online*. 2015. Disponível em: <https://www.teseopress.com/diversitedesexpressionsculturellesetnumerique/chapter/interview-with-lilian-richieri-hanania/#at-unesco-the-issue-of-%E2%80%9Cpromoting-the-diversity-of-cultural-expr>. Acesso em: ago. 2020. p.6.  
<sup>55</sup> UNESCO. DCE/20/13.IGC/INF.4 – Information Document: list of examples of good practice to guide Parties in the implementation of the Convention in the digital environment (Resolution 7.CP 9). *In: THIRTEENTH Session of the Intergovernmental Committee*. Fev. 2020f.

A respeito dos marcos regulatórios, vale destacar que a grande maioria das experiências relacionadas à promoção da diversidade nos meios digitais se encontram no Norte global e são voltadas a medidas de proteção das leis de direitos autorais, alinhadas aos interesses das indústrias culturais, classes artísticas e setores criativos mais organizados. É fato que muitas políticas desenvolvidas têm se concentrado em acelerar a modernização de setores específicos, tais como livros, música, filmes e jogos de vídeo, promovendo, em grande medida, a digitalização das indústrias analógicas. Entretanto, alguns países desenvolveram programas transversais em suas agendas para apoiar a cultura digital, abordando a relação entre o ecossistema cultural e as novas tecnologias, além da consolidação de competências digitais no setor cultural, a apropriação de novas práticas tecnológicas e a criação e divulgação de conteúdos digitais locais<sup>56</sup>.

Sem dúvida, o advento das novas tecnologias e os impactos nos processos de modernização das indústrias culturais trouxeram um grande avanço no que diz respeito à participação social e visibilidade de expressões artísticas, culturais e criativas. Em grande medida, as experiências compiladas pelas Partes, por meio dos roteiros de boas práticas para o ambiente digital, propiciou inaugurar e ampliar campos de diálogo mais diretos entre governos e sociedade civil, além de fornecer ferramentas eficientes para a participação ativa e instantânea, permitindo que grupos, associações e indivíduos consigam ter impacto nas decisões políticas culturais, sejam nos países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Vale destacar, também, que os programas e as agendas relacionadas à infraestrutura digital, que geraram conectividade entre localidades, incentivaram a produção de conteúdo digital e a criação de ferramentas que permitem artistas, agentes e público terem acesso a informações importantes sobre o setor cultural. Os meios digitais se mostraram essenciais na ampliação do engajamento e da conscientização das pessoas sobre a diversidade das expressões culturais e na ampliação da consulta à sociedade civil sobre as políticas culturais. Além disso, os agentes da sociedade civil têm se mostrado os protagonistas mais ativos e com maior domínio dos meios de produção e uso de ferramentas digitais.

Como já mencionado anteriormente, as organiza-

ções da sociedade civil tiveram papel fundamental no que diz respeito a implementação da Convenção no ambiente digital. Para além das formas de participação já mencionadas acima, o Fórum da Sociedade Civil, representado por entidades de classes organizadas dos setores artístico, cultural e criativo que acompanham e monitoram a implementação da Convenção, reforça a inclusão de uma nova categoria criativa, a “cultura digital”, mesmo que ainda pouco assimilada pelas organizações ligadas às expressões artísticas e pelos atores que ocupam estes espaços historicamente.

## 5 Considerações finais

Este texto apresentou algumas das principais questões sobre diversidade cultural que estão sendo debatidas no âmbito da Convenção de 2005 da Unesco, relacionadas à participação social, ao tratamento preferencial de bens, serviços e trabalhadores culturais de países em desenvolvimento à adaptação dos instrumentos da Convenção para o ambiente digital. Como eixo transversal de análise, buscamos observar como a participação das organizações da sociedade civil nas esferas de discussão e decisão da Convenção influenciam no andamento de certas agendas e nos termos assumidos nos debates.

A centralidade que a dimensão da participação da sociedade civil possui no âmbito da Convenção foi mencionada no item 2, bem como alguns mecanismos que possibilitam essa participação que se encontram em processo de aprimoramento. Como na esfera da participação social também operam marcadores econômicos e sociais, é notável que a presença de OSCs do Sul global ainda seja menor, como também é notável o poder de articulação das organizações ligadas a produtores artísticos, muitas das quais possuem trajetórias históricas já bastante consolidadas (e, potencialmente, mais recursos, tanto em termos de capital econômico como também de capital simbólico e político).

Como argumentado no item 3, a discussão sobre tratamento preferencial de bens, serviços e trabalhadores culturais de países do Sul global assume rumos que, em alguma medida, reverberam a presença histórica dessas OSCs no debate. Se temas relacionados ao universo das artes e dos artistas tendem a ter bastante centralidade, assim como a dimensão dos direitos de autor, isso pare-

<sup>56</sup> UNESCO. *Re|Shaping Cultural. Policies. Advancing. Creativity for Development*. Paris: UNESCO, 2018. p. 76.



ce se dar, ao menos em parte, por mérito da capacidade de mobilização dessas organizações.

Já no item 4, o foco recaiu sobre as adaptações da Convenção ao ambiente digital e a forma como elas têm contribuído para estabelecer um diálogo mais direto entre governos e sociedade civil, bem como no sentido de fornecer ferramentas eficientes para a participação ativa e instantânea de grupos, associações e indivíduos, seja nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Vale destacar que as tecnologias de informação e comunicação se mostraram essenciais na ampliação do engajamento e na conscientização sobre a diversidade das expressões culturais. Contudo, ainda há um grande desafio posto, que é o de ampliar a agenda de ações e práticas voltadas à valorização e a difusão de expressões culturais no sentido antropológico, no que tange a suas produções simbólicas, cosmologias, crenças e tradições. Isso envolve criar condições para que estas culturas (sobretudo do Sul global) tenham acesso à banda larga, à Internet e aos meios de produção digital e possam ser incluídas nestas cadeias de produção de sentidos no ambiente digital.

Em tempos como os que estamos vivenciando, nunca é demais enfatizar o compromisso dos autores com a diretriz da participação social, justificada não apenas por valores democráticos, mas também por seu potencial de viabilizar políticas públicas mais efetivas e eficazes. O aprimoramento das condições e mecanismos que garantem a participação social é processual e envolve aprendizados. É fundamental compreender que esses processos ocorrem em um contexto de desigualdades de diversos tipos, que configuram condições muito diferentes para os atores sociais que, em teoria, são sujeitos da participação. Investigar como diferentes marcadores de desigualdade interferem nas condições de participação social, sobretudo numa agenda que discute a promoção da diversidade de expressões culturais, é uma tarefa bastante instigante e que deve ser aprofundada. Afinal, consoante José Márcio Barros (2010), é preciso abordar o tema da diversidade para além da mera constatação de que somos todos diferentes, avançando para um tratamento prescritivo e político para essa questão.

## Referências

- BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. A participação social na construção do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, dez. 2017.
- BARROS, José Márcio. Observatório da diversidade cultural: uma proposta de multiterritorialização. In: CALABRE, Lia (org.). *Políticas culturais: diálogos e tendências*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2010.
- BRASIL. *Entendendo a Convenção da Diversidade*. 2013. Disponível em: <http://cultura.gov.br/entendendo-a-convencao-da-diversidade/>. Acesso em: ago. 2020.
- BENNAOUI, Khadija El. Surviving the paradoxes of mobility. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.
- BURKE, Peter. *Hibridismo Cultural*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- CANCLINI, Néstor García. *Culturas Híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: Edusp, 1998.
- CLICHE, Danielle; ISAR, Yudhishtir Raj. Introduction: Advancing creativity for development. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.
- CONFÉDÉRATION INTERNATIONALE DES SOCIÉTÉS D'AUTEURS ET COMPOSITEURS (CISAC). *Qui Sommes-Nous?* Disponível em: <https://fr.cisac.org/>. Acesso em: ago. 2020.
- DELOUMEAUX, Lydia. Persisting imbalances in the flow of cultural goods and services. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.
- DÜMCKE, Cornelia. Entrevista concedida em 29 de maio de 2020.
- DUPIN, Giselle. O governo brasileiro e a diversidade cultural. In: BARROS, José Márcio (org.). *Diversidade Cultural: da proteção à promoção*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- DUPIN, Giselle. Entrevista concedida em 17 de junho de 2020.
- DUPIN, Giselle. Para entender a Convenção. *Revista Observatório Itaú Cultural*, São Paulo, n. 8, abr./jul. 2009.

- DUPIN, Giselle. A Diversidade Cultural no Ambiente Digital. *Boletim da Diversidade Cultural*, v. 70, n. 6, jul. 2017.
- DUPIN, Giselle; SANTOS, Giordanna. Diretrizes Operacionais sobre a Implementação da Convenção no Ambiente Digital (tradução). *Boletim da Diversidade Cultural* v. 70, n. 6, jul. 2017
- GUAY, Nathalie. Entrevista concedida em 20 de maio de 2020.
- HANANIA, Lilian Richeri. Interview with Lilian Richieri Hanania. *TeseoPress online*. 2015. Disponível em: <https://www.teseopress.com/diversitedesexpressionsculturellesetnumerique/chapter/interview-with-lilian-richieri-hanania/#at-unesco-the-issue-of-%E2%80%9Cpromoting-the-diversity-of-cultural-expr>. Acesso em: ago. 2020.
- HANANIA, Lilian Richeri. *O impacto da convenção da Unesco sobre o debate “comércio e cultura”*. In: BARROS, José Márcio; KAUARK, Giuliana (orgs.). *Diversidade cultural e desigualdade de trocas: participação, comércio e comunicação*. São Paulo: Observatório da Diversidade Cultural; PUC Minas, 2011.
- KULESZ, Octavio. Cultural policies in the age of platforms. In: RE|SHAPING Cultural. Policies. Advancing Creativity for. Development. Paris: UNESCO, 2018.
- MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005.
- MIGUEZ, Paulo. Algumas notas sobre comércio internacional de bens e serviços culturais. In: BARROS, José Márcio; KAUARK, Giuliana (orgs.). *Diversidade cultural e desigualdade de trocas: participação, comércio e comunicação*. São Paulo: Observatório da Diversidade Cultural; PUC Minas, 2011.
- OLIVEIRA, Danilo Júnior de. *Direitos culturais e políticas públicas: os marcos normativos do Sistema Nacional de Cultura*. (Tese). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). Decisions. In: 13TH SESSION of the Intergovernmental Committee. Paris: UNESCO, 2020a. Disponível em: [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc\\_decisions\\_en.pdf](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc_decisions_en.pdf). Acesso em: ago. 2020.
- UNESCO. Report on the 2nd Civil Society Forum. In: 13TH SESSION of the Intergovernmental Committee. Paris: UNESCO, 2020b. Disponível em: [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc\\_inf6\\_civil\\_society.pdf](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc_inf6_civil_society.pdf). Acesso em: ago. 2020.
- UNESCO. DCE/20/13.IGC8 - Item 8 of the Provisional Agenda: Preferential treatment: addressing imbalances in trade relations and barriers to the mobility of artists and cultural professionals. In: 13TH SESSION of the Intergovernmental Committee. Paris: UNESCO, 2020c. Disponível em: [https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc\\_8\\_preferential\\_treatment\\_en.pdf](https://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/sessions/13igc_8_preferential_treatment_en.pdf). Acesso em: ago. 2020.
- UNESCO. DCE/20/13.IGC/Dec. – Decisions. In: TREIZIÈME Session Comité Intergouvernemental. Fevereiro 2020d.
- UNESCO. DCE/20/13.IGC/7 - Point 7 de l'ordre: État de la feuille de route nationale pour l'application de la Convention de 2005 sur l'environnement numérique. In: TREIZIÈME session Comité Intergouvernemental. Fev. 2020e.
- UNESCO. DCE/20/13.IGC/INF4 – Information Document: list of examples of good practice to guide Parties in the implementation of the Convention in the digital environment (Resolution 7.CP 9). In: THIRTEENTH Session of the Intergovernmental Committee. Fev. 2020f.
- UNESCO. DCE/19/7.CP/INF4 – Stakeholder outreach strategy, in accordance with the request made by the Conference of Parties in its Resolution 6.CP 12. In: SEVENTH Session of Conference of Parties. Jun. 2019a.
- UNESCO. DCE/19/7.CP/13 – Route ouverte pour la mise en œuvre des directives opérationnelles destinées à promouvoir la diversité. In: SEPTIÈME Session de la Conférence des Parties. Jun. 2019b.
- UNESCO. DCE/19/7.CP/Res 7.CP13 – Résolutions. In: SEPTIÈME Session de la Conférence des Parties. Jun. 2019c.
- UNESCO. DCE/19/7.CP/13 – Point 13 de l'ordre: Feuille de route pour la mise en œuvre des directives opérationnelles destinées à promouvoir la diversité des expressions culturelles dans l'environnement numérique. In: SEPTIÈME Session Conférence des Parties. Jun. 2019d.

- UNESCO. DCE/17/6.CP/Res. 6.CP11 – Resolutions. *In: SIXIÈME Session de la Conférence des Parties.* Jun. 2017a.
- UNESCO. DCE/17/11.IGC/Dec. 11.IGC5.– Decisions. *In: ELEVENTH Session of the Intergovernmental Committee.* Dez. 2017b.
- UNESCO. DCE/21/14.IGC/15 VER. 14.IGC. Decisions. *In: FOURTEENTH Session of the Intergovernmental Committee.* Fev. 2021.
- UNESCO. *Universal Declaration on Cultural Diversity*, 2 november, 31rd session of the General Conference. Paris: UNESCO, 2001.
- UNESCO. *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 20 October 2005, 33rd session of the General Conference. Paris: UNESCO, 2005.
- UNESCO. *Operational Guidelines on the Implementation of the Convention In The Digital Environment*. Approved by the Conference of Parties to the 2005 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions at its sixth session. Jun. 2017.
- UNESCO. *Textos fundamentales de la Convención de 2005 sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*. Paris: UNESCO, 2019.
- UNESCO. Culture and working conditions for artists: implementing the 1980 Recommendation concerning the Status of the Artist”. Paris: UNESCO, 2019b. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000371790>. Acesso em: ago. 2020.
- UNESCO. *Re|Shaping Cultural. Policies. Advancing. Creativity for. Development*. Paris: UNESCO, 2018.
- UNESCO. *Re/Shaping Cultural Policies*. Paris: UNESCO, 2016
- UNESCO. *The 2009 UNESCO Framework for Cultural Statistics*. Canadá: UNESCO, 2009.
- UNESCO. *Recommendation concerning the Status of the Artists*. Belgrado: UNESCO, 1980. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114029.page=144>. Acesso em: ago. 2020.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A 100 years institutionalized cultural heritage protection:** from the institutionalized international coopération intellectuelle to the human right to cultural heritage

**100 anos de proteção institucionalizada do patrimônio cultural:** Da cooperação intelectual internacional ao Direito Humano ao patrimônio cultural

Lando Kirchmair

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# A 100 years institutionalized cultural heritage protection: from the institutionalized international coopération intellectuelle to the human right to cultural heritage\*

## 100 anos de proteção institucionalizada do patrimônio cultural: Da cooperação intelectual internacional ao Direito Humano ao patrimônio cultural

Lando Kirchmair\*\*

### Abstract

Almost 100 years ago, the *Commission Internationale de Coopération Intellectuelle* (CICI) was founded in 1922. Its goal and mission was to enhance peaceful cooperation between peoples via educational and cultural means. Although this Commission shared the fate of the League of Nations, CICI's successor, the *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (UNESCO) was more successful, laying the groundwork for various international agreements on the protection of cultural heritage. This article provides an overview from the beginnings of institutionalized cultural heritage protection in times of peace almost 100 years ago up until today, where so far both UN special rapporteurs for cultural rights have proclaimed a human right to cultural heritage. While this article concludes that such a specialized human right might still be in the making, sketching the evolution of cultural heritage protection from 100 years ago until the 21<sup>st</sup> century might allow also for an outlook on the future of cultural heritage protection.

**Keywords:** Commission Internationale de Coopération Intellectuelle. Cultural Heritage Protection. Human Right to Cultural Heritage. International Organizations. UNESCO.

### Resumo

Quase 100 anos atrás, a Comissão Internacional de Cooperação Intelectual (CICI) foi fundada em 1922. Seu objetivo e missão era aumentar a cooperação pacífica entre os povos por meios educacionais e culturais. Embora esta Comissão compartilhasse o destino da Liga das Nações, sucessora da CICI, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) teve mais sucesso, lançando as bases para vários acordos internacionais sobre a proteção do patrimônio cultural. Este artigo oferece uma visão geral desde o início da proteção do patrimônio cultural institucionalizado em tempos de paz quase 100 anos atrás até hoje, onde até agora ambos os relatores especiais da ONU para os direitos culturais proclamaram

\* Recebido em 13/07/2020  
Aprovado em 07/03/2021

I am grateful to Cornelia Schäffer and two anonymous reviewers for helpful comments and Alex from the Archives and Records Management Section of the United Nations in New York for scanning the documents I originally wanted to consult personally which was impeded by the corona virus pandemic.

\*\* Prof. Dr. iur. Dr. habil. Lando Kirchmair, Deputy Professor for National and International Public Law with a Focus on the Protection of Cultural Heritage, Department of Social Sciences and Public Affairs, Bundeswehr University Munich, and Co-PI, European Constitutional Court Network project, Faculty of Law, University of Salzburg, unibw.de.  
E-mail: lando.kirchmair@unibw.de



o direito humano ao patrimônio cultural. Embora este artigo conclua que esse direito humano especializado ainda possa estar em construção, esboçando a evolução da proteção do patrimônio cultural de 100 anos atrás até o século 21, pode permitir também uma perspectiva sobre o futuro da proteção do patrimônio cultural.

**Palavras-chave:** proteção do patrimônio cultural; Direito Humano ao Patrimônio Cultural; UNESCO; Organizações Internacionais; ONU

## 1 Introduction: Institutionalizing *Coopération Intellectuelle* in 1920

The League of Nations (LON) was founded on 10<sup>th</sup> January 1920 through the ratification of the Treaty of Versailles. The primary goal of the LON was to maintain world peace by aiming at collective security, disarmament and the settlement of international disputes. However, these ambitions could not be pursued in an isolated manner, but were accompanied by the idea of an “Intellectual League of Nations” envisioned by Henri La Fontaine and Paul Otlet.<sup>1</sup> Also in 1918, Romain Rolland wrote *L’Internationale de l’Esprit*, and Heinrich Mann spoke of an “alliance of intellectuals of all nations”, whereas in 1922, the Austrian aristocrat Karl Anton Rohan founded the *Fédération Internationale des Unions Intellectuelles* (the *Europäischer Kulturbund*).<sup>2</sup> Already in the “first session of the League of Nations, in November 1920, [...] the need to institute intellectual co-operation alongside the political activity of Governments” was discussed.<sup>3</sup> The foundation of the *Commission Internationale de Coopération Intellectuelle* (CICI) on 4<sup>th</sup>

January 1922 as an advisory organ to the Council of the League of Nations, aiming at promoting international cultural and intellectual exchange between intellectuals and comprising *inter alia* scientists, teachers and artists, fell, thus, on fertile ground.<sup>4</sup> Along with the first chairperson (1922–1925), the philosopher and Nobel Prize winner in literature Henri Bergson, eleven intellectuals, among them Marie Curie and Albert Einstein, united – not as representatives of their governments, but as intellectuals.<sup>5</sup> They contributed, in the words of the latter chairperson Gilbert Murray (1928–1939), to an important goal of the LON: “For the first time in history, public opinion of the civilized world has now, through the League, an instrument for expressing itself.”<sup>6</sup> This commission and its ambition were supported by the French Government. Beyond that, the French Government supported the creation of the *International Institute of Intellectual Cooperation*, which was located in Paris, and founded by a French law promulgated on 9<sup>th</sup> of August 1925. In addition, the French Government “bor[e] almost alone the cost of financing the Institute.”<sup>7</sup> On 16<sup>th</sup> of January 1926, the Institute was inaugurated with an official ceremony.<sup>8</sup> National commissions all across the world were founded and in 1939 44 national delegates and 45 national commissions worked with the Institute.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Inventaire des Archives de l’Institut international de coopération intellectuelle (IICI) 1925-1946. Dossiers de correspondance, documents et publications aux Archives de l’UNESCO à Paris, UIS.90/WS/1, Paris, (juin 1990), p. 7. Cf Renoliet J-J, *L’UNESCO oubliée: la Société des Nations et la coopération intellectuelle, 1919–1946* (Publications de la Sorbonne 1999).

<sup>5</sup> Cf Laqua D, Internationalisme ou affirmation de la nation? La coopération intellectuelle transnationale dans l’entre-deux-guerres (2011) 52 (3) *Critique Internationale* 51–67. For a historical network analysis approach, see Grandjean M, Archives Distant Reading: Mapping the Activity of the League of Nations’ Intellectual Cooperation (2016) *Digital Humanities* 531–534; as well as Grandjean M, *Les réseaux de la coopération intellectuelle. La Société des Nations comme actrice des échanges scientifiques et culturels dans l’entre-deux-guerres* (Doctoral Theses Université de Lausanne 2018).

<sup>6</sup> Murray G, *The Ordeal of this Generation* (London Halley Stewart Lectures 1928), p. 148 as quoted by Wöbse A K, “To cultivate the international mind”: Der Völkerbund und die Förderung der globalen Zivilgesellschaft (2006) 54 (10) *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 852–863 (860).

<sup>7</sup> See the UN Archives A/136 No. 4068, Memorandum on the nature and value of the assets of the International Institute of Intellectual Co-operation transferred by the League of Nations to the United Nations (1946), p. 3.

<sup>8</sup> See for more details UNESCO Archives, International Institute of Intellectual Co-operation, Introduction of IICI. Inventory of archives 1925-1946 (UIS.90/WS/1), AG 1/1.

<sup>9</sup> Inventaire des Archives de l’Institut international de coopération intellectuelle (IICI) 1925-1946. Dossiers de correspondance, docu-

<sup>1</sup> See Laqua D, Transnational intellectual cooperation, the League of Nations, and the problem of order (2011) 6 (2) *Journal of Global History* 223–247 (227) with reference to Otlet P, *La société intellectuelle des nations* (Alcan 1919) on this Belgium proposal, which, however, never was put in practice as such. Yet, cf also Wöbse A K, “To cultivate the international mind”: Der Völkerbund und die Förderung der globalen Zivilgesellschaft (2006) 54 (10) *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 852–863 (852–853) describing how Dr. Inazo Nitobe, then Undersecretary General of the LON and Director of the International Bureau, literally screened the streets in Paris in order to find what was left of a civilized global society („Restbestände einer globalen Zivilgesellschaft zu inventarisieren“).

<sup>2</sup> See on this Laqua D, Transnational intellectual cooperation, the League of Nations, and the problem of order (2011) 6 (2) *Journal of Global History* 223–247 (226–227).

<sup>3</sup> Valderrama F M, *A history of UNESCO* (Unesco publishing 1995) p. 1.

And indeed, a glimpse of hope was attached to the *Acte International Concernant la Coopération Intellectuelle*, adopted at a conference in Paris in 1938 and entering into force after the 8<sup>th</sup> ratification – in the midst of war – in 1940.<sup>10</sup>

Between 1940 and 1944 the Institute was closed and shortly after the reopening, the Institute's property, intellectual and material<sup>11</sup>, was transferred to the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). This was feasible, as already in a letter dating 8<sup>th</sup> of December 1924, the French President informed the President of the Council of the League of Nations as of the following:

“should the *International Institute of Intellectual Cooperation* be abolished, any articles, and, in particular, the records, archives and collections of documents deposited in the premises by the governing body, as well as any property which has been acquired by the Institute during its period of operation, shall remain the property of the League of Nations.”<sup>12</sup>

For this succession, the Institute has been called the “forgotten” UNESCO.<sup>13</sup> However, at least the “spirit of co-operation” on which the International Institute of Intellectual Cooperation was based “remained latent”.<sup>14</sup> Yet, “there were also important institutional breaks, power shifts as well as changing visions” which must not be overlooked.<sup>15</sup> For instance, an attempt by France to “re-position” the Institute as an

active enterprise which could continue its path also after World War II, did not succeed.<sup>16</sup>

## 2 Reestablishing and Strengthening the Institutionalized Protection after 1945: The foundation of UNESCO

On 16<sup>th</sup> of November 1946 the act constituting UNESCO was signed and the transmission of the work of the Institute to the newly founded UNESCO under the UN framework followed by the end of 1946. The Preamble to the UNESCO Constitution holds that “[...] since wars begin in the minds of men, it is in the minds of men that the defences of peace must be constructed”<sup>17</sup>. It is in this spirit, in which the “functions and activities with non-political character”<sup>18</sup> of the UN are – due to their very specific nature – an important, and still somewhat underestimated component of the overall success of the UN. In the words of a member of the Commission Internationale de Coopération Intellectuelle in response to a request of the Economic and Social Council of the UN on “the subject of the United Nations enquiry on International Research Laboratories”, no other than Albert Einstein himself said that:

“[there] is probably no more urgent and indispensable Institute to be set up under truly international and impartial auspices than a great center of sociological studies where the ways and means would be researched to establish a better understanding among nations.”

To this end, he goes on that “[a] method should be ironed out of teaching for instance history without creating the obsession of the past as it is so often the case.” In his eyes,

ments et publications aux Archives de l'UNESCO à Paris, UIS.90/WS/l, Paris, (juin 1990), p. 8.

<sup>10</sup> Inventaire des Archives de l'Institut international de coopération intellectuelle (IICI) 1925-1946. Dossiers de correspondance, documents et publications aux Archives de l'UNESCO à Paris, UIS.90/WS/l, Paris, (juin 1990), p. 8.

<sup>11</sup> As a fun fact, even 67 paper baskets among other items, were listed when arranging the transfer of property from the Institute to UNESCO. See UN Archives A/136 No. 4068, S-0916-0001-0002-00001 UC, Inventaire des objets mobiliers, p. 1, mentioning even “corbeille à papier .... 67”.

<sup>12</sup> UN Archives A/136 No. 4068, Memorandum on the nature and value of the assets of the International Institute of Intellectual Cooperation transferred by the League of Nations to the United Nations (1946), p. 1.

<sup>13</sup> Renoliet J-J, *L'UNESCO oubliée: la Société des Nations et la coopération intellectuelle, 1919-1946* (Publications de la Sorbonne 1999).

<sup>14</sup> Valderrama F M, *A history of UNESCO* (Unesco publishing 1995) p. 19.

<sup>15</sup> Pernet C A, Twists, Turns and Dead Alleys: The League of Nations and Intellectual Cooperation in Times of War (2014) 12 (3) *Journal of Modern European History* 342–358 (344).

<sup>16</sup> Pernet C A, Twists, Turns and Dead Alleys: The League of Nations and Intellectual Cooperation in Times of War (2014) 12 (3) *Journal of Modern European History* 342–358 (356).

<sup>17</sup> This opening sentence goes back to Clement Attlee, Prime Minister of the United Kingdom, and the poet and Librarian of Congress, Archibald MacLeish. See Valderrama F M, *A history of UNESCO* (Unesco publishing 1995) p. 24.

<sup>18</sup> See for this formulation the UN Archives A/136 No. 4068, English translation from Introduction on the Transfer to UNESCO of the Functions and Activities of the International Institute of Intellectual Co-operation and Utilization by UNESCO of the Assets of the Institute transferred to the United Nations by the League of Nations (1946), p. 1.



“the spell of nationalism may be thus broken and an actual improvement of relations between peoples should be aimed at by such an Institute. Social studies of this kind are to be pressed forward with utmost eagerness, for it is first in the minds of men that the conditions of a true international cooperation are to be sought”.

According to Albert Einstein, “scientific and technical progress would mean little to mankind otherwise.”<sup>19</sup>

Based on this understanding, UNESCO started manifold projects, contributed to the drafting of international agreements and adopted important resolutions. While the Organization’s beginnings were dominated by the development of a programme to be approved by a General Conference and by the reconstruction in the field of education, science and culture in 36 Member States after World War II at the end of 1947,<sup>20</sup> over the years, the number of projects and Member States steadily increased. It is UNESCO’s merit that the protection of cultural heritage has become part of international law in general and subject to several international conventions in particular.<sup>21</sup>

In 1960, UNESCO launched a campaign with the goal to move the location of the Great Temple of Abu Simbel in order to spare it from being swamped by the Nile after the Aswan Dam had been constructed. The temple, originally constructed in the 13<sup>th</sup> century BC during the reign of King Ramses II, was indeed, relocated between 1963 and 1968, after UNESCO’s international cry for help. This somewhat ad hoc protection of the now established cultural heritage site was followed by one of the most important and well known international agreements initiated by UNESCO a decade later.

As a milestone in cultural heritage protection in times of peace, the Convention Concerning the Protection of World Cultural and Natural Heritage was adopted by the General Conference of UNESCO in 1972.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> UN Archives, S-0921-0032-0003-00006, Summary of a conversation with Dr. Albert Einstein on the subject of the United Nations enquiry on International Research Laboratories (1946-06-17 – 1948-01-15), p. 2.

<sup>20</sup> See on this Valderrama F M, *A history of UNESCO* (Unesco publishing 1995) p. 33.

<sup>21</sup> For a general overview, see O’Keefe P J and Prot L V, *Cultural heritage conventions and other instruments: A compendium with commentaries* (Institute of Art & Law 2011). For an overview on cultural heritage protection in times of war, which dates back to the Congress of Vienna in 1815, see Odendahl K, *Kulturgüterschutz: Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems* (Mohr Siebeck 2005) p. 18, as well as 107 et seq.

<sup>22</sup> 1037 UNTS 151.

The Preamble of this convention points out explicitly that the “deterioration or disappearance of any item of the cultural or natural heritage constitutes a harmful impoverishment of the heritage of all the nations of the world”. Especially “parts of the cultural or natural heritage are [considered to be] of outstanding interest and therefore need to be preserved as part of the world heritage of mankind as a whole”.<sup>23</sup> And the *travaux préparatoires* of the World Heritage Convention underline this cosmopolitan spirit as an earlier draft considered the Convention’s purpose to restrict the illegal transfer of “peoples” cultural heritage instead of the heritage of States.<sup>24</sup>

With its currently 194 State Parties the World Heritage Convention is a truly universal treaty regime combining the conservation of nature and cultural heritage.<sup>25</sup> Precisely this universal coverage demonstrates the general agreement on the importance of cultural heritage. Seemingly, no State would openly claim to disrespect cultural or natural heritage.

By establishing the World Heritage List, the Heritage Convention brings the duty upon its State Parties to nominate according to Art 1 “monuments” such as architectural works, works of monumental sculpture and

<sup>23</sup> On the public nature of “cultural artifacts”, see Lindsay P, Can We Own the Past? Cultural Artifacts as Public Goods (2012) 15 (1) *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 1–17.

<sup>24</sup> See Vrdoljak A F, Human Rights and Cultural Heritage in International Law, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 139–173 (147). Discussing the subjects of the cultural heritage discourse, the floor is divided between cosmopolitans considering cultural heritage as component of a common human culture (Merryman J H, Two Ways of Thinking About Cultural Property (1986) 80 (4) *American Journal of International Law* 831–853 (831–832) pointing at the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict) and nationalists prioritizing the national interest (Merryman, 832–833 pointing at the 1972 UNESCO convention). While the former declares the subject of cultural heritage protection practically to be mankind as such, the latter approach favors the nation state as the main protagonist. At least in the literature, there are strong voices with good reasons pushing towards a focus on the object rather than on the nation (eg Merryman J H, The Nation and the Object (1994) 3 (1) *International Journal of Cultural Property* 61–76 (61). See also Cuno J, *Who Owns Antiquity? Museums and the Battle over Our Ancient Heritage* (Princeton University Press 2008) p. 146 “Antiquities are the cultural property of all humankind, humankind—of people, not peoples—evidence of the world’s ancient past and not that of a particular modern nation. They comprise antiquity, and antiquity knows no borders.”

<sup>25</sup> Statistics available at <https://whc.unesco.org/en/statesparties/> [last accessed 13 July 2020].

painting, “groups of buildings” or “sites” to be included in the list, currently featuring – besides the mentioned Great Temple of Abu Simbel – over 1000 sites worldwide. The enlistment enables the protection of the incorporated sites and obliges States to report to the World Heritage Committee, established in 1976, the state of conservation of the listed objects. In the case of which a listed site is in danger, the World Heritage Committee has established itself the possibility to put this site on the List of World Heritage in Danger according to Art 11 (3) of the World Heritage Convention – also in the event that no request for help had been issued.<sup>26</sup>

The 1970 Paris Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, too, is a UNESCO child. This Convention was adopted on 14<sup>th</sup> of November 1970, and entered into force on 24<sup>th</sup> of April 1972<sup>27</sup> and is of importance as the restitution of looted cultural property such as art is a constant matter of debate and the illegal market is booming. While provenance research constitutes a relatively new field of research aimed at the identification of property status and history of inter alia paintings and other valuable cultural objects, the currently 140 State Parties agreed to the protection of cultural property including according to its Article 1 “property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science” belongs to a specifically in the convention listed category (Art 1 a–k). If an object constitutes cultural property as defined by a State party along the lines of Art 1 and Art 4 of the Convention, the State party has specific duties of preservation but may also rely on the restitution provisions regarding the property and on the international cooperation as manifested for instance in the recovery assistance of stolen or illegally exported cultural property envisaged by the Convention. The Convention furthermore obliges its parties to control the trading market and provide for criminal law provisions and appropriate sanctions. While some progress has been achieved concerning the restitution of art looted during the Second World War, the necessity to discuss, research the provenance,

reconstruct and – if applicable – restitute art or cultural heritage of former colonies to the places of origin is still an open matter of debate to which UNESCO could contribute substantially. Yet, important voices already see the “tide turning”.<sup>28</sup>

While during the 1980s, attention was attached to “systematizing and improving existing practices in individual programme actions; consolidated evaluation of programme themes; and selective evaluations of specific projects”,<sup>29</sup> in 1992, UNESCO established the “Memory of the World” Programme which aims at protecting documents of extraordinary value in archives, libraries and museums. This programme allows for the listing of specific documents which are then counted as world heritage.<sup>30</sup> Thereby, treasures in libraries and archives receive special protection spanning film and videotapes, sound recordings, as well as newsprints, photographs and other digital documents.

The institutionalization of cultural heritage protection, however, does not stand still. Beyond the mentioned agreements, two rather young conventions, the Convention on the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage adopted on 17<sup>th</sup> of October 2003, and entered into force on 20<sup>th</sup> of April 2006<sup>31</sup> with currently 178 State parties as well as the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, adopted on 2<sup>nd</sup> of November 2001, and entered into force 2<sup>nd</sup> of January 2009<sup>32</sup> with currently 54 State Parties, further complement the protection of cultural heritage. By extending the scope of protection on intangible and underwater objects, the institutionalized protection still seems to be quite flexible adapting to an increasingly diverse range of needs. Especially, the ra-

<sup>26</sup> See Lenski S-C, *Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung* (Mohr Siebeck 2013) p. 174–175 with further reference to No 177 Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention.

<sup>27</sup> 823 UNTS 231.

<sup>28</sup> Vrdoljak A F, Human Rights and Illicit Trade in Cultural Objects, in Borelli S and Lenzerini F (eds) *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity – New Developments in International Law* (Martinus Nijhoff 2012) 107–140 (107). Cf also the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects adopted on 24 June 1995, and which entered into force on 1 July 1998 (2421 UNTS 457), which complements the Paris Convention for matters of private law on international art trade, especially demanding buyers’ responsibility when acquisitioning cultural objects. By now, this convention, however, only features 48 Member States.

<sup>29</sup> Cf Valderrama F M, *A history of UNESCO* (Unesco publishing 1995) p. 257 et seq.

<sup>30</sup> Cf Charlesworth H, Human Rights and the Memory of the World Programme, in Langfield M, Logan W and Nic Craith M (eds) *Cultural Diversity, Heritage and Human Rights – intersections in theory and practice* (Routledge 2010) 21–30.

<sup>31</sup> 2368 UNTS 1.

<sup>32</sup> 2562 UNTS 3.

pidly growing number of State parties to the Intangible Heritage Convention demonstrates the broad acceptance of this extension in international cultural heritage law.<sup>33</sup> Somewhat skeptical voices, however, relate this rapidly growing body of State Parties to a “certain lack of ‘legal bite’” of this Convention.<sup>34</sup> Nonetheless, while the 1972 Heritage Convention has been criticized for a Eurocentric approach, the recognition of intangible heritage is an important extension in the protection of cultural heritage, if not so say a “counterpoint” to the earlier, narrower focus of protection of cultural property only.<sup>35</sup> The Intangible Heritage Convention, thus, comprises according to Art 2 (1) “the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as

the instruments, objects, artefacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage.”<sup>36</sup>

According to Art 1 (1) (a) of the Underwater Cultural Heritage Convention “Underwater cultural heritage’ means all traces of human existence having a cultural, historical or archaeological character which have been partially or totally under water, periodically or continuously, for at least 100 years such as:” (i) sites etc, (ii) vessels, aircraft, etc, and (iii) objects of prehistoric character. Especially “the elimination of the undesirable effects of the law of salvage and finds; the exclusion of a first-come-first-served approach for the heritage found on the continental shelf; and the strengthening of regional cooperation”<sup>37</sup> are important innovations of this convention.<sup>38</sup> This is of importance as for instance Art 303 (2) UNCLOS only enables States to protect underwater cultural heritage in the contiguous zone in a quite complex and also limited manner.<sup>39</sup> If underwater cultural heritage is not protected, States with “liberal” approaches can easily provide for a legalization via national law of dubious practices of “salvaging” insufficiently protected underwater cultural heritage for profit.<sup>40</sup>

Almost in the same breath, the UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity was adopted by the General Conference on 2<sup>nd</sup> of November 2001 and, in

<sup>33</sup> See especially Blake J, *International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press 2015) p. 336 stating that „[t]his treaty has had a noticeable impact even in the first eight years after its entry into force (from 2006 to 2014) in the number of Parties that have either revised existing legislation to accommodate safeguarding of this heritage and the requirements of the Convention, or have introduced new legislation to do this. In addition, a number of Parties have developed new cultural policies and policies in other areas (rural development, environmental protection, etc) that are heavily influenced by this Convention. In this way, one of the main impacts of such instruments may well be educative, encouraging both internal policy and legislative development and regional or international cooperation frameworks. To a lawyer of the more ‘classical’ school this may not seem to be sufficiently like ‘law’, but it undoubtedly realizes important achievements in an area of great complexity and sensitivity and one in which States negotiating new agreements will always seek to reserve the majority of matters to their own sovereign jurisdiction.” See, however, for a reference to the Brazilian Constitution of 1988 protecting already intangible cultural heritage in Art 215 and 216, see Fernandes Lima N and Teles Silva S, Conciliating the overlap of protected areas and traditional territories: legal innovations for biological diversity conservation in Brazilian parks (2019) 16 (2) *Brazilian Journal of International Law* 126–139 (129).

<sup>34</sup> See Lixinski L, Selecting Heritage: The Interplay of Art, Politics and Identity (2011) 22 (1) *European Journal of International Law* 81–100 (81); for details, see Blake J and Lixinski L, *The 2003 UNESCO Intangible Heritage Convention* (Oxford University Press 2020).

<sup>35</sup> Smith L and Akagawa N, Introduction, in Smith L and Akagawa N (eds) *Intangible Heritage* (Routledge 2009) 1–10 (1). Cf Prout L V and O’Keefe P J, “Cultural Heritage” or “Cultural Property”? (1992) 1 (2) *International Journal of Cultural Property* 307–320 (312) highlighting that the term “cultural property” was used for the first time in the 1954 Hague Convention, however, the 1972 UNESCO Convention as well as especially in the literature the broader term “cultural heritage” is preferred by now as this term also includes intangible heritage. See also Blake J, On Defining the Cultural Heritage (2000) 49 *International & Comparative Law Quarterly* 61–85 (65 et seq); as well as Vrdoljak AF and Francioni F, Introduction, in: Francioni F and Vrdoljak A F (eds) *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press 2020) 1–42 (2 et seq) being aware of the “enternal question” of the legal definition of “cultural heritage”, yet mentioning in broad strokes the extension from immovable, tangible heritage to include also intangible heritage.

<sup>36</sup> Cf Scovazzi T, The Definition of Intangible Cultural Heritage in Borelli S and Lenzerini F (eds) *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity – New Developments in International Law* (Martinus Nijhoff 2012) 179–200.

<sup>37</sup> Scovazzi T, Underwater Cultural Heritage as an International Common Good, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 215–230 (224).

<sup>38</sup> Cf O’Keefe P J, *Shipwrecked heritage: a commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage* (Institute of Art & Law 2<sup>nd</sup> ed 2014).

<sup>39</sup> See for critique Scovazzi T, Underwater Cultural Heritage as an International Common Good, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 215–230 (219 et seq) quoting also Oxman B H, Marine Archeology and the International Law of the Sea (1988) *Columbia Journal of Law and the Arts* 353–372 (363).

<sup>40</sup> See on this Scovazzi T, Underwater Cultural Heritage as an International Common Good, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 215–230 (222 et seq) providing examples such as the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit in the decision rendered on 24 March 1999 case *RMS Titanic, Inc v Haver*, ILM 1999, 807.



2003, UNESCO adopted the Charter on the Preservation of Digital Heritage “consist[ing] of unique resources of human knowledge and expression” such as “technical, legal, medical and other kinds of information created digitally, or converted into digital form from existing analogue resources” (Art 1).

Besides these international conventions, also a number of regional cultural heritage instruments exists. In Africa, the Cultural Charter for Africa (1976) and the Charter for the Cultural Renaissance of Africa (2006) are of relevance for our topic.<sup>41</sup> Especially Art 22 (1) of the African Charter on Human Rights and People’s Rights (“Banjul Charter”) (1981) deserves mentioning. This Article explicitly includes “the right to the [people’s] economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind.” Besides this right, also “States shall have the duty, individually or collectively, to ensure the exercise of the right to development.”

While there are no specific treaty instruments, with regard to the protection of cultural heritage in the Middle East and North Africa, the Doha Conference of Ulamâ on Islam and Cultural Heritage<sup>42</sup> as well as, in Asia, the ASEAN Declaration on Cultural Heritage (2000) are worth mentioning. However, it is important not to conflate a seeming lack of legal protection which is too easily identified with Eurocentric glasses.<sup>43</sup>

The Convention on the Protection of the Archeological, Historical, and Artistic Heritage of the American Nations (1976) and the European Cultural Convention from 19<sup>th</sup> of December 1954<sup>44</sup> are relevant regional instruments for America and Europe. Especially among the latter other instruments of the Council of Europe like the 2005 Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society (“Faro Convention”,

from 27<sup>th</sup> of October 2005)<sup>45</sup> is of importance. According to its Art 1, “rights relating to cultural heritage” are considered to be “inherent in the right to participate in cultural life” which in turn is explicitly linked to the UN Universal Declaration on Human Rights. Concerning more recent instruments, the Council of Europe Convention on Offences relating to Cultural Property adopted on 3<sup>rd</sup> of May 2017<sup>46</sup> is a showcase of still ongoing international efforts of constantly strengthening and extending the fight against illegal trafficking of cultural properties in Europe by obliging its State parties to implement specific criminal law norms.

International agreements are not the only source of international law norms on cultural heritage law. There is a lively discussion on potential international customary norms and general principles of law on cultural property protection in times of peace including eg repatriation obligations of states, which is, however, negated by the majority of scholars.<sup>47</sup>

### 3 From Institutionalized Interstate Heritage Protection to a Human Right to Cultural Heritage in the 21<sup>st</sup> century?

The above mentioned agreements on cultural heritage protection are classical interstate norms, obliging and enabling mainly States. Such a somewhat narrow focus, however, might leave cultural heritage unprotected. In order to address such lacunas, there is a rising quest enabling individuals and groups to raise human rights claims against the State also in the field of cultural heritage protection. And indeed, upon closer inspection, there are manifold human rights implications in the field of cultural heritage protection. They span from indirect influences and links between cultural heritage and various specific human rights to the somewhat daring assertion of a human right to cultural heritage.

Several international human rights treaties include provisions closely related or indirectly promoting cul-

<sup>41</sup> Cf Ndoro W, Mumma A and Abungu G (eds) *Cultural Heritage and the Law. Protecting immovable heritage in English-speaking countries of Sub-saharan Africa* (ICCROM Conservation Studies 2008).

<sup>42</sup> Cf generally Baker W G, *The Cultural Heritage of Arabs, Islam, and the Middle East* (Brown 2003); Irsheid C, *The Protection of Cultural Property in the Arab World* (1997) 6 (1) *International Journal of Cultural Property* 11–46.

<sup>43</sup> See Rico T, *Islam, Heritage, and Preservation: An Untidy Tradition* (2019) 15 (2) *Material Religion. The Journal of Objects, Art and Belief* 148–163 (148) on a “Eurocentric preservation dogma and its encounter with different articulations and practices related to Islam”.

<sup>44</sup> 218 UNTS 139.

<sup>45</sup> CETS No 199.

<sup>46</sup> CETS No 221.

<sup>47</sup> Cf Odendahl K, *Kulturgüterschutz: Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems* (Mohr Siebeck 2005) p. 145 et seq, 157, 179 et seq.

tural heritage.<sup>48</sup> While Art 22 of the Universal Declaration of Human Rights makes clear that cultural rights are “indispensable for [everyone’s] dignity and the free development of [everyone’s] personality”. The right to take part in cultural life is enshrined in Art 27 of the Universal Declaration of Human Rights. Art 15 (1) (a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights also obliges States to recognize the right of everyone to take part in cultural life. An important component of this right is, according to General Comment No 21 of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), the “obligation to respect [which] includes the adoption of specific measures aimed at achieving respect for the right of everyone, individually or in association with others or within a community or group [...] d) [t]o have access to their own cultural and linguistic heritage and to that of others.”<sup>49</sup> Beyond that, the CESCR has declared that “the obligations to respect and to protect freedoms, cultural heritage and diversity [to be] interconnected”.<sup>50</sup>

The right to enjoy one’s own culture is furthermore guaranteed by Art 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) providing for the right of members of minorities to enjoy their own culture, practice their own religion and use their own language. A specific expression of such rights is guaranteed by the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples as well as the International Labour Organization’s Convention No 169, the Indigenous and Tribal Peoples Convention, from 1989. Both containing various provisions in general regarding cultural rights and more specifically also promoting cultural heritage.

Cultural heritage has also links to further human rights such as human dignity as well as identity, and is important for the right of peoples to self-determination.<sup>51</sup> The right to education, too, “is crucial in fostering respect for the diversity of cultural heritages and expressions” and since “much of cultural heritage has

religious connotations, the right to freedom of thought and religion is of great relevance for the right of access to and enjoyment of cultural heritage” too.<sup>52</sup>

The 1993 summit meeting of the Council of Europe Heads of State has generally made a direct link between cultural heritage and human rights.<sup>53</sup> And indeed, it seems that the international community increasingly considers the importance of cultural heritage as an important pillar of a flourishing cultural diversity as important for human rights in particular and peace and stability in a more broader perspective.<sup>54</sup> For instance, the 2007 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples provides in Art 31 that “Indigenous peoples have the right to maintain, control, protect and develop their cultural heritage”. In addition, they should control their own cultural resources as enshrined in Art 35.<sup>55</sup>

The human rights discourse on cultural heritage has been shaped. Rising legal claims towards a collective human right to protect, preserve, or reclaim cultural heritage are increasingly made. Farida Shaheed, the first UN Special Rapporteur in the field of cultural rights established by the Human Rights Council through resolution 10/23 in 2009, considered in her first thematic report in 2010 “the conduct of cultural practices and access to cultural heritage” being part of the broad range covered by cultural rights.<sup>56</sup> A year later she held that “[c]onsidering access to and enjoyment of cultural herita-

<sup>48</sup> For an overview, see Shaheed A/HRC/17/38 [2011] para 34 et seq; Blake J, Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection (2011) 4 (2) *Heritage & Society* 199–238 (215 et seq, and espec 223 et seq); Blake J, *International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press 2015) p. 288 et seq.

<sup>49</sup> E/C12/GC/21 General comment No 21 [2009] at para 49d.

<sup>50</sup> E/C12/GC/21 General comment No 21 [2009] at para 50.

<sup>51</sup> For a discussing again what Raphael Lemkin had coined „cultural genocide“ in 1944, see, eg, Bilsky L and Klagsbrun R, The return of cultural genocide? (2018) 29 (2) *European Journal of International Law* 373–396.

<sup>52</sup> Shaheed A/HRC/17/38 [2011] para 48, cf paras 2, 45–47; cf Vrdoljak A F, Human Rights and Illicit Trade in Cultural Objects, in Borelli S and Lenzerini F (eds) *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity – New Developments in International Law* (Martinus Nijhoff 2012) 107–140 (139) speaking of a “cross-fertilization between human rights and cultural heritage law in the field of movable heritage”.

<sup>53</sup> See Blake J, On Defining the Cultural Heritage (2000) 49 *International & Comparative Law Quarterly* 61–85 (73).

<sup>54</sup> See eg Vrdoljak A F, Human Rights and Cultural Heritage in International Law, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 139–173; Francioni F, The Evolving Framework for the Protection of Cultural Heritage in International Law, in Borelli S and Lenzerini F (eds) *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity – New Developments in International Law* (Martinus Nijhoff 2012) 3–25 (25); or Scovazzi T, Culture, in Chesterman S, Malone D M and Villalpando S (eds) *The Oxford Handbook of United Nations Treaties* (Oxford University Press 2019) 307–320 (307) „The treaties of global scope concluded to date in the field of culture aim at bringing two fundamental messages. First, culture contributes to the maintenance of peace. Second, the protection and promotion of culture is a general interest of the international community as a whole.“

<sup>55</sup> GA A/RES/61/295, 13 September 2007.

<sup>56</sup> Shaheed A/HRC/14/36 [2010] para 9.

ge as a human right is a necessary and complementary approach to the preservation / safeguard of cultural heritage”.<sup>57</sup> Therefore she advocates for perceiving cultural heritage “from a human rights perspective”.<sup>58</sup>

This take on cultural heritage protection is, however, far from evident. Firstly, there is no specific universal right to cultural heritage, enshrined in a specific article in an international agreement. Secondly, especially the broad understanding of cultural heritage, including not only material cultural property but also immaterial practices and traditions as well as natural heritage, challenges the classical scope of protection of human rights. Therefore some voices even warn from the danger that cultural heritage framed as a human right, might endanger other human rights, when, for example, a specific traditional practice might clash with established human rights.<sup>59</sup> Barkan, for instance, expressed criticism about group rights and the possibility of “offensive groups”.<sup>60</sup> Thirdly, critical voices are concerned about a potential hegemonic rights framework.<sup>61</sup> Logan describes in this vein a “clash between universalism and cultural relativism”.<sup>62</sup> Similarly, it has been submitted that cultural property is a paradox within the logic of property. That “each group possesses and controls or ought to control – its own culture” would be at odds with a dynamic understanding of what is culture.<sup>63</sup>

Skeptical voices go even further and doubt the “assumption” “that cultural property is distinctive or special, and therefore different from ordinary property”.<sup>64</sup>

<sup>57</sup> Shaheed A/HRC/17/38 [2011] para 2.

<sup>58</sup> Shaheed A/HRC/17/38 [2011] para 4 et seq.

<sup>59</sup> See eg Logan W S, Closing Pandora’s Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection, in Silverman H and Ruggles D F (eds) *Cultural Heritage and Human Rights* (Springer 2007) 33–52 (40 et seq). Yet it is not the case that the UN special rapporteur would be blind for such dangers: Bennoune A/HRC/40/53 [2019] para 10; see however, also para 17.

<sup>60</sup> Barkan E, Genes and burkas: predicaments of human rights and cultural property, in Silverman H and Ruggles D F (ed) *Cultural heritage and human rights* (New York: Springer 2007) 184–200 (199). For critique of treating an object “with respect simply because they are old”, see James S P, Why Old Things Matter (2013) 12 (3) *Journal of Moral Philosophy* 313–329 (313) who however points to virtue ethics to take serious the history of “old inanimate objects”.

<sup>61</sup> Cowan J, Culture and rights after culture and rights (2006) 108 *American Anthropologist* 9–24.

<sup>62</sup> Logan W S, Closing Pandora’s Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection, in Silverman H and Ruggles D F (eds) *Cultural Heritage and Human Rights* (Springer 2007) 33–52 (50).

<sup>63</sup> Mezey N, The Paradoxes of Cultural Property (2007) 107 *Columbia Law Review* 2004–2046 (2004).

<sup>64</sup> See eg Posner E A, The International protection of Cultural

Therefore, according to Posner, “[t]here is no good argument for international legal regulation of cultural property, during peacetime or wartime.” Even more so, he argues, “the UNESCO Convention likely has perverse effects and that the treatment of cultural property would improve, even during wartime, if the current regime of international regulation were abolished”.<sup>65</sup>

Addressing these doubts and critiques, it is important not to throw the baby out with the bath water. While, for instance, Silverman is aware of the difficult entanglements, nevertheless she rightly states that the possibility of cultural heritage as a human right “should not be abandoned because of its complexities”.<sup>66</sup> The view that cultural heritage or property is in no meaningful way different than ordinary property seems to be at odds with the identity forming function of specific objects, places and practices. It is precisely the understanding of cultural heritage being of value for more than one individual, often a larger group as for instance a nation, which contrasts sharply with the skeptical argument as to treating cultural property as ordinary property.

Also, the seeming clash between universalism and cultural relativism as well as the fear of cultural heritage as a human right with potential to endanger established human rights does not seem to be a striking argument against cultural heritage as a human right as such. While conflicts between human rights are also well known among established human rights and usually are carefully balanced, it seems not to be the case that any cultural heritage related rights position gives the floor to a dangerous hegemonic universalist position.

What is, indeed however, a major obstacle, is the still somewhat lacking codification of a cultural heritage human right. The missing article is neither balanced by respective customary international law norms or general principles of law, and therefore, it seems difficult to advocate too strongly for such a human right. This is related to somewhat less generally arguing and not overly skeptical voices which warn against asking too much

Property: Some Skeptical Observations (2007) 8 *Chicago Journal of International Law* 213–231 (214–215).

<sup>65</sup> See eg Posner E A, The International protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations (2007) 8 *Chicago Journal of International Law* 213–231 (214–215, 225, 228).

<sup>66</sup> Silverman H, World Heritage and Human Rights, in Smith C (ed) *Encyclopedia of Global Archaeology* (2014 Edition) 7874–7877 (7875).



from cultural heritage as global, regional, national and local claims which might easily be incompatible.<sup>67</sup> Gillman, in turn, holds that instead of taking heritage itself as a basic good, rather “debates over heritage should, in the end, be about the well-being of individuals”.<sup>68</sup>

It is however not the case that the UN special rapporteur is not aware of such criticism. Farida Shaheed acknowledged that in a way when saying that “[a]lthough these instruments do not necessarily have a human rights approach to cultural heritage, in recent years, a shift has taken place from the preservation/safeguard of cultural heritage as such, based on its outstanding value for humanity, to the protection of cultural heritage as being of crucial value for individuals and communities in relation to their cultural identity.”<sup>69</sup> She concludes, thus, her 2<sup>nd</sup> report in 2011 reflecting on international law and practice that “the need to preserve/safeguard cultural heritage is a human rights issue.”<sup>70</sup> She details this further in locating the legal basis of the right of access to and the enjoyment of cultural heritage “in particular, in the right to take part in cultural life, the right of members of minorities to enjoy their own culture, and the right of indigenous peoples to self-determination and to maintain, control, protect and develop cultural heritage.”<sup>71</sup> Interestingly she explicitly mentions also “the obligation to seek and provide international assistance and cooperation” which “is firmly laid down in article 2 of the Covenant” in order to prevent excuses of “scarce economic resources” impeding the compliance with cultural heritage rights.<sup>72</sup> Also in her first report to the UN General Assembly in 2012, she submitted her understanding of cultural rights including the protection of “access to tangible and intangible cultural heritage as important resources enabling such identification and development processes”.<sup>73</sup>

The shift of taking cultural heritage rights seriously from a human rights angle, is also noticeable in the way how UNESCO advances cultural heritage, constantly developing cultural heritage protection towards a hu-

man rights based approach.<sup>74</sup> Therefore, it wasn’t surprising that Karima Bennouna, the second UN Special Rapporteur in the field of cultural rights, strengthened in her first thematic report on 27<sup>th</sup> of October 2016 the position of her predecessor.<sup>75</sup> As to that date, cultural heritage was particularly endangered and therefore she focused on the “intentional destruction of cultural heritage, as exemplified by the demolitions of the Baalshamin Temple and the Temple of Bel in Palmyra in 2015”.<sup>76</sup> However, in so doing she too highlighted the “[i]mportance of cultural heritage from a human rights perspective”.<sup>77</sup>

Also in her first report to the UN General Assembly, she “sets out a human rights approach, which she has developed, to the intentional destruction of cultural heritage, in conflict and non-conflict situations, by States and non-State actors”.<sup>78</sup> And in subsequent reports she raises awareness for the work of what she coins “cultural rights defenders”, that is “human rights defenders who defend cultural rights in accordance with international standards”. To her, the rights that such human right defenders advocate, are “a core part of international human rights law”.<sup>79</sup>

<sup>67</sup> See eg Donders Y, UNESCO and Human Rights, in Gerd Oberleitner (ed) *International Human Rights Institutions, Tribunals and Courts* (Springer 2018), 251–269 (256); cf Ekern S, Logan W, Sauge B and Sinding-Larsen A (eds) *World Heritage Management and Human Rights* (Routledge 2015); Silverman H and Ruggles H and Ruggles DF, *Cultural Heritage and Human Rights*, in Silverman H and Ruggles DF (eds) *Cultural Heritage and Human Rights* (Springer 2007) 3–29 (6).

<sup>68</sup> Bennouna A/HRC/31/59 [2016] para 50–51.

<sup>69</sup> Bennouna A/HRC/31/59 [2016] para 34.

<sup>70</sup> Bennouna A/HRC/31/59 [2016] paras 47 et seq. Also in the tenth anniversary report of the UN Special Rapporteur on cultural rights, Bennouna A/HRC/40/53 [2019] para 15, she explicitly mentions “(e) the rights to enjoy and have access to the arts, to knowledge, including scientific knowledge, and to an individual’s own cultural heritage, as well as that of others; and (f) the rights to participate in the interpretation, elaboration and development of cultural heritage and in the reformulation of cultural identities”.

<sup>71</sup> A/71/317 [2016] Summary. Cf for a general overview on the protection of cultural property in armed conflict, O’Keefe R, *Cultural Heritage and International Humanitarian Law*, in: Francioni F and Vrdoljak A F (eds) *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press 2020) 43–74. See also the reparations order in the ICC Trial Chamber VIII, Prosecutor v. AAhmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15 (17 August 2017) para 108, however, holding that the “Chamber cannot conclude to the requisite standard of proof that Mr Al Mahdi is liable for bodily harm or other kinds of property loss or damage. In this regard, the Chamber emphasises the relatively narrow scope of this case relative to the wider range of human rights violations alleged to have occurred in Timbuktu and elsewhere throughout Mali. Mr Al Mahdi cannot be held responsible for these broader tragedies”.

<sup>72</sup> Bennouna A/HRC/43/50 [2020] para 2.

<sup>67</sup> Lowenthal D, *The Heritage Crusade and the Spoils of History* (Viking 1997) p. 227.

<sup>68</sup> Gillman D, *The Idea of Cultural Heritage* (Cambridge University Press, rev ed 2010) p. 21.

<sup>69</sup> Shaheed A/HRC/17/38 [2011] para 20.

<sup>70</sup> Shaheed A/HRC/17/38 [2011] para 77.

<sup>71</sup> Shaheed A/HRC/17/38 [2011] para 78.

<sup>72</sup> Shaheed A/HRC/17/38 [2011] para 72.

<sup>73</sup> Shaheed A/67/287 [2012] para 7.

The approach advocated by both UN special rapporteurs resonates with academia. The recognition of a human right to culture in international law is taken as a proof for the evolution of cultural heritage “away from a property framework and toward a human rights-based approach”.<sup>80</sup> Lenzerini, for instance, holds that “international safeguarding of ICH [Intangible Cultural Heritage] must rely on the concomitant application, even though in an indirect manner, of international human rights law”.<sup>81</sup> And Logan understands heritage as “cultural practice” and human rights “as the most significant part of the international heritage of humanity”.<sup>82</sup>

## 4 Conclusion

It has been quite a long journey from the Coopération Intellectuelle institutionalized after the First World War to the human right to cultural heritage in the 21st century. What a brief glimpse at this development shows, is that the institutionalization in general, and specifically active agents in such an institutionalized setting, can indeed bring forward important protective schemes. While it has been specific individuals during the inter-war period and after the Second World War who facilitated the institutionalization of cultural heritage protection,<sup>83</sup> it is again individual agents, namely the UN special rapporteurs on cultural rights, Farida Shaheed and Karima Bennoune who strongly advocate for an important development of cultural heritage

protection: to frame cultural heritage as a human rights issue.<sup>84</sup> Accompanied by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights’ General Comment No 21 adopted on 21st of December 2009, the prospective human right to cultural heritage obliges States to respect, protect<sup>85</sup> and fulfil<sup>86</sup> individual’s and group’s rights to cultural heritage.

## References

Alderman K L, The Human Right to Cultural Property (2011) 20 (1) *Michigan State International Law Review* 69–81.

Baker W G, *The Cultural Heritage of Arabs, Islam, and the Middle East* (Brown 2003).

Barkan E, Genes and burkas: predicaments of human rights and cultural property, in Silverman H and Rugles D F (ed) *Cultural heritage and human rights* (New York: Springer 2007) 184–200.

Bennoune A/71/317 [2016].

Bennoune A/HRC/31/59 [2016].

Bennoune A/HRC/40/53 [2019].

Bennoune A/HRC/43/50 [2020].

Bilsky L and Klagsbrun R, The return of cultural genocide? (2018) 29 (2) *European Journal of International Law* 373–396.

Blake J and Lixinski L, *The 2003 UNESCO Intangible Heritage Convention* (Oxford University Press 2020).

Blake J, *International Cultural Heritage Law* (Oxford Uni-

<sup>80</sup> Alderman K L, The Human Right to Cultural Property (2011) 20 (1) *Michigan State International Law Review* 69–81 (70); cf Blake J, Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection (2011) 4 (2) *Heritage & Society* 199–238; Lixinski L, Heritage for Whom? Individuals’ and Communities’ Roles in International Cultural Heritage Law, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 193–213 (207 et seq) discussing individuals’ and communities’ roles). Silberman N, Heritage Interpretation and Human Rights: Documenting Diversity, Expressing Identity, or Establishing Universal Principles? (2012) 18 (2) *International Journal of Heritage Studies* 245–256 (253).

<sup>81</sup> Lenzerini F, Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples (2011) 22 *European Journal of International Law* 101–120 (101).

<sup>82</sup> Logan W, Cultural diversity, cultural heritage and human rights: towards heritage management as human rights-based cultural practice (2012) 18 (3) *International Journal of Heritage Studies* 231–244 (231).

<sup>83</sup> See only Grandjean M, Les réseaux de la coopération intellectuelle. La Société des Nations comme actrice des échanges scientifiques et culturels dans l’entre-deux-guerres (Doctoral Theses Université de Lausanne 2018).

<sup>84</sup> See already Amadou-Mahtar M’Bow, Director-General of UNESCO, A plea for the restitution of an irreplaceable cultural heritage to those who created it (1978), available at <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000034683> [last accessed 13 July 2020] speaking already in 1978 of peoples victims of plunder having “the right to recover [...] cultural assets which are part of their being.”

<sup>85</sup> See eg General Comment No 21 [2009] para 49(d) including access to everyone’s cultural and linguistic heritage; and 50(a) more generally.

<sup>86</sup> See General Comment No 21 [2009] paras 52(c), 53 and 54, or eg CESCR [2008] para 68 “requiring State parties to the Convention on social, civil and cultural rights to report on their initiatives to “promote awareness of the cultural heritage of ethnic, religious or linguistic minorities and of indigenous communities, and create favourable conditions for them to preserve, develop, express and disseminate their identity, history, culture, language, traditions and customs”.

- versity Press 2015).
- Blake J, On Defining the Cultural Heritage (2000) 49 *International & Comparative Law Quarterly* 61–85 (73).
- Blake J, Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection (2011) 4 (2) *Heritage & Society* 199–238.
- Charlesworth H, Human Rights and the Memory of the World Programme, in Langfield M, Logan W and Nic Craith M (eds) *Cultural Diversity, Heritage and Human Rights – intersections in theory and practice* (Routledge 2010) 21–30.
- Cowan J, Culture and rights after culture and rights (2006) 108 *American Anthropologist* 9–24.
- Cuno J, *Who Owns Antiquity? Museums and the Battle over Our Ancient Heritage* (Princeton University Press 2008).
- Donders Y, UNESCO and Human Rights, in Gerd Oberleitner (ed) *International Human Rights Institutions, Tribunals and Courts* (Springer 2018) 251–269.
- Ekern S, Logan W, Sauge B and Sinding-Larsen A (eds) *World Heritage Management and Human Rights* (Routledge 2015).
- Fernandes Lima N and Teles Silva S, Conciliating the overlap of protected areas and traditional territories: legal innovations for biological diversity conservation in brazilian parks (2019) 16 (2) *Brazilian Journal of International Law* 126–139.
- Francioni F, The Evolving Framework for the Protection of Cultural Heritage in International Law, in Borelli S and Lenzerini F (eds) *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity – New Developments in International Law* (Martinus Nijhoff 2012) 3–25.
- Gillman D, *The Idea of Cultural Heritage* (Cambridge University Press, rev ed 2010).
- Grandjean M, Archives Distant Reading: Mapping the Activity of the League of Nations’ Intellectual Cooperation (2016) *Digital Humanities* 531–534.
- Grandjean M, *Les réseaux de la coopération intellectuelle. La Société des Nations comme actrice des échanges scientifiques et culturels dans l’entre-deux-guerres* (Doctoral Theses Université de Lausanne 2018).
- Inventaire des Archives de l’Institut international de coopération intellectuelle (IICI) 1925-1946. Dossiers de correspondance, documents et publications aux Archives de l’UNESCO à Paris, UIS.90/WS/1, Paris, (UNESCO 1990).
- Irsheid C, The Protection of Cultural Property in the Arab World (1997) 6 (1) *International Journal of Cultural Property* 11–46.
- James S P, Why Old Things Matter (2013) 12 (3) *Journal of Moral Philosophy* 313–329.
- Laqua D, Internationalisme ou affirmation de la nation? La coopération intellectuelle transnationale dans l’entre-deux-guerres (2011) 52 (3) *Critique Internationale* 51–67.
- Laqua D, Transnational intellectual cooperation, the League of Nations, and the problem of order (2011) 6 (2) *Journal of Global History* 223–247.
- Lenski S-C, *Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung* (Mohr Siebeck 2013).
- Lenzerini F, Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples (2011) 22 *European Journal of International Law* 101–120.
- Lindsay P, Can We Own the Past? Cultural Artifacts as Public Goods (2012) 15 (1) *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 1–17.
- Lixinski L, Heritage for Whom? Individuals’ and Communities’ Roles in International Cultural Heritage Law, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 193–213.
- Lixinski L, Selecting Heritage: The Interplay of Art, Politics and Identity (2011) 22 (1) *European Journal of International Law* 81–100.
- Logan W S, Closing Pandora’s Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection, in Silverman H and Ruggles D F (eds) *Cultural Heritage and Human Rights* (Springer 2007) 33–52.
- Logan W, Cultural diversity, cultural heritage and human rights: towards heritage management as human rights-based cultural practice (2012) 18 (3) *International Journal of Heritage Studies* 231–244.
- Lowenthal D, *The Heritage Crusade and the Spoils of History* (Viking 1997).
- Merryman J H, The Nation and the Object (1994) 3 (1) *International Journal of Cultural Property* 61–76.
- Merryman J H, Two Ways of Thinking About Cultural



- Property (1986) 80 (4) *American Journal of International Law* 831–853.
- Mezey N, The Paradoxes of Cultural Property (2007) 107 *Columbia Law Review* 2004–2046.
- Murray G, *The Ordeal of this Generation* (London Halley Stewart Lectures 1928).
- Nauert H, Press Statement, State Department Spokesperson (12<sup>th</sup> October 2017), available at <https://www.state.gov/the-united-states-withdraws-from-unesco/> [last accessed 13 July 2020].
- Ndoro W, Mumma A and Abungu G (eds) *Cultural Heritage and the Law. Protecting immovable heritage in English-speaking countries of Sub-sabaran Africa* (ICCROM Conservation Studies 2008).
- O’Keefe P J and Prott L V, *Cultural heritage conventions and other instruments: A compendium with commentaries* (Institute of Art & Law 2011).
- O’Keefe P J, *Shipwrecked heritage: a commentary on the UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage* (Institute of Art & Law 2<sup>nd</sup> ed 2014).
- O’Keefe R, Cultural Heritage and International Humanitarian Law, in: Francioni F and Vrdoljak A F (eds) *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press 2020) 43–74.
- Odendahl K, *Kulturgüterschutz: Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems* (Mohr Siebeck 2005).
- Otlet P, *La société intellectuelle des nations* (Alcan 1919).
- Oxman B H, Marine Archeology and the International Law of the Sea (1988) *Columbia Journal of Law and the Arts* 353–372.
- Pernet C A, Twists, Turns and Dead Alleys: The League of Nations and Intellectual Cooperation in Times of War (2014) 12 (3) *Journal of Modern European History* 342–358.
- Posner E A, The International protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations (2007) 8 *Chicago Journal of International Law* 213–231.
- Prott L V and O’Keefe P J, “Cultural Heritage” or “Cultural Property”? (1992) 1 (2) *International Journal of Cultural Property* 307–320.
- Renoliet J-J, *L’UNESCO oubliée: la Société des Nations et la coopération intellectuelle, 1919–1946* (Publications de la Sorbonne 1999).
- Rico T, Islam, Heritage, and Preservation: An Untidy Tradition (2019) 15 (2) *Material Religion. The Journal of Objects, Art and Belief* 148–163.
- Scovazzi T, The Definition of Intangible Cultural Heritage in Borelli S and Lenzerini F (eds) *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity – New Developments in International Law* (Martinus Nijhoff 2012) 179–200.
- Scovazzi T, Underwater Cultural Heritage as an International Common Good, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 215–230.
- Scovazzi T, Culture, in Chesterman S, Malone D M and Villalpando S (eds) *The Oxford Handbook of United Nations Treaties* (Oxford University Press 2019) 307–320.
- Shaheed A/67/287 [2012].
- Shaheed A/HRC/14/36 [2010].
- Shaheed A/HRC/17/38 [2011].
- Silberman N, Heritage Interpretation and Human Rights: Documenting Diversity, Expressing Identity, or Establishing Universal Principles? (2012) 18 (2) *International Journal of Heritage Studies* 245–256.
- Silverman H and Ruggles H and Ruggles DF, Cultural Heritage and Human Rights, in Silverman H and Ruggles DF (eds) *Cultural Heritage and Human Rights* (Springer 2007) 3–29.
- Silverman H, World Heritage and Human Rights, in Smith C (ed) *Encyclopedia of Global Archaeology* (2014 Edition) 7874–7877.
- Smith L and Akagawa N, Introduction in Smith L and Akagawa N (eds) *Intangible Heritage* (Routledge 2009) 1–10.
- UN Archives A/136 No. 4068, English translation from Introduction on the Transfer to UNESCO of the Functions and Activities of the International Institute of Intellectual Co-operation and Utilization by UNESCO of the Assets of the Institute transferred to the United Nations by the League of Nations (1946).
- UN Archives A/136 No. 4068, Memorandum on the nature and value of the assets of the International Institute of Intellectual Co-operation transferred by the League of Nations to the United Nations (1946).

UN Archives A/136 No. 4068, S-0916-0001-0002-00001 UC, Inventaire des objets mobiliers.

UN Archives, S-0921-0032-0003-00006, Summary of a conversation with Dr. Albert Einstein on the subject of the United Nations enquiry on International Research Laboratories (1946-06-17 – 1948-01-15).

UNESCO Archives, International Institute of Intellectual Co-operation, Introduction of IICI. Inventory of archives 1925-1946 (UIS.90/WS/1), AG 1/1.

Valderrama F M, *A history of UNESCO* (Unesco publishing 1995).

Vrdoljak A F, Human Rights and Cultural Heritage in International Law, in Lenzerini F and Vrdoljak A F (eds) *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature* (Hart 2014) 139–173.

Vrdoljak A F, Human Rights and Illicit Trade in Cultural Objects, in Borelli S and Lenzerini F (eds) *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity – New Developments in International Law* (Martinus Nijhoff 2012) 107–140.

Vrdoljak AF and Francioni F, Introduction, in: Francioni F and Vrdoljak A F (eds) *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford University Press 2020) 1–42.

Wöbse A K, “To cultivate the international mind”: Der Völkerbund und die Förderung der globalen Zivilgesellschaft (2006) 54 (10) *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 852–863.

**ASPECTOS METODOLÓGICOS DO DIREITO DA  
ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL**



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A proteção do patrimônio cultural em novas perspectivas:** estudo comparado entre a *Kulturgutschutzgesetz* e a *Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016*

**The protection of cultural heritage in new perspectives:** a comparative study between the *Kulturgutschutzgesetz* and the *Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016*

Ardyllis Alves Soares

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# A proteção do patrimônio cultural em novas perspectivas: estudo comparado entre a *Kulturgutschutzgesetz* e a *Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016*\*

## The protection of cultural heritage in new perspectives: a comparative study between the *Kulturgutschutzgesetz* and the *Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016*

Ardyllis Alves Soares\*\*

### Resumo

Este estudo tem como objetivo analisar a proteção de bens culturais tomando como referências duas normas nacionais, a alemã *Kulturgutschutzgesetz* – KGSG e a norte americana *Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016* – HEAR. Para alcançar esse objetivo, utilizar-se-á a metodologia comparativa de normas legislativas, além do diálogo destas com outras normas internacionais sobre o tema. Utilizou-se, para um melhor desenvolvimento do tema, de fontes bibliográficas e legislativas. Na primeira parte, apresenta-se o contexto dos bens culturais e sua necessidade de proteção. Em seguida, apresentam-se aspectos de proximidade e diferenças entre as duas supra-mencionadas normas nacionais, com especial atenção aos aspectos temporais das normas.

**Palavras-chave:** Bens culturais. Patrimônio cultural. *Kulturgutschutzgesetz*. HEAR.

### Abstract

This paper aims to analyze the protection of cultural properties using two national standards as references, the German *Kulturgutschutzgesetz* – KGSG and the American *Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016* – HEAR. To achieve this objective, it will be used the comparative methodology of standards, in addition to their dialogue with other international standards on the subject. It was used bibliographic and legislative references to achieve a better development of the issue. In the first part, the context of cultural goods and their need for protection is presented. Next, aspects of proximity and differences between the two aforementioned national standards are presented with special attention to the time aspects of both standards. It is concluded that KGSG offers a broader protection and more in dialogue with supranational and international standards than HEAR.

\* Recebido em 25/03/2021  
Aprovado em 25/03/2021

\*\* Pós-Doutorando no Centro Universitário de Brasília - CEUB e Research Advisor da Universidade Estatal do Ural do Sul - Rússia. Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS, com estágio doutoral na Justus-Liebig-Universität Giessen - Alemanha. Especialista em Direito Internacional pela UFRGS e em Direito Empresarial pelo IBMEC/RJ. Diplôme d'Université em Direito Europeu e Francês dos Contratos pela Université de Savoie - França. Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, contratado pelo PNUD. Advogado.  
E-mail: ardyllis@gmail.com



**Keywords:** Cultural properties. Cultural heritage. Kulturgutschutzgesetz. HEAR.

## 1 Introdução

A conservação e manutenção da propriedade dos bens culturais, e a sua consequente repercussão jurídica, é uma preocupação atemporal e presente até hoje. A remoção de bens culturais de indivíduos, entidades privadas e locais públicos — por exemplo, museus —, por variados motivos, é um dos maiores problemas jurídicos relacionados ao tema. No entanto, essa situação não se limita a contextos de instabilidade social e esses bens, também, podem ser objeto de roubo ou furto em tempos de paz.<sup>1</sup>

Diante desse contexto, muitos esforços têm sido feitos para evitar que países e proprietários sejam vítimas dessa prática. Muitos mecanismos estruturais ou normativos têm sido produzidos para valorizar os objetos culturais de cada localidade e, especialmente para este estudo, evitar que esses bens sejam retirados ou exportados ilícitamente.<sup>2</sup>

Embora seja um tema tradicional nos estudos acadêmicos<sup>3</sup>, bem como no contexto normativo internacional<sup>4</sup>, este permanece uma questão atual em virtude do contexto histórico de subtrações de bens culturais, com especial atenção aos períodos de conflitos armados. Demonstração atual que reitera essa importância refere-se à circunstância de o tema voltar à atenção de

duas nações, produzindo legislações nacionais promulgadas em 2016.

Assim, dada a relevância do tema, este estudo tem como objetivo analisar, de forma comparativa, a chamada Lei Americana de Recuperação de Arte Expropriada de 2016 (*American Holocaust Expropriated Art Recovery Act de 2016* – HEAR) e a Lei de Proteção de Bens Culturais (*Kulturgutschutzgesetz* – KGSG) alemã sobre o tema de bens culturais indevidamente retirados de seus contextos culturais ou de seus proprietários e quais os mecanismos oferecidos para que ocorra o seu devido retorno, além de tentar mitigar a ocorrência de novos casos. Para atingir esse objetivo, será feita uma análise dessas duas normas sancionadas pela Alemanha e pelos Estados Unidos. Serão destacados os pontos relacionados entre elas e os aspectos peculiares de cada norma, dialogando, de forma pontual, com outras iniciativas internacionais, com destaque para a Convenção da Haia para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (Convenção da Haia de 1954), a Convenção da UNESCO sobre os Meios de Proibir e Prevenir a Importação, Exportação e Transferência Ilícita de Propriedade de Bens Culturais de 1970 (Convenção da UNESCO de 1970) e a Convenção do UNIDROIT sobre Bens Culturais Roubados ou Exportados Ilícitamente de 1995 (Convenção do UNIDROIT de 1995).

Este estudo será apresentado em duas partes. A primeira delas demonstra a importância da proteção internacional de objetos culturais. Em seguida, discutem-se alguns aspectos e analisa-se o tratamento realizado por essas leis em benefício à proteção de bens culturais, apresentando diálogos ou diferenças.

## 2 Bens culturais como objeto de proteção internacional

A proteção de bens culturais é um substrato de aspectos mais amplos como a proteção das identidades culturais<sup>5</sup> e de suas consequentes expressões artísticas. As civilizações produziram objetos que, mesmo que inconscientemente, deixavam traços de sua cultura, po-

<sup>1</sup> JAYME, Erik. Narrative norms in private international law: the example of Art Law. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 375, p. 9-52, 2016. p. 30-35.

<sup>2</sup> Sobre Programa de Monumentos, Belas Artes e Arquivos, além de outros esforços internacionais iniciais pós-II Guerra Mundial para restituir bens culturais saqueados ou roubados, ler: KREDER, Jennifer Anglim. Analysis of the Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016. *Chapman Law Review*, v. 20, n. 1, p. 1-24, 2017. p. 6-8.

<sup>3</sup> À guisa de exemplo: RUFFINI, Francesco. De la protection internationale des droits sur les oeuvres littéraires et artistiques. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 12, p. 387-597, 1926.

<sup>4</sup> Scovazzi nos lembra a Constituição da UNESCO, em seu preâmbulo 4º e no artigo 1º, além da Convenção da Haia para a Proteção dos Bens Culturais em Situações de Conflito Armado de 1954 e os seus dois protocolos como exemplos normativos internacionais sobre o tema. SCOVAZZI, Tullio. Culture. In: CHESTERMAN, Simon et al. (org.). *The Oxford Handbook of United Nations treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 307-320. p. 308-310.

<sup>5</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 251, p. 9-267, 1995. p. 56 e 251-252.



dendo-se dizer que cada um deles se trata de um registro da cultura de um povo em uma determinada época.

Em virtude da singularidade de cada cultura, esses objetos possuem um intrínseco aspecto cultural, sejam eles desde manuscritos ou materiais de manufatura, podendo ir até elaboradas pinturas ou esculturas. Esses objetos, com o tempo, passam a ser objeto do interesse de muitas pessoas ou instituições pela sua capacidade de trazer aos tempos atuais um contexto cultural que se limitou a um determinado tempo da história humana.

Quanto mais singular ou quanto mais reconhecida a importância de uma civilização, mais esses objetos encontrados dela são valorizados. No entanto, essa valorização não fica adstrita aos aspectos históricos, mas também econômicos e é essa valorização econômica que produz uma pluralidade de conflitos envolvendo bens culturais.

A singularidade e a admiração por esses bens os tornaram objeto de desejo, fazendo com que a propriedade destes passasse a ser desejo de muitos. Entretanto, a história nos oferece muitos exemplos em que a posse de objetos relacionados a um povo ou a propriedade de bens culturais relativos a uma compra lícita não foram respeitadas. Os casos de subtração de bens culturais, com destaque para os contextos de conflitos armados, fizeram com que muitos desses objetos fossem retirados dos seus locais, fomentando uma prática repulsiva e um mercado ilegal que produzia um grande dano para os povos e proprietários destes objetos.

Não tardou para que Estados que tiveram seus bens culturais subtraídos iniciassem um movimento de reclamar a devolução destes, seja por iniciativa própria, seja demanda por particulares. Argumentos para justificar a devolução são muitos, dentre eles que o bem foi exportado ilícitamente ou que o bem cultural em análise se trata de patrimônio cultural de grande relevância para o Estado demandante.<sup>6</sup>

As duas Guerras Mundiais tornaram-se relevantes marcos temporais para o tema.<sup>7</sup> A massiva perseguição

<sup>6</sup> Zeidler apresenta uma lista com vinte e três argumentos que podem servir de base para a argumentação para a devolução de bens culturais, entre eles, propriedade; aquisição de boa-fé; lugar de produção; afiliações pessoal, histórica, territorial, cultural ou nacional, dentre outros. ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property: hard cases, theory of argumentation, philosophy of law*. Gdańsk: Wolters Kluwer, 2016. p. 145-176.

<sup>7</sup> Sobre destruição e pilhagem de bens culturais na Segunda Guerra Mundial, ler: NAHLIK, Stanislaw E. *La protection internationale*

de povos, com a proibição de suas expressões culturais e o confisco de bens culturais de suas propriedades, fez com que os ordenamentos jurídicos internacionais pós-II Guerra Mundial, especialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), fossem elaborados. De igual modo, também se produziram importantes desenvolvimentos sobre a proteção de bens culturais, sendo a maior expressão dessa época a Convenção da Haia de 1954.<sup>8</sup>

A cultura e a arte dos povos se inserem nos contextos dessas normas de modo relevante. Na DUDH, se destaca a possibilidade de se exigir a satisfação, entre outros, dos direitos culturais, por meio de esforços nacionais e da cooperação internacional<sup>9</sup>, além de ter o direito de participar, livremente, da vida cultural da comunidade e de fruir as artes, incluindo o direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção literária ou artística da qual seja autor.<sup>1011</sup>

A interpretação conjunta desses artigos ratificam a importância da proteção da cultura, da arte e das diversas expressões culturais criadas pelo ser humano. Para atingir esses objetivos, pode-se utilizar como fundamento, em relação ao tema em análise, de normas específicas para proteção de bens culturais, como é o caso das já mencionadas Convenção da Haia de 1954, da Convenção da UNESCO de 1970 e a Convenção do UNIDROIT de 1995.

Os supracitados artigos que fomentam a atuação da ONU, dentre outros fatores, em prol de bens culturais, juntamente à Convenção da Haia de 1954, serviram como fundamentos, inclusive, para uma atuação do Conselho de Segurança da ONU, por meio da Resolu-

des biens culturels en cas de conflit armé. *Recueil des Cours*: collected courses of The Hague Academy of International Law. Kluwer Law International, Hague, v. 120, p. 61-163, 1967. p. 105-110.

<sup>8</sup> Sobre a Convenção da Haia de 1954 e seus dois protocolos, consultar: FRIGO, Manlio. *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement de litiges*. *Recueil des Cours*: collected courses of The Hague Academy of International Law. Kluwer Law International, Hague, v. 375, p. 89-474, 2016. p. 222-229.

<sup>9</sup> Art. 22, DUDH.

<sup>10</sup> Art. 27, DUDH.

<sup>11</sup> Sobre a importância da cooperação internacional para a preservação da diversidade cultural: TURP, Daniel. *La contribution du droit international au maintien de la diversité culturelle*. *Recueil des Cours*: collected courses of The Hague Academy of International Law. Kluwer Law International, Hague, v. 363, p. 333-454, 2015. p. 400-410.

ção S/RES/2347, de 2017, que condenou a destruição de patrimônio cultural, bem como subtração e contrabando de propriedades culturais, pela Al-Qaeda, Estado Islâmico e outros grupos.<sup>12</sup>

Outras iniciativas internacionais de *soft power* também foram produzidas para tornar mais efetiva a proteção e a restituição de bens ilícitamente confiscados de seus devidos proprietários ou retirados do contexto cultural de uma determinada população. Nesse campo, se destacam a Declaração de Terezin, os Princípios de Washington sobre a Arte Confiscada pelo Nazismo, o Código de Ética para Museus do Conselho Internacional de Museus (sigla em inglês, ICOM), o Código Internacional de Ética da UNESCO para Negociantes de Bens Culturais e os Princípios da International Law Association para a Cooperação na Mútua Proteção e Transferência de Material Cultural.<sup>13</sup> Além dessas possibilidades, tem-se incentivado a utilização de métodos de solução alternativa de controvérsias, entre elas mediação, painéis de consultoria governamental e arbitragem, este com especial destaque para a Corte de Arbitragem para a Arte.<sup>14</sup>

### 3 Análise comparada entre a KGSG e a HEAR

Nesta parte do estudo, apresenta-se análise comparada entre a KGSG e a HEAR, considerando-se alguns pontos que são regidos por essas normas de forma comum ou por somente uma delas. O foco será destacar e discutir os aspectos semelhantes e diferenciados para proteger os bens culturais relacionados a esses atos discutindo-as, além de dialogar com as Convenções da UNESCO de 1970 e do UNIDROIT de 1995 e outras normas para complementar a análise.

<sup>12</sup> Segundo Hausler, trata-se da primeira resolução desse órgão que versa, exclusivamente, sobre a proteção de bens e patrimônio culturais em situações de conflito armado. HAUSLER, Kristin. Cultural heritage and the Security Council: Why Resolution 2347 matters. *Question de Droit International - zoom in*, n. 48, p. 5-19, 2018. p. 5.

<sup>13</sup> TAŞDELEN, Alper. *The return of cultural artefacts: hard and soft law approaches*. Cham: Springer, 2016. p. 153-184.

<sup>14</sup> CAMPFENS, Evelien. Restitution of looted art: what about access to justice? *Santander Art and Culture Law Review*, v. 4, n. 2, p. 185-220, 2018. p. 202-211.

### 3.1 Estrutura e informações gerais sobre as leis

Sobre as suas estruturas, HEAR e KGSG usam abordagens diferentes para regulamentar a proteção de bens culturais. Consequentemente, essa diferença influenciou nas especificidades da estrutura de cada lei.

A KGSG é resultado da transposição da Diretiva 2014/60/EU para o ordenamento jurídico alemão. No entanto, o KGSG não é a simples transposição da legislação europeia. Peters indica que os legisladores alemães aproveitam a oportunidade da nova lei para melhorar o diálogo com a Convenção da UNESCO de 1970, a Convenção da Haia de 1954 e para melhorar as disposições estabelecidas pela lei nacional anterior de 1995, além da transposição.<sup>15</sup> De igual forma, a KGSG também foi responsável pela revogação da Lei de Retorno de Bens Culturais<sup>16</sup>, norma que internalizava a Convenção da UNESCO de 1970. Portanto, a Alemanha usou da mesma iniciativa para atualizar a legislação nacional, tornando-a mais harmônica com as iniciativas internacionais e supranacionais, além de produzir ampla proteção aos bens culturais, sem limitação de tempo ou patrimônio cultural a ser protegido.

Com base nesses elementos, a KGSG possui uma ampla estrutura. É organizada em dez capítulos e noventa e um parágrafos de diversos assuntos. Proteção de bens culturais contra remoção, devolução de bens culturais importados ilegalmente, devolução de bens culturais exportados ilegalmente e requisitos relacionados à inserção no mercado de bens culturais são algumas das questões reguladas pela KGSG. Isso demonstra a preocupação de que a nova lei regulamente diversos aspectos da proteção de bens culturais e seja uma legislação atualizada com o *status quo* relacionado ao assunto.

Por outro lado, a HEAR foi elaborada com o objetivo de proteger bens culturais, com base em abordagens diferentes em comparação à KGSG. Em vez de criar uma lei ampla para proteger todos os tipos de bens culturais, igualmente os legisladores alemães o fizeram em relação à KGSG. Os legisladores americanos preferiram elaborar uma lei com um escopo mais focado, dando atenção a um período específico e observando se

<sup>15</sup> PETERS, Robert. The protection of cultural property: recent developments in Germany in the context of new EU Law and the 1970 UNESCO Convention. *Santander Art and Culture Law Review*, v. 2, n. 2, p. 85-102, 2016. p. 87-88.

<sup>16</sup> Em alemão, *Kulturgüterrückgabegesetz* – KultGüRückG.

as vítimas tiveram suas propriedades culturais roubadas ou saqueadas por um grupo específico ou governo.<sup>17</sup> A própria denominação da lei demonstra que a proteção não é direcionada a qualquer tipo de bem cultural roubado ou saqueado de forma genérica.<sup>18</sup>

Outra curiosidade diz respeito à extensão da norma. A estrutura da HEAR é mais reduzida do que a da KGSG. Existem cinco seções, sendo a primeira a denominação oficial da lei e a segunda os resultados da pesquisa para a elaboração dessa norma. Além disso, as outras três partes apresentam os objetivos da lei, definições e os prazos prescricionais respectivamente. No entanto, criar uma norma federal para uniformizar alguns parâmetros sobre a normatização do tema é algo benéfico, pois permite maior previsibilidade das soluções passíveis de reclamação, em vez de uma pluralidade de legislações estaduais.<sup>19</sup>

Com base nessas referências estruturais, é possível inferir que a proteção oferecida pela KGSG é mais complexa e detalhada do que as elaboradas pela HEAR, tecendo regras para variados contextos relacionados à proteção de bens culturais. Nas próximas seções, algumas semelhanças e diferenças serão discutidas mais detalhadamente.

### 3.2 Objeto e finalidade

O objeto de ambas as normas tem como foco proteger bens culturais. Porém, a abordagem dessas normas difere em relação a quais bens culturais serão tutelados. KGSG e HEAR indicam, expressamente, algumas dessas informações, sendo possível perceber a diferença de abrangência e finalidade destas.

Por um lado, a KGSG designa seu escopo na seção 1. Nessa parte são indicados seis temas: I) a proteção de bens culturais nacionais contra remoção; II) a importa-

ção e exportação de bens culturais; III) a colocação no mercado de bens culturais; IV) o retorno de bens culturais importados ilegalmente; V) o retorno de bens culturais exportados ilegalmente; e VI) a confirmação de retorno de bens culturais em empréstimos internacionais. Por outro lado, a HEAR estabelece dois propósitos na seção 3 dessa lei: I) garantir que as leis que regem as reivindicações de arte confiscada pelo nazismo e outras propriedades promovam a política dos Estados Unidos conforme estabelecido nos Princípios da Conferência de Washington sobre Arte Confiscada nazista, a Lei de Reparação às Vítimas do Holocausto (*Holocaust Victims Redress Act*) e a Declaração de Terezin; II) garantir que as reclamações sobre obras de arte e outros bens roubados ou desviados pelos nazistas não sejam injustamente proibidas por prescrições, mas sejam resolvidas de maneira justa.

Com base nessas seções, é possível perceber que as proteções oferecidas por HEAR e KGSG são diferentes. Enquanto a KGSG produziu uma ampla proteção em relação a bens culturais, sem especificar qualquer tipo de cultura e tempo a ser protegido, a HEAR seguiu por outra dinâmica. A norma norte-americana indica um conjunto limitado de bens culturais a ser protegido, bem como há a indicação de um prazo para identificar quais objetos serão tutelados por esse ato.

Portanto, esses pontos evidenciam que o objeto e a finalidade da KGSG são mais amplos do que a HEAR. Enquanto a KGSG foi elaborada para ser uma regra para normatizar bens culturais em uma perspectiva mais aberta, a HEAR estipulou um contexto histórico e um tempo específico para suas regras, não sendo possível usá-la para proteger propriedades culturais de outros momentos históricos. Ademais, a HEAR tem recebido críticas porque o texto de sua finalidade pode causar interpretação ambígua e complexa<sup>20</sup>, bem como seu uso não vem sendo devidamente aplicado pelos tribunais, produzindo prejuízo especialmente aos reclamantes.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Sobre alguns julgados relacionados à devolução de bens culturais e o uso da HEAR, ler: SYMEONIDES, Symeon C. Choice of law in the American courts in 2018: thirty-second annual survey. *The American Journal of Comparative Law*, v. 67, n. 1, p. 1-97, 2019. p. 74-76.

<sup>18</sup> Sobre as diferentes abordagens sobre a restituição de bens culturais entre Estados Unidos e Europa, ler: CAMPFENS, Evelien. Restitution of looted art: what about access to justice? *Santander Art and Culture Law Review*, v. 4, n. 2, p. 185-220, 2018. p. 197-198.

<sup>19</sup> BARNES, Jason. Holocaust Expropriated Art Recovery (HEAR) Act of 2016: a federal reform to state statutes of limitations for art restitution claims. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 56, n. 3, p. 593-635, 2018. p. 621-622.

<sup>20</sup> FRANKEL, Simon J.; SHARONI, Sari. Navigating the ambiguities and uncertainties of the Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016. *Columbia Journal of Law & the Arts*, v. 42, n. 2, p. 157-187, 2019. p. 182-186.

<sup>21</sup> FRANKEL, Simon J. The HEAR Act and laches after three years. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 45, n. 2, p. 441-456, 2020. p. 455-456.



### 3.3 Especificidade dos bens culturais protegidos

Em decorrência do objeto e finalidade acima mencionados, também é possível indicar que os bens culturais protegidos por cada lei não são os mesmos. Em ambos os atos, houve a preocupação de denominar quais elementos são considerados dignos de proteção por essas normas.

Em primeiro lugar, a HEAR indicou, na subseção 2, da seção 4, um conjunto de objetos que os chamam de trabalhos de arte ou outra propriedade. Essa lista é composta por:

I) quadros, pinturas e desenhos; II) arte estatutuária e escultura; III) gravuras, estampas, litografias e obras de arte gráfica; IV) coletâneas e montagens artísticas originais e de arte aplicada; V) livros, arquivos, objetos musicais e manuscritos (incluindo manuscritos musicais e partituras), e arquivos e mídias sonoras, fotográficas e cinematográficas; VI) objetos sagrados e cerimoniais e judaica.

Prosseguindo, a KGSG produziu dois importantes conceitos para esse aspecto na seção 2. O primeiro é a definição de propriedade cultural arqueológica. São assim considerados:

os objetos móveis ou conjuntos de materiais que foram criados ou trabalhados por humanos ou fornecem informações sobre a vida humana no passado, estão ou estiveram no solo ou em um corpo de água ou para os quais isso pode ser assumido com base nas circunstâncias gerais.<sup>22</sup>

Além disso, a segunda definição indica que propriedade cultural significa: “qualquer objeto móvel ou agregado de coisas de valor artístico, histórico ou arqueológico ou de outras áreas do patrimônio cultural, em particular de valor paleontológico, etnográfico, numismático ou científico.”<sup>23</sup>

A respeito desse tema, portanto, HEAR e KGSG também utilizaram diferentes abordagens para referir o que é propriedade cultural em cada lei. Por um lado, a norma norte americana usou como ferramenta uma lista de objetos específicos para indicar o que é propriedade cultural. Por outro lado, a lei alemã preferiu indi-

<sup>22</sup> No original, „archäologisches Kulturgut bewegliche Sachen oder Sachgesamtheiten, die von Menschen geschaffen oder bearbeitet wurden oder Aufschluss über menschliches Leben in vergangener Zeit geben, sich im Boden oder in einem Gewässer befinden oder befunden haben oder bei denen aufgrund der Gesamtumstände dies zu vermuten ist“.

<sup>23</sup> No original, „Kulturgut jede bewegliche Sache oder Sachgesamtheit von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder aus anderen Bereichen des kulturellen Erbes, insbesondere von paläontologischem, ethnographischem, numismatischem oder wissenschaftlichem Wert“.

car conceitos abertos, permitindo que uma quantidade maior de objetos possa ser considerada bens culturais.<sup>24</sup>

Portanto, ao mencionar o que são bens culturais, a KGSG utiliza uma técnica mais próxima às utilizadas na Convenção do UNIDROIT de 1995 (artigo 2) e também na Convenção da UNESCO de 1970 (artigo 1, *caput*), preferindo descrições abertas para oferecer proteção a um grande número de objetos. Por outro lado, a HEAR usa indicação específica de objetos tendo um comportamento semelhante às letras *a* a *k* do artigo 1 da Convenção da UNESCO de 1970, embora a lista estabelecida por esta norma internacional seja mais ampla do que a similar existente na HEAR.<sup>25</sup>

Essa escolha de conceitos abertos, em vez de uma lista fechada, permite uma proteção mais ampla, pois é possível incluir um objeto se ele puder ser considerado descrito em um desses conceitos abertos. Além disso, a opção pela lista de objetos pode excluir alguns tipos de bens culturais não vislumbrados no momento de formulação da norma.

### 3.4 Dimensão temporal das normas

A dimensão do tempo é um dos aspectos mais interessantes de ambas as normas. Para tornar esse aspecto mais compreensível, ela será apresentada em duas partes: dimensão temporal das próprias normas e dimensão temporal da proteção de bens culturais. Nessa parte será discutida a dimensão temporal das normas.

Houve, assim como nos contextos já retratados, um comportamento diverso em relação à dimensão temporal dos próprios atos, além de aspectos peculiares em relação à HEAR. Ela estabeleceu requisitos temporais necessários para que um bem cultural seja protegido por essa lei.

O primeiro é que foi indicado um período no qual os referidos bens confiscados ou saqueados serão protegidos por essa lei. Esse lapso temporal começou em 1º de janeiro 1933 e terminou em 31 de dezembro de 1945.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> HEIMANN, Hans Markus. § 2. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org.). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018. p. 30-36. p. 32-35.

<sup>25</sup> BARNES, Jason. Holocaust Expropriated Art Recovery (HEAR) Act of 2016: a federal reform to state statutes of limitations for art restitution claims. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 56, n. 3, p. 593-635, 2018. p. 617.

<sup>26</sup> Sec. 4 (3), HEAR.

Em conjunto a esse requisito, é necessário que o referido confisco ou saque tenha sido feito por meio de qualquer perseguição a um grupo específico de indivíduos pelo Governo da Alemanha, seus aliados ou agentes, membros do Partido Nazista, ou seus agentes ou associados influenciados pela ideologia nazista.<sup>27</sup> Portanto, é necessário que os dois requisitos tenham ocorridos em conjunto para usar a HEAR como fundamento em uma ação: confisco ou saque por pessoas influenciadas pela ideologia nazista e que esse ato tenha sido realizado entre 1º de janeiro de 1933 a 31 de dezembro de 1945.

Com base nessas informações, é possível deduzir que a HEAR se limita ao objetivo de proteger bens culturais específicos. Criar uma nova norma para proteger os bens culturais é digno de apreço, mas limitar esta proteção a um contexto histórico específico demonstra perda de oportunidade para efetivar uma política pública de proteção de bens culturais em todas as circunstâncias seja para comportamentos pretéritos, seja para ações futuras.

Outro aspecto temporal não usual foi estabelecido pela HEAR. Ao contrário da KGSG, que faz referência, somente, à data de promulgação, a HEAR também indica 1º de janeiro de 2027 como o dia para cessar os seus efeitos. Esse aspecto específico da HEAR é passível de críticas, pois essa tomada de decisão pode motivar comportamentos indesejáveis em prejuízo aos reais proprietários.<sup>28</sup> Gray indica, por exemplo, como uma das possibilidades desses comportamentos indesejáveis, o atual possuidor ocultar o bem cultural de origem incerta para utilizá-lo somente após a referida data.<sup>29</sup>

Com base nessas regras gerais de tempo, a KGSG demonstra ser mais flexível para proteger diferentes contextos de problemas relacionadas ao confisco ou saque de bens culturais. De modo diverso, a proteção estabelecida por HEAR é temporariamente limitada e, portanto, é útil, somente, para o contexto específico da perseguição nazista.

### 3.5 Dimensão temporal da proteção de bens culturais

Nesta parte serão apresentadas as referências temporais em circunstâncias específicas indicadas na HEAR e na KGSG para analisar se esses termos dialogam entre si ou se foram normatizados de maneira diferente. Além dessa perspectiva, discutir-se-á se esses prazos utilizam como referência padrões internacionais relacionados à proteção de bens culturais.

Antes de começar a examinar os contextos de tempo apresentados por ambas as normas, é necessário analisar um conceito importante para definir o momento de começar a contar os prazos. Na HEAR, essa denominação é chamada de conhecimento (*knowledge*). Na referida norma, é considerado conhecimento “ter conhecimento real de um fato ou circunstância ou informação suficiente a respeito de um fato ou circunstância relevante para equivaler a conhecimento real do mesmo”.<sup>30</sup>

Com base nesse conceito é produzida a regra geral. Ela indica que uma ação civil ou causa de ação contra um réu, para recuperar qualquer obra de arte ou outra propriedade que tenha sido perdida durante o período coberto por causa da perseguição nazista, pode ser iniciada em até seis anos após a descoberta real pelo requerente ou agente do reclamante. Além dessas características, a HEAR, também, considera necessários dois outros requisitos: 1) a identidade e localização da obra de arte ou outro bem e; 2) um interesse possessório do requerente na obra de arte ou outra propriedade. Portanto, a partir do reconhecimento do bem cultural subtraído e a respectiva localização pelo verdadeiro proprietário ou herdeiro, este passa, em regra geral, a ter o supracitado prazo para demandar a devolução do bem por ser a atual posse fruto de um ato ilegal anterior.

Além dessa regra geral, uma regra complementar foi criada para casos excepcionais em que a identificação do bem é complexa. Esta menciona que, nos casos em que o bem cultural faz parte de um grupo de múltiplas obras de arte substancialmente semelhantes ou outra propriedade, a descoberta real da identidade e localização do bem terá como data referência, para o início da contagem dos seis anos, o dia em que houver fatos suficientes

<sup>27</sup> Sec. 4 (4), HEAR.

<sup>28</sup> KREDER, Jennifer Anglim. Analysis of the Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016. *Chapman Law Review*, v. 20, n. 1, p. 1-24, 2017. p. 19-20.

<sup>29</sup> GRAY, Soffia H. Kuehner. The Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016: an ineffective remedy for return in nazi-looted art. *University of Illinois Law Review*, n. 1, p. 363-399, 2019. p. 392-393.

<sup>30</sup> GERSTENBLITH, Patty. Statutes of limitation and other legal challenges to the recovery of stolen art. In: HUFNAGEL, Saskia; CHAPPELL, Duncan (org.). *The palgrave handbook on art crime*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 271-285. p. 278-279.

para formar uma base substancial para acreditar que o objeto localizado se trata do bem perdido.<sup>31</sup>

Ainda vinculada à regra geral, a HEAR esclarece as possibilidades de atuação ao descrever, expressamente, os contextos de aplicabilidade e de exceção à utilização da supra referida regra geral. No tocante ao primeiro deles, a norma estabelece dois parâmetros para a sua utilização.

O primeiro deles constitui a possibilidade de utilização em uma ação ou reclamação em andamento a partir do dia de promulgação da lei, esteja essa análise ainda em primeiro grau ou em instâncias recursais.<sup>32</sup> O segundo refere-se ao fato de que proposição de uma ação ou interposição de um recurso deve iniciar na data de promulgação da lei e ser concluído até o dia 31 de dezembro de 2026, um dia antes da data estabelecida para cessar os efeitos jurídicos da norma.<sup>33</sup>

No tocante à mencionada exceção da regra geral estabelecida pela HEAR<sup>34</sup>, a regra geral não se aplicará a qualquer demanda barrada no dia anterior ao à promulgação da lei por prescrição federal ou estadual se ocorrer dois fatos. São eles: I) o reclamante ou procurador dos interesses do reclamante tinha conhecimento dos elementos estabelecidos na regra geral em/ou após 1º de janeiro de 1999 e; II) não ter ocorrido o transcurso de seis anos a partir da data que o requerente ou antecessor interessado adquiriu tal conhecimento e durante o qual a reclamação ou causa de ação foi não barrada por uma prescrição federal ou estadual.

Quanto à KGSG, por ser a norma alemã uma lei que buscou normatizar, de forma ampla, a proteção de bens culturais, ela possui grande quantidade de mandamentos normativos que estabelecem prazos para caracterizar um direito ou para exercer o direito de pedir perante tribunais ou autoridades administrativas. Muitos dos exemplos a serem mencionados são diálogos com outras normas internacionais.

Primeiramente, antes de adentrar especificamente nos contextos temporais estabelecidos pela lei alemã, é necessário um aspecto preliminar para servir de base às

reflexões seguintes. De acordo com a KGSG, um bem cultural pode ser importado, exportado e colocado no mercado, desde que não exista proibições ou restrições oriundas desta lei ou qualquer outra legislação nacional, como atos jurídicos diretamente aplicáveis da União Europeia.<sup>35</sup>

Dessa forma, a regra é que tesouros nacionais são, de modo geral, protegidos tanto pela União Europeia, quanto pela legislação alemã, sendo tolerada a circulação em casos excepcionais e com rigorosa quantidade de requisitos para atestar a circulação lícita desses bens culturais.<sup>36</sup> No entanto, bens culturais que não se caracterizem como tesouros nacionais podem, livremente, circular e, inclusive, ser comercializados, desde que as pessoas envolvidas obedeçam um conjunto de critérios necessários a cada circunstância (registro, licença, dentre outros) com o objetivo de prevenir ou dificultar a subtração ilegal de bens culturais ao utilizar de variados meios (importação, exportação, falsificação de registro/licença) para impedir a localização de tais objetos pelos reais donos ou herdeiros.

Ainda sobre essa possibilidade de comercialização de bens culturais, é relevante mencionar o § 935, do BGB. Ele indica que não ocorre aquisição de boa-fé nas ações descritas entre os §§ 932 a 934 se a propriedade foi roubada do proprietário ou perda de alguma forma (abandono por necessidade de fuga do país, por exemplo). Ocorre o mesmo efeito jurídico na circunstância em que o proprietário for, apenas, um possuidor indireto.<sup>37</sup> Essa noção de aquisição de boa-fé como parâmetro para determinar quais direitos têm os envolvidos também permeia a legislação de outros países.<sup>38</sup> Para melhor dialogar com as normatizações supracitadas, a KGSG também estabelece a possibilidade de proibição de inserção desses bens culturais no mercado de arte, caso estes estejam perdidos, além de ilegalmente escavados ou importados.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> Sec. 5 (b), HEAR.

<sup>32</sup> Sec. 5 (d) (1), HEAR.

<sup>33</sup> Sec. 5 (d) (2), HEAR.

<sup>34</sup> FRANKEL, Simon J.; SHARONI, Sari. Navigating the ambiguities and uncertainties of the Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016. *Columbia Journal of Law & the Arts*, v. 42, n. 2, p. 157-187, 2019. p. 169-172.

<sup>35</sup> § 20, KGSG.

<sup>36</sup> JAYME, Erik. Nationale Kunst heute – Betrachtungen zum neuen Kulturgutschutzgesetz. In: DREIER, Thomas; KEMLE, Nicolai B.; WELLER, Matthias (org.). *Kunst und Recht - Rückblick, Gegenwart und Zukunft*. Baden Baden: Nomos, 2017. p. 71-102. p. 52-53.

<sup>37</sup> WIELING, Hans Josef; FINKENAUER, Thomas. *Sachenrecht*. 6. ed. Berlin: Springer, 2020. p. 156-161.

<sup>38</sup> Sobre o paradigma francês da restituição de bem cultural ao proprietário original, consultar: MARTINEAU, Anne-Katel. *Droit du marché de l'art*. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2018. p. 170-172.

<sup>39</sup> Sobre o diálogo entre o § 935 do BGB e a § 40 da KGSG, ler: SCHACK, Haimo. Zivilrechtliche Auswirkungen des KGSG: Importverbote und Transparenzpflichten. In: WELLER, Matthias;



Para colaborar com os parâmetros para a análise da legalidade da movimentação e negociação de bens culturais, a KGSG estabeleceu várias regras utilizando-se de marcos temporais para indicar a legalidade ou ilegalidade de propriedade ou posse desses objetos. O primeiro contexto temporal a se mencionar é o da proibição de importação.

Nele se apresentam as situações nas quais a importação é considerada ilegal, sendo vedada a sua realização. São três esses contextos. A saber: I) foi classificado ou definido como bem cultural nacional por um estado membro ou um estado parte e foi removido do território desse estado em violação de sua legislação que protege a propriedade cultural nacional; II) foi retirado por violação de atos jurídicos da União Europeia diretamente aplicáveis que foram publicados no Jornal Oficial da União Europeia e que limitam ou proíbem a remoção transfronteiriças de bens culturais ou; III) foi removido devido a um conflito armado sob violação da Parte I, número 1, do Protocolo à Convenção da Haia de 1954.<sup>40</sup>

Portanto, a lei alemã expressamente destaca a possibilidade de diálogo com normas nacionais estrangeiras, normas supranacionais e internacionais para melhor efetivar a proteção de bens culturais. Além disso, cabe mencionar que o referido trecho dialoga, adequadamente, com os artigos 2, 3 e 7 da Convenção da UNESCO de 1970 e os capítulos II e III da Convenção do UNIDROIT de 1995 que trazem, dentre outros contextos, mandamentos aos Estados para reprimir a prática da importação e transferência de propriedade ilegais.

No entanto, a referida lei traz duas exceções a essa regra, tendo uma delas um caráter temporal envolvido. Consoante essa menção específica, a proibição de importação não se aplica a bens culturais que, na data de 6 de agosto de 2016, estavam legalmente localizados no território alemão, salvo disposição em contrário dos atos jurídicos diretamente aplicáveis da União Europeia. Essa data é próxima à promulgação da lei, arbitrando, assim, o momento para a produção de efeitos jurídicos

para esse caso específico.<sup>41</sup>

A segunda previsão que excepcionaliza a proibição da importação é a situação em que o objeto deve ser depositado no território federal onde permanecerá temporariamente armazenado para protegê-lo contra as ameaças relacionadas com um conflito armado, de acordo com o número 5, da parte II, do primeiro Protocolo à Convenção da Haia de 1954 sobre a Proteção de Bens Culturais em Circunstâncias de Conflito Armado.<sup>42</sup> Esse mandamento normativo indica a possibilidade de um Estado Contratante da Convenção poder enviar bens culturais a outro Estado Contratante para deixá-los depositados com a finalidade de protegê-los contra os perigos de um conflito armado. Além disso, ao receber para depósito esses objetos, o Estado receptor deverá devolvê-los às autoridades do Estado requerente o mais breve possível após findados o período de hostilidade.

Em seguida, outro contexto de referência temporal está em duas das circunstâncias para caracterização de uma importação ilegal de propriedade cultural. Nessa parte, menciona que uma importação de bens culturais será considerada ilegal se os bens culturais foram exportados de outro país, em violação das disposições legais aplicáveis nesse país, para a proteção de bens culturais nacionais: I) do território soberano de outro Estado Membro depois de 31 de dezembro de 1992, ou; II) do território soberano de um Estado Contratante depois de 26 de abril de 2007.<sup>43</sup>

Essas duas datas são indicadas por haver um contexto histórico para cada uma delas. Segundo Czernik, trata-se, respectivamente, da data indicada no artigo 13 da Diretiva 93/7/CEE, que anteriormente regulava a restituição de bens culturais que tenham saído ilícitamente do território de um Estado-membro, substituída pela atual Diretiva 2014/60/EU, mas cuja data referencial foi mantida, conforme o artigo 14 da atual diretiva, enquanto a segunda data é a imediatamente posterior à estabelecida por uma das normas revogadas pela KGSG, a *Kulturgüterrückgabegesetz* – KultGüRückG, em seu § 6, 2 (2).<sup>44</sup> Dessa forma, demonstra-se que a KGSG buscou harmonizar o seu regramento tanto com as normatizações nacionais que a antecederam, quanto com as

KEMLE, Nicolai B.; DREIER, Thomas (org.). *Handel - Provenienz - Restitution*. Baden Baden: Nomos, 2020. p. 73-88. p. 73-76. JAYME, Erik. Die verschwiegene Provenienz: Der Heidelberger Trübner-Fall und die Auslegung des § 40 KGSG. In: WELLER, Matthias; KEMLE, Nicolai B.; DREIER, Thomas (org.). *Handel - Provenienz - Restitution*. Baden Baden: Nomos, 2020. p. 6-19. p. 13-18.

<sup>40</sup> § 28, KGSG.

<sup>41</sup> § 29, 1, KGSG.

<sup>42</sup> § 29, 2, KGSG.

<sup>43</sup> § 32 (1) 1, a e b, KGSG.

<sup>44</sup> CZERNIK, Ilja. § 32. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org.). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018. p. 213-219. p. 216.

normas internacionais que tangenciam o tema, inclusive fazendo com que marcos temporários de normatizações anteriores fossem mantidos para não haver um conflito de normas nesse aspecto em virtude da entrada em vigência da nova lei.

Outra parte da KGSG em que o aspecto temporal é utilizado para estabelecer direitos decorrentes de sua obediência é a que versa sobre o retorno de propriedades culturais exportadas ilegalmente. Nessa parte da lei percebe-se, mais uma vez, a motivação do legislador em produzir um diálogo com outras regras nacionais e internacionais que se relacionam, direta ou indiretamente, com a proteção de bens culturais, sendo esse diálogo, como se demonstrará, mais profícuo do que o realizado pela HEAR.

O primeiro diálogo entre normas dessa parte ocorre com a legislação da União Europeia. Nesse quadro, há dois contextos que são normatizados. O primeiro, em que o pedido de retorno é realizado pelo Estado Membro e o segundo, em que um Estado qualquer demanda contra algum Estado Membro.

No primeiro caso, o de reclamação feita por algum dos Estados Membros, são apresentadas duas situações para efetivação da demanda, sendo uma delas com contexto temporal. Na primeira, a norma estabelece que o bem cultural demandado por um Estado Membro será retornado se foi removido do território soberano de um Estado Membro após 31 de dezembro de 1992, em violação à legislação do Estado Membro demandante.<sup>45</sup>

Novamente se utiliza como referencial temporal o período mencionado no artigo 13, da revogada Diretiva 93/7/CEE, mas mantido pelo artigo 14, da atual Diretiva 2014/60/EU.<sup>46</sup>

Já o segundo caso trata-se de um bem que foi reconhecido pelo Estado Membro requerente, prévia ou posterior à remoção, pela via legislativa ou por procedimentos administrativos nacionais, como patrimônio cultural nacional, podendo ser de valor artístico, histórico ou arqueológico. Dessa forma, essa situação dialoga com a proteção de patrimônios culturais dos Estados Membros estabelecida pelo artigo 36, do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE, mesmo

sendo essa denominação alvo de críticas por sua falta de uniformidade de significados nas normas europeias.<sup>47</sup>

Com base em outro ponto de vista, há a situação em que um dos Estado Membros é o destino do bem cultural subtraído ilegalmente. Nesse contexto, se um bem cultural for ilegalmente importado em desrespeito a um normativo legal diretamente aplicável pela União Europeia, esse deve retornar ao país demandante.

Outro contexto de diálogo com normas internacionais é realizado em relação à Convenção da UNESCO de 1970. Nesse quadro, a devolução solicitada por um Estado Parte de um bem cultural se realizará em algumas conjunturas.<sup>48</sup> A primeira delas estabelece que se esse bem pertence a uma das categorias indicadas no artigo 1, da referida Convenção da UNESCO. Nesse caso, como a lista existente no citado artigo é ampla e genérica, já aqui se permite compreender uma ampla proteção desses bens em relação à sua subtração de forma ilegal.

O segundo contexto é se o bem cultural foi removido do território soberano de um Estado Parte após 26 de abril de 2007. Nesse caso, a referida data é a manutenção pela KGSG do marco temporal estabelecido pela já referenciada KultGüRückG, em seu §6, 2 (2). Essa manutenção de marcos temporais estabelecidos em leis revogadas por parte das atuais leis vigentes mostra-se benéfica por evitar conflitos interpretativos considerando-se as referências temporais entre a norma revogada e a vigente.<sup>49</sup>

Em seguida, há situação em que o objeto foi declarado ou classificado como bem significativo pelo Estado Parte requerente, em conformidade com o artigo 1º, da Convenção da UNESCO de 1970, antes de sua exportação. Outra situação também vislumbrada é considerar o bem inalienável, permitindo uma proteção qualificada com fundamento no artigo 13, d, da Convenção UNESCO de 1970.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> § 50, 1, KGSG.

<sup>46</sup> Sobre a evolução normativa da ação de restituição nestas duas diretas, consultar: MIGLIO, Alberto. La restituzione dei beni culturali nell'Unione Europea: dalla Direttiva 93/7 alla Direttiva 2014/60, tra mercato interno e competenza esterna dell'Unione. *Diritto del Commercio Internazionale*, v. 30, n. 4, p. 863-884, 2016. p. 872-875.

<sup>47</sup> Sobre o problema das variadas terminologias utilizadas nos muitos mandamentos normativos do tema, ler: BLAKE, Janet. Cultural Heritage Law: contextual issues. In: BLAKE, Janet (org). *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 1-22. p. 6-18. WELLER, Matthias. *Rethinking EU Cultural Property Law: towards private enforcement*. Baden Baden: Nomos, 2018. p. 40-42.

<sup>48</sup> §52, KGSG.

<sup>49</sup> WIESE, Volker. § 52. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018. p. 335-349. p. 340-341.

<sup>50</sup> CAMPFENS, Evelien. Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims. *Netherlands International Law Review*, v. 67, n. 2, p. 257-295, 2020. p. 269.

Já a quarta situação dá mais importância à procedência do bem. Nesse caso, o Estado Parte requererá o bem em virtude de este ser parte de uma coleção de uma instituição localizada em seu território ou se um acordo foi alcançado em virtude de múltiplos países demandarem um bem cultural como sendo seu, devendo ser notificados desse acordo a Autoridade Superior relacionada à cultura e o Ministério das Relações Exteriores alemães sobre o conteúdo desse acordo.

Ainda sobre o tema, menciona-se que, se não for possível esclarecer se o bem cultural foi removido após 26 de abril de 2007, presume-se que o bem cultural foi removido do território do Estado contratante após essa data, podendo ser essa presunção refutada com a comprovação de que o objeto cultural demandado já se encontrava em território federal, no mercado interno ou em um terceiro país antes dessa data.

Além disto, permite-se, para facilitar a produção de provas, que uma declaração sob juramento seja produzida, desde que esteja em conformidade com a Lei de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) e as leis de procedimento administrativo dos Estados federais alemães. Além disso, para fins de mediação oficial sobre o tema, as autoridades competentes dos Estados federais e a autoridade federal, relacionadas ao tema, são os responsáveis por essas declarações em casos de procedimentos de mediação administrativa.

O último contexto desse diálogo com a Convenção da UNESCO de 1970 também possui um contexto temporal. Ele menciona que, se obtida prova de que um bem cultural estava localizado no território alemão ou no Mercado Comum antes de 6 de agosto de 2016, os aspectos relacionados ao retorno do bem ou à compensação financeira da KultGüRückG podem ser utilizados como fundamento para reclamação de um Estado Parte por ser ela a lei vigente à época.

Trata-se, portanto, de uma circunstância em que prova pretérita pode desencadear reclamações fundamentadas em norma vigente à época, mas revogada atualmente. Demonstra-se, assim, que se buscou evitar que a nova lei inviabilizasse a proteção de bens culturais cujas provas de localização fossem obtidas de um período anterior à lei vigente.

Prosseguindo com a iniciativa de melhor dialogar com outras normas internacionais, a KGSG também estabeleceu regras para casos em que a fundamentação da reclamação pelo retorno de um bem cultural seja a

Convenção da Haia para a Proteção dos Bens Culturais em Situações de Conflito Armado de 1954. Nessa conjuntura, igualmente o aspecto temporal se mostra presente e de importância para estabelecer direitos e obrigações. Nesse diálogo, também se vislumbram duas circunstâncias.

Para o primeiro quadro, a KGSG menciona que os bens culturais descritos no artigo 1, da Convenção da Haia de 1954, que foram objeto de violação ao §28, 3, da KGSG, que versa sobre a vedação de importação decorrente de um conflito armado, retornarão à Autoridade Competente do país do qual eles foram exportados após o período de conflito armado, conforme o número 3, da Parte I, do Primeiro Protocolo da referida Convenção, em duas possibilidades.<sup>51</sup>

A primeira delas é se o bem cultural foi removido após 11 de novembro de 1967. De acordo com Wiese, essa é a data da entrada em vigência dos compromissos internacionais da Alemanha em relação à vinculação à convenção e ao primeiro protocolo.<sup>52</sup> Ainda a respeito, há a circunstância em que a autoridade competente do país do qual veio o bem cultural requereu o seu retorno.

Já o segundo contexto é aquele em que o próprio Estado contratante envia, por precaução, bens culturais para outro Estado Contratante para deixá-los em depósito e, conseqüentemente, protegê-los enquanto o país está em um período de conflito armado, conforme está determinado no número 5, Parte II, do Primeiro Protocolo da Convenção em análise. Findado o conflito armado, o Estado Contratante depositário tem por responsabilidade devolver os referidos bens à Autoridade Competente do Estado depositante no tempo mais breve possível.

No tocante às regras de Direito Civil, a KGSG estabelece que o proprietário do bem cultural devolvido é indicado pelas normas do país que recebeu o bem em devolução.<sup>53</sup> Isso demonstra o respeito à legislação do país para onde o bem retornará, ao indicar que deve ser ela a estabelecer quem será o efetivo proprietário do bem cultural devolvido e, portanto, não cabendo a legislação alemã tratar desse aspecto.

<sup>51</sup> O'KEEFE, Roger. *The protection of cultural property in armed conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 198-199.

<sup>52</sup> WIESE, Volker. § 53. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org.). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018. p. 349-353. p. 352.

<sup>53</sup> § 54 (1), KGSG.



Além disso, também mencionam que os direitos adquiridos com base em uma disposição legal ou por meio de execução hipotecária ou penhora não entram em conflito com a obrigação de retorno.<sup>54</sup> Portanto, esses aspectos, possivelmente, ficarão adstritos a questões pecuniárias, não sendo fator de impedimento da devolução do bem.

Além disso, a KGSG foi mais detalhista do que a HEAR em relação à normatização dos aspectos gerais para os limites do período de reclamação para retorno de bens culturais. Nesse contexto, a KGSG trabalha com três âmbitos: as ideias gerais da limitação do período propriamente dita; o estabelecimento do marco inicial desse período de limitação; a suspensão e o recomeço do período de limitação, e o prazo final para expirar tal direito.

No primeiro desses três contextos, o da limitação de tempo para reclamação para retorno, são determinadas as regras gerais e excepcionais quanto aos prazos para reclamar a devolução de bens culturais. Para melhor compreensão, a análise será feita com cada contexto sendo explicado separadamente.

A primeira das regras gerais refere-se ao fato de que um Estado requerente tem o prazo prescricional de trinta anos a contar da saída de forma ilícita do bem cultural do território de Estado-Membro ou Estado Parte requerente. Esse prazo independe de conhecimento sobre o destino e o atual possuidor do bem.

No entanto, a partir do momento em que a Autoridade Central do Estado requerente toma ciência da localização e do atual possuidor do bem, entra-se em um novo contexto. Nesse caso, o Estado vítima da subtração ilícita terá três anos para requerer o retorno desse bem.

Entretanto, há um conjunto de bens culturais que fogem à supramencionada regra dos trinta anos. Esses bens são, conforme a KGSG, as coleções públicas, em conformidade com o número 8, do artigo 2º, da Diretiva 2014/60/UE, e os bens listados em inventários de instituições religiosas ou eclesiásticas, desde que estas tenham proteção reconhecida e fundamentada em norma nacional do seu Estado. Essa previsão, também, dialoga com o artigo 7, b, I, da Convenção da UNESCO de 1970 que indica o comprometimento dos Estados-Partes em proibir a importação de bens culturais roubados

de museus ou monumento público secular ou religioso ou instituição semelhante.

Para esses dois casos, o prazo prescricional é, em regra, de setenta e cinco anos. No entanto, normas nacionais ou acordos bilaterais podem aumentar esse prazo ou até torná-lo imprescritível, tornando possível, assim, ampliar a proteção desses bens culturais em específico.

Em último caso, tem-se a regra para os demais casos de subtração ilícita de bens culturais. Para os demais contextos não vislumbrados, em nenhum dos casos, excetuados os casos supramencionados, há a regra geral de que o prazo para reclamar retorno do bem cultural será de três anos.

Dado todo esse quadro, é perceptível afinidade entre a norma alemã e a Diretiva 2014/60/EU, em seu artigo 8º, e, no caso dos bens culturais de natureza religiosa, também com o artigo 7, b, I, da Convenção da UNESCO de 1970.<sup>55</sup> Por outro lado, esse detalhamento não foi similar na HEAR, que apresenta prazos diversos.

A KGSG também reitera que o momento em que começa a contar o prazo para fins de solicitar o retorno dos bens culturais é o momento em que o Estado-Membro ou Contratante toma ciência sobre a sua localização e o seu atual possuidor. Nesse caso, a HEAR apresentou uma ideia aproximada do que seja denominado *conhecimento*, mas não menciona, expressamente, a indicação de localização e atual possuidor.

Por fim, a KGSG possui regras para suspensão e recomeço do período para reclamação e para estabelecer a data final deste prazo. Nesse caso, produz-se um diálogo com o BGB, além de outro mandamento normativo da própria KGSG.

A KGSG menciona que as normatizações previstas nos parágrafos 204 (suspensão de prescrição por meio do exercício de um direito), 206 (suspensão de prescrição por força maior) e 209 (efeito de suspensão) sobre a suspensão de prazos, além do parágrafo 212, referente ao recomeço do prazo prescricional, todos do BGB, aplicam-se aos prazos prescricionais previstos na KGSG. De igual forma, também define que o prazo prescricional será suspenso em casos de força maior nas situações em que o Estado Membro ou Estado contratante requerente seja impedido de fazer valer suas rei-

<sup>54</sup> § 54 (2), KGSG.

<sup>55</sup> MAGRI, Geo. Directive 2014/60/EU and Its Effects on the European Art Market. *Santander Art and Culture Law Review*, v. 2, n. 2, p. 195-210, 2016. p. 204.

vindicações devido a distúrbios civis, conflito armado ou circunstâncias semelhantes, fazendo, assim, que a data final desse prazo seja postergada.

## 4 Considerações finais

Diante de tudo o que foi exposto, demonstra-se que a KGSG se mostra uma legislação mais aberta e com escopo mais abrangente para a proteção dos bens culturais do que a HEAR. Seu enfoque sem distinções faz com que bens culturais de diferentes culturas e épocas possam ser tuteladas por essa norma.

Em sentido contrário, a HEAR se mostra uma legislação limitada quando se analisa o seu potencial de proteção de bens culturais. A escolha do legislador por proteger os bens culturais de somente um contexto histórico faz com que a utilidade dela produza um impacto de potencial reduzido quanto ao universo de bens culturais subtraídos ilícitamente.

No que tange, especificamente, ao recorte temporal, é igualmente perceptível que a KGSG soube melhor dialogar com outras normas que são referências no contexto internacional, como as Convenções da Haia de 1954, da UNESCO de 1970 e da UNIDROIT de 1995, ou foram referências dentro do âmbito nacional, como o caso da revogada KultGüRückG. Houve preocupação em respeitar o sistema de normas já existente, mantendo prazos já estabelecidos e, conseqüentemente, evitando a possibilidade de eventuais conflitos tendo o tempo como fator de desarmonia entre as normas.

A HEAR mostrou-se uma norma limitada quanto aos prazos de proteção e de diálogo destes prazos com normas internacionais vigentes sobre o tema. O fato de a própria norma estabelecer um limite temporal no qual os bens culturais do período de perseguição nazista, assim como indicar previamente a data do fim da vigência da norma, em vez de produzir uma segurança jurídica chancelada por uma nova norma, fará com que essa norma seja vista como transitória, vislumbrando a instabilidade jurídica produzida por um novo processo legislativo já projetado para um futuro próximo. O reduzido diálogo com o que se está legislado em normas internacionais pode, também, produzir conflitos normativos em casos concretos. Outro aspecto relevante é existir uma data para o fim de vigência da norma, o que permite que movimentos indesejados possam ser

planejados e realizados, como a ocultação proposital de bens culturais durante o período de produção de efeitos jurídicos da norma, dada a proximidade dessa data.

## Referências

BARNES, Jason. Holocaust Expropriated Art Recovery (HEAR) Act of 2016: a federal reform to state statutes of limitations for art restitution claims. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 56, n. 3, p. 593-635, 2018.

BLAKE, Janet. Cultural Heritage Law: contextual issues. In: BLAKE, Janet (org.). *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 1-22.

CAMPFENS, Evelien. Restitution of looted art: what about access to justice? *Santander Art and Culture Law Review*, v. 4, n. 2, p. 185-220, 2018.

CAMPFENS, Evelien. Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims. *Netherlands International Law Review*, v. 67, n. 2, p. 257-295, 2020.

CZERNIK, Ilja. § 32. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org.). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018. p. 213-219.

DREIER, Thomas; KEMLE, Nicolai B.; WELLER, Matthias (org.). *Kunst und Recht - Rückblicke, Gegenwart und Zukunft*. Baden Baden: Nomos, 2017.

ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker. Kulturgutschutzgesetz. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org.). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018.

FRANKEL, Simon J. The HEAR Act and laches after three years. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 45, n. 2, p. 441-456, 2020.

FRANKEL, Simon J.; SHARONI, Sari. Navigating the ambiguities and uncertainties of the Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016. *Columbia Journal of Law & the Arts*, v. 42, n. 2, p. 157-187, 2019.

FRIGO, Manlio. Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement de litiges. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 375, p. 89-474, 2016.

- GERSTENBLITH, Patty. Statutes of limitation and other legal challenges to the recovery of stolen art. In: HUFNAGEL, Saskia; CHAPPELL, Duncan (org.). *The palgrave handbook on art crime*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 271-285.
- GRAY, Soffia H. Kuehner. The Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016: an ineffective remedy for return in nazi-looted art. *University of Illinois Law Review*, n. 1, p. 363-399, 2019.
- HAUSLER, Kristin. Cultural heritage and the Security Council: Why Resolution 2347 matters. *Question de Droit International - zoom in*, n. 48, p. 5-19, 2018.
- HEIMANN, Hans Markus. § 2. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org.). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018. p. 30-36.
- HUFNAGEL, Saskia; CHAPPELL, Duncan (org.). *The palgrave handbook on art crime*. London: Palgrave Macmillan, 2019.
- JAYME, Erik. Die verschwiegene Provenienz: Der Heidelberger Trübner-Fall und die Auslegung des § 40 KGSG. In: WELLER, Matthias; KEMLE, Nicolai B.; DREIER, Thomas (org.). *Handel - Provenienz - Restitution*. Baden Baden: Nomos, 2020. p. 6-19.
- JAYME, Erik. Nationale Kunst heute – Betrachtungen zum neuen Kulturgutschutzgesetz. In: DREIER, Thomas; KEMLE, Nicolai B.; WELLER, Matthias (org.). *Kunst und Recht - Rückblick, Gegenwart und Zukunft*. Baden Baden: Nomos, 2017. p. 71-102.
- JAYME, Erik. Narrative norms in private international law: the example of Art Law. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 375, p. 9-52, 2016.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 251, p. 9-267, 1995.
- KREDER, Jennifer Anglim. Analysis of the Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016. *Chapman Law Review*, v. 20, n. 1, p. 1-24, 2017.
- MAGRI, Geo. Directive 2014/60/EU and Its Effects on the European Art Market. *Santander Art and Culture Law Review*, v. 2, n. 2, p. 195-210, 2016.
- MARTINEAU, Anne-Katel. *Droit du marché de l'art*. Issy-les-Moulineaux: Gualino, 2018.
- MIGLIO, Alberto. La restituzione dei beni culturali nell'Unione Europea: dalla Direttiva 93/7 alla Direttiva 2014/60, tra mercato interno e competenza esterna dell'Unione. *Diritto del Commercio Internazionale*, v. 30, n. 4, p. 863-884, 2016.
- NAHLIK, Stanislaw E. La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 120, p. 61-163, 1967.
- O'KEEFE, Roger. *The protection of cultural property in armed conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- PETERS, Robert. The protection of cultural property: recent developments in Germany in the context of new EU Law and the 1970 UNESCO Convention. *Santander Art and Culture Law Review*, v. 2, n. 2, p. 85-102, 2016.
- RUFFINI, Francesco. De la protection internationale des droits sur les oeuvres littéraires et artistiques. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 12, p. 387-597, 1926.
- SCHACK, Haimo. Zivilrechtliche Auswirkungen des KGSG: Importverbote und Transparenzpflichten. In: WELLER, Matthias; KEMLE, Nicolai B.; DREIER, Thomas (org.). *Handel - Provenienz - Restitution*. Baden Baden: Nomos, 2020. p. 73-88.
- SCOVAZZI, Tullio. Culture. In: CHESTERMAN, Simon et al. (org.). *The Oxford Handbook of United Nations treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 307-320.
- SYMEONIDES, Symeon C. Choice of law in the American courts in 2018: thirty-second annual survey. *The American Journal of Comparative Law*, v. 67, n. 1, p. 1-97, 2019.
- TAŞDELEN, Alper. *The return of cultural artefacts: hard and soft law approaches*. Cham: Springer, 2016.
- TURP, Daniel. La contribution du droit international au maintien de la diversité culturelle. *Recueil des Cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Kluwer Law International, Hague, v. 363, p. 333-454, 2015.



- WELLER, Matthias. *Rethinking EU Cultural Property Law: towards private enforcement*. Baden Baden: Nomos, 2018.
- WELLER, Matthias; KEMLE, Nicolai B.; DREIER, Thomas (org.). *Handel - Provenienz - Restitution*. Baden Baden: Nomos, 2020.
- WIELING, Hans Josef; FINKENAUER, Thomas. *Sachenrecht*. 6. ed. Berlin: Springer, 2020.
- WIESE, Volker. § 52. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org.). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018. p. 335-349.
- WIESE, Volker. § 53. In: ELMENHORST, Lucas; WIESE, Volker (org.). *Kulturgutschutzgesetz*. München: C.H. Beck, 2018. p. 349-353.
- ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property: hard cases, theory of argumentation, philosophy of law*. Gdańsk: Wolters Kluwer, 2016.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Art-related disputes and ADR  
methods**

**Disputas relativas à arte e  
métodos de ADR**

Maria Beatrice Deli

Veronica Proietti

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



## Disputas relativas à arte e métodos de ADR

Maria Beatrice Deli\*\*

Veronica Proietti\*\*\*

### Abstract

The shortcomings of the traditional court system have highlighted the need for alternative means to solve art-related disputes. The purpose of this article is to analyse the benefits of ADR methods when applied to the resolution of these kind of conflicts, especially in light of the growing international consensus on the subject, as emphasized by the many ADR institutions which have developed a specific area of focus for art-related disputes. Among the various advantages, the flexibility of the procedure, the international and neutral forum, especially suited for disputes involving parties from different countries and cultural backgrounds, the confidentiality guaranteed to the parties, the potentially lower costs and the possibility to tailor creative solutions that can incorporate legal, cultural and ethical interests. Mediation and negotiation are very popular resolution processes, whereby the parties remain in full control of the procedure. However due to their voluntary nature, a final result cannot be guaranteed. In this sense, arbitration can be regarded as a highly recommended alternative to litigation. While still grounded upon the parties' consent, it always culminates with a final and binding decision which could be effectively enforced almost worldwide on the basis of the 1958 New York Convention.

**Keywords:** Art-related disputes. ADR methods. Flexibility. International and neutral forum. Privacy. Creative solutions.

### Resumo

As deficiências do sistema judiciário tradicional destacaram a necessidade de meios alternativos para resolver disputas relacionadas à arte. O objetivo deste artigo é analisar os benefícios dos métodos de ADR quando aplicados na resolução deste tipo de disputas, especialmente à luz do crescente consenso internacional sobre o assunto, conforme enfatizado pelas diversas instituições de ADR que desenvolveram uma área específica de foco para disputas relacionadas à arte. Entre as várias vantagens, a flexibilidade do procedimento, o fórum internacional e neutro especialmente adequado para disputas envolvendo partes de diferentes países e origens culturais, a confidencialidade garantida às partes, os custos potencialmente mais baixos e a possibilidade de soluções criativas sob medida que podem incorporar interesses legais, culturais e éticos. A mediação e a negociação são processos de resolução muito populares, nos quais as partes mantêm o controle total do procedi-

\* Recebido em 04/09/2020  
Aprovado em 24/03/2021

\*\* Associate Professor of International Law at the University of Molise and she is Secretary General of the Italian Association for Arbitration and Secretary General of ICC Italy. She is Co-Director of the Certificate in International Commercial and Investment Arbitration at the University of Roma Tre. As counsel, after 15 years in the international department of a major Italian law firm, in 2019 she founded D|R Arbitration & Litigation, a specialized law firm based in Rome and Milan. She frequently acts as sole arbitrator and co-arbitrator in both ad hoc and institutional arbitration proceedings, also under the ICC Rules of Arbitration with seat in different countries. She is member of the editorial board of the "Rivista dell'Arbitrato" and "Diritto del Commercio Internazionale". Maria Beatrice was included in the list of arbitrators of the Court of Arbitration for Art.  
E-mail: mariabeatrice.deli@arbitratoaia.org

\*\*\* Proietti graduated in 2020 at Università degli Studi di Roma Tre, magna cum laude, with a thesis in International Arbitration investigating the benefits of ADR methods for art-related disputes. She had previously spent a semester in New York attending a course in International Commercial Arbitration at Cardozo School of Law. Currently she is junior associate in a law firm in Rome.  
E-mail: veroproietti@icloud.com



mento. No entanto, devido à sua natureza voluntária, um resultado final não pode ser garantido. Nesse sentido, a arbitragem pode ser considerada uma alternativa altamente recomendada ao contencioso. Embora ainda baseado no consentimento das partes, sempre culmina com uma decisão final e vinculativa que poderia ser aplicada de forma eficaz em quase todo o mundo com base na Convenção de Nova York de 1958.

**Palavras-chave:** disputas relativas à arte, métodos de ADR, flexibilidade, fórum internacional e neutro, privacidade, soluções criativas

## 1 Alternative Dispute Resolution methods and art-related disputes.

As disputes, in the art and cultural heritage field, become more transnational, complex and more widespread, the need to find a suitable forum for their resolution has become of critical importance. As the potential of ADR in this sector becomes more and more internationally recognized, the use of arbitration and mediation, in particular, is being regarded as credible alternative to litigation, given the characteristics of the art industry and market. In fact, these disputes are multi-faceted and judges are entrusted with cases that require both legal and highly technical expertise. Preparing a judge on art world's specific issues requires the contribution of experts' testimony and necessarily more time to render informed and credible decisions. This proves to be especially true in transnational cases.

Under certain circumstances litigation may be entirely appropriate, for example when disputing parties may be uncooperative or one of the parties is recalcitrant. In other cases, parties resort to litigation when a legal precedent is sought. There are also cases in which a legal action has the sole purpose of bringing attention to a problem, hoping that other potential claimants may learn about it and come forward to bolster their case. Lastly, litigation puts pressure on galleries, auction houses or museums, which prefer not to be in the public eye over matters that put into question their scrupulousness or due diligence.

Therefore, although to a certain extent litigation might be considered a good fit for art disputes, in light of the option offered by the alternative dispute resolution (ADR) mechanisms, the question is - is ADR the best

fit?

ADR refers to a number of dispute resolution processes and techniques, used to come to a solution between disputing parties without recurring to litigation in the national courts, with their strongly adversarial atmosphere. Largely used in transnational disputes between States and between individual and States, especially in recent times, ADR has gained widespread acceptance among the general public and the legal professionals for domestic and international commercial disputes.

The rising popularity of ADR can be explained by a number of reasons, among which the perception that these systems typically imply reduced costs<sup>1</sup> and are generally faster. They are also helpful in terms of maintaining a degree of privacy compared to the public nature of court proceedings, along with the collaborative nature of ADR, which allows the parties to come to a better understanding of the other's position, thus preserving their future relationship. These processes are also less formal and more flexible than court proceedings; for example, parties have greater control over the selection of the individual or individuals who will decide their dispute.

The use of alternative dispute resolution methods has proven so effective in the international disputes arena that it is often recommended as a first step before resorting to arbitration or to the courts.

Over the last few years, a strong consensus has emerged in the field of art law, recognizing the benefits of ADR for the resolution of art disputes.<sup>2</sup> These disputes have particular features for which ADR methods may be more appropriate than traditional court litigation<sup>3</sup>, thus avoiding the expense and complexity of multi-jurisdictional litigation and the risk of inconsistent results.<sup>4</sup> Parties are provided with an international and neutral forum in which they are free to choose a

<sup>1</sup> IONESCU, M. *Alternative Dispute Resolution*. p. 155.

<sup>2</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 274.

<sup>3</sup> BUNDLE, A.; THEURICH, S. Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011. p. 28.

<sup>4</sup> DEN HARTOG, S. *The Use of Alternative Dispute Resolution in Art Related Disputes*, *Kluwer Arbitration Blog*, 2015. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/23/the-use-of-alternative-dispute-resolution-in-art-related-disputes/>.

neutral mediator, arbitrator or expert from a third-country, along with the applicable law and language of the procedure.<sup>5</sup>

By its very nature art disputes often require a specific knowledge of art, along with being familiar with the art world's dynamics, something that a national judge usually does not have.<sup>6</sup> Through ADR, parties can choose a mediator or an arbitrator with the necessary technical expertise to properly handle and, more importantly, understand the matter of art or cultural heritage at stake. The general feeling is that an expert in the art market or a cultural institution operating in the field, is the most appropriate subject to decide a case or to help the parties find common ground.<sup>7</sup> This would be particularly important in cases involving parties from different cultural backgrounds.<sup>8</sup>

ADR provides a more flexible forum than litigation, helping the consideration of the matter from the legal but also cultural and ethical perspectives.<sup>9</sup> By taking into account a considerable amount of interests, there is more space to negotiate a mutual gain and a possible agreement between the actors.<sup>10</sup> One of the most relevant perks of ADR is that it allows the parties to adopt mutually satisfactory solutions beyond the monetary remedies that are traditionally available in national courts<sup>11</sup>, finding creative solutions that parties may explore. For example, in art restitution disputes, the suggested solution through ADR might include the res-

titution of the cultural object accompanied by cultural collaboration initiatives.<sup>12</sup>

Along with the creation of innovative legal remedies specifically conceived for art disputes,<sup>13</sup> ADR's flexibility allows for the consideration and possible use of customary laws and protocols.<sup>14</sup> In cases where indigenous communities are involved, ADR can be the forum where customary practices can be incorporated in the proceedings. For instance, there can be space for an adapted procedure providing for a community consultation process or acknowledging certain cultural and spiritual concerns.<sup>15</sup>

A successful example of an inclusive and creative agreement was reached in 2007 by the Tasmanian Aboriginal Centre and the Natural History Museum of London.<sup>16</sup> Since the 1980s, the Tasmanian Aboriginal Centre had asked for the return of human remains held in the museum's collection, but their requests had been repeatedly refused. In November 2006, the museum had agreed to return the remains, but only after having the opportunity to conduct several invasive scientific tests, among which extractions of DNA, chemical analyses of the bones, scans and photographs of the bodies. However, the Tasmanians had protested because these examinations would violate the Aboriginal customary rights. In May 2007, in view of the lengthy trial and the mounting legal costs, the parties agreed to proceed by means of mediation. Each party appointed a mediator, who jointly tried to lead the parties to reach a common solution. On one hand, the museum pursued scientific interest; its representative believed the data collection and the preservation of genetic material was fundamen-

<sup>5</sup> THEURICH, S. Art and Cultural Heritage Dispute Resolution. *Wipo Magazine*, v. 4, 2009. Available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/04/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/04/article_0007.html).

<sup>6</sup> DEN HARTOG, S. *The Use of Alternative Dispute Resolution in Art Related Disputes*, *Kluwer Arbitration Blog*, 2015. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/23/the-use-of-alternative-dispute-resolution-in-art-related-disputes/>.

<sup>7</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 287.

<sup>8</sup> THEURICH, S. Art and Cultural Heritage Dispute Resolution. *Wipo Magazine*, v. 4, 2009. Available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/04/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/04/article_0007.html).

<sup>9</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 277.

<sup>10</sup> TRIOSCHI, A. Art-Related Disputes and ADR Methods: A Good Fit? *Kluwer Arbitration Blog*, 2018. p. 1. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/08/adr-art-cultural-heritage/>.

<sup>11</sup> DEN HARTOG, S. *The Use of Alternative Dispute Resolution in Art Related Disputes*, *Kluwer Arbitration Blog*, 2015. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/23/the-use-of-alternative-dispute-resolution-in-art-related-disputes/>.

<sup>12</sup> DE NOVA, G. L'Arbitro e i Contratti dell'Arte. *Rivista dell'Arbitrato*, Anno 27, Fasc. 3, 2018. p. 594; BUNDLE, A.; THEURICH, S. Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011. p. 31.

<sup>13</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 283.

<sup>14</sup> THEURICH, S. Art and Cultural Heritage Dispute Resolution. *Wipo Magazine*, v. 4, 2009. Available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/04/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/04/article_0007.html).

<sup>15</sup> THEURICH, S. Art and Cultural Heritage Dispute Resolution. *Wipo Magazine*, v. 4, 2009. Available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/04/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/04/article_0007.html).

<sup>16</sup> TRIOSCHI, A. Art-Related Disputes and ADR Methods: A Good Fit? *Kluwer Arbitration Blog*, 2018. p. 1. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/08/adr-art-cultural-heritage/>.

tal for future research.<sup>17</sup> On the other hand, according to Tasmanian traditions, the Aboriginals wished for the remains to be preserved, without having any further physical interference and no future desecration of the bodies.

After twenty years from the first restitution claim, the mediator succeeded in convincing the parties to agree to a mutually acceptable compromise. The Aboriginals acknowledged the importance for the museum to retain the extracted DNA and the remains were finally returned to their homeland.<sup>18</sup>

On this basis, ADR methods help the parties to preserve the existing relationship between them, for two main reasons. As demonstrated by the case of the Tasmanian Aboriginal Centre, many agreements include provisions that encourage the continuation of the collaboration between parties. Other examples of alternative solutions include the provision of art works in lieu of monetary damages, the shared ownership of an art piece, or the use of long-term loans.<sup>19</sup>

ADR methods, not being grounded on an adversarial system, promote a more peaceful resolution of disputes,<sup>20</sup> creating a fertile ground for future collaborations between actors of a world where the professional relationships are based upon trust and personal connec-

tions.<sup>21</sup>

Moreover, In the art world, the possibility to keep the proceedings and the outcome (at least to a large extent) confidential, is also a major incentive to make recourse to ADR.<sup>22</sup> Confidentiality allows the parties to focus on the merits of the dispute, without being concerned of its public impact.

Still this point is not without shades. There are cases where parties crave for the publicity of a trial, for tactical reasons or simply out of principle and often the parties' privacy has to be balanced with other considerable public interests (*i.e.* cases of illicitly traded objects).<sup>23</sup> Lastly, one of the drawbacks of strict confidentiality is that it does not allow to see the extent to which decisions reached through ADR have enriched art law and art-related dispute resolution.<sup>24</sup> This type of information could be a useful tool to allow parties, mediator and arbitrators to seek guidance from previous settlement agreements or arbitral awards, illustrate the application of specific legal art-law provisions, the variety of possible, available solutions and inspire parties in their own dispute-resolution process.<sup>25</sup>

An important contribution to making this kind of information accessible has been made through the creation and development, since 2010, of the Geneva Art-Law Centre database, the ArThemis. This system provides case notes focusing on the settlement of art-related disputes through ADR methods. It endeavors to cover as many jurisdictions as possible, a wide variety of art-law cases and to undertake a thorough analysis of the collected cases. At present it is the only database currently available for this specific sector.<sup>26</sup>

<sup>17</sup> In a press release, the museum representative stated that the remains: “[...] represent a human population from a time when Tasmania was isolated from the rest of the world and this scientific information gathered from them could enable future generations to understand more about how their ancestors lived, where they came from and ultimately provide a fascinating chapter in the story of what it means to be a human.”, Natural History Museum London Press Release, “Natural History Museum Offers and Alternative Dispute Resolution to the Tasmanian Aboriginal Centre”, available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/17-tasmanian-aboriginal-centre-and-natural-history-museum-london/natural-history-museum-press-release-natural-history-museum-offers-an-alternative-dispute-resolution-to-the-tasmanian-aboriginal-centre-tac-2007/view,2007>.

<sup>18</sup> BUNDLE, A.; CHECHI, A.; RENOLD, M. *Case 17 Tasmanian Human Remains- Tasmanian Aboriginal Centre and Natural History Museum London, ArThemis, Art-Law Centre University of Geneva*. 2012. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/17-tasmanian-human-remains-2013-tasmanian-aboriginal-centre-and-natural-history-museum-london>.

<sup>19</sup> TRIOSCHI, A. Art-Related Disputes and ADR Methods: A Good Fit? *Kluwer Arbitration Blog*. 2018. p. 2. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/08/adr-art-cultural-heritage/>.

<sup>20</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 283.

<sup>21</sup> THEURICH, S. Art and Cultural Heritage Dispute Resolution. *Wipo Magazine*, v. 4, 2009. Available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/04/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/04/article_0007.html).

<sup>22</sup> DEN HARTOG, S. *The Use of Alternative Dispute Resolution in Art Related Disputes, Kluwer Arbitration Blog*. 2015. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/23/the-use-of-alternative-dispute-resolution-in-art-related-disputes/>.

<sup>23</sup> TRIOSCHI, A. Art-Related Disputes and ADR Methods: A Good Fit? *Kluwer Arbitration Blog*. 2018. p. 2. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/08/adr-art-cultural-heritage/>.

<sup>24</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 287.

<sup>25</sup> BUNDLE, A.; THEURICH, S. Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011. p.31.

<sup>26</sup> BUNDLE, A.; THEURICH, S. Alternative Dispute Resolution



Also in cases that involve the restitution of Nazi-looted art, the procedural hurdles that bar lawsuits and the shortcomings of court litigation have made ADR methods more appealing.<sup>27</sup> In this respect, it is useful to observe that governmental reflections on the resolution of issues relating to art looted during the Holocaust era have included considerations and references to ADR. In first instance, during the 1998 Holocaust Era Assets Conference, which resulted in the Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art<sup>28</sup>, Principle 11 explicitly stated that States were encouraged to develop ADR mechanisms for the resolution of disputes in this area.<sup>29</sup> Again in 2009, at the Prague Holocaust Era Assets Conference, Principle 11 was reaffirmed in the so-called Terezin Declaration, stating that alternative processes and ADR mechanisms should be implemented to facilitate “*just and fair solutions*”.<sup>30</sup>

In relation to these particular disputes, litigation in court may be unsatisfactory both substantially and procedurally. In terms of procedure, one major difficulty might be the limitation period, viewed by defendants as one of the most effective weapons to bar claimants from seeking the recovery of their artworks.<sup>31</sup> On the contrary ADR methods provide the necessary flexibility for handling difficult cases like the Nazi-era art claims since they can facilitate consensual and mutually satis-

factory agreements<sup>32</sup>, taking into account ethical and moral principles, in addition to purely legal principles. By having recourse to ADR, the parties seek to achieve the above mentioned “*just and fair solutions*”, rather than the mere application of the law, limited to the restitution or rejection of the claim.

A good example of the use of ADR is the dispute over Egon Schiele’s “Portrait of Wally” between the heirs of Lea Bondi, an Austrian Jew, and the Leopold Museum.<sup>33</sup>

After over a decade of inconclusive litigation, eventually the case was settled through negotiation in 2010. The resolution of this case, ultimately through compensation, is an example of a non-traditional remedy offe-

---

and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011. p.32.

<sup>27</sup> RENOLD, M. *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations*, Policy Department C: Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, 2016. p. 35. See also RAMOS, A. Arte, guerra e o direito internacional privado: da espoliação nazista à convenção unidroit sobre a restituição de bens culturais. *Revista Jurídica*, v. 19, n. 431, 2015. p. 54.

<sup>28</sup> The Principles, which are not binding, can be found at <https://www.state.gov/washington-conference-principles-on-nazi-confiscated-art>.

<sup>29</sup> Principle 11 states “Nations are encouraged to develop national processes to implement these principles, particularly as they relate to alternative dispute resolution mechanisms for resolving ownership issues.”, BUNDLE A., THEURICH S., *Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre*, cit., 2011, p.32.

<sup>30</sup> The Terezin Declaration is available at: [https://wjro.org.il/cms/assets/uploads/2019/06/terezin\\_declaration.pdf](https://wjro.org.il/cms/assets/uploads/2019/06/terezin_declaration.pdf); BUNDLE, A.; THEURICH, S. *Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre*. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011. p. 32.

<sup>31</sup> GOETZ-CHARLIER, A. *Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR*. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 283.

---

<sup>32</sup> RENOLD, M. *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations*, Policy Department C: Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, 2016. p. 36.

<sup>33</sup> Mrs. Bondi was an Austrian Jew and owner of an art gallery in Vienna, in 1925 she had acquired the painting “Portrait of Wally” by Schiele himself. After the German troops had annexed Austria to Nazi Germany, her gallery was declared “non-aryan” and was subjected to confiscation. She had to sell the art gallery to Mr. Welz, a member of the National Socialist German Workers. After the United States Force occupied Austria, arresting Mr. Welz, the painting was mistakenly delivered to the Rieger heirs (Dr. Rieger was an Austrian Jew and collector whose paintings and drawings had been acquired by Mr. Welz as well). The Rieger heirs had eventually sold the artworks to the Österreichische Galerie Belvedere, a museum in Vienna. The “Portrait of Schiele” was included in the transaction. In 1953 Rudolf Leopold, a renowned art collector, came in contact with Mrs. Bondi and upon learning about the Schiele painting, he made a deal with the Belvedere to acquire it. The painting was eventually displayed in the Leopold Museum, of whom Mr. Leopold became the “Museological Director” for life. In 1997 the museum loaned and shipped a part of its Schiele collection, including the painting in question, to the Museum of Modern Art (MoMA), for a temporary exhibition in New York. The arrival of the painting to the United States represented the opportunity for the Bondi heirs to recover their property. Previously, Mrs. Bondi had never filed a formal claim for the recovery of her artwork because she thought that it would have been extremely difficult to recover her painting before an Austrian judge and against an Austrian citizen (Mr. Leopold), and she was probably discouraged by the significant financial requirements. Nonetheless she made some attempts, in particular she had asked Mr. Leopold (before he bought the painting himself) to arrange a meeting with the Belvedere to talk about the restitution of her painting, suggesting that she did, indeed, consider the artwork as part of her property. Keeping aside the legal technicalities discussed in court, it is important to note that from 1998 up until 2010, no consistent result was reached. See CONTEL, R.; SOLDAN, G.; CHECHI, A. *Case Portrait of Wally- United States and Estate of Lea Bondi and Leopold Museum*, *ArThemis, Art-Law Centre University of Geneva*. 2012. p. 2, available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/case-portrait-of-wally-2013-united-states-and-estate-of-lea-bondi-and-leopold-museum>.

red by ADR; in fact, in many Nazi-looted art cases, the heirs of the victims prefer to be compensated, rather than obtaining the restitution of the disputed object.<sup>34</sup>

Even in case of art-authentication disputes some remarkable benefits can be achieved by resorting to ADR. First, ADR allows the appointment of an expert for reaching a decision or a settlement. The parties can choose from a pool of art-based experts, with experience in the art world and authentication of art.<sup>35</sup> Secondly, the parties can benefit from the privacy of the proceedings, without having to condemn a work of art, independently from the final outcome, to the stain of alleged forgery.

An important consequence of the voluntary character of mediation and negotiation is that the success of the procedure cannot be guaranteed. In fact, the parties involved in an ADR procedure are not obliged to reach a final agreement. It is said that ADR proceedings are jointly “owned” by the parties, by the third-party neutral/s assisting them and the institution overseeing the process or issuing the procedural rules. While this aspect is generally viewed as an important advantage for the parties to an art-related disputes, in certain cases, perhaps, some limits to the parties’ “freedom” should be set, particularly in cases where private interests and the interests of the general public may collide.<sup>36</sup> A notable example is the disputes between the Government of India and the Norton Simon Foundation, which was eventually settled through negotiation.<sup>37</sup> This case was

one of the earliest settlements reached on the restitution of an important artwork between a nation and a museum, in a “win-win solution”. The Norton Simon Foundation recognized India’s ownership title to the Nataraja idol and, in exchange, India allowed the statue to remain in the Foundation’s possession for ten years. Additionally, the Government of India allowed the Foundation to acquire any other Indian art object, found outside the country, with full immunity of suit for a one-year period. This provision is the most critical, for it is arguable that the Government agreed to it because it was not aware of the extent of the illicit trade of art works at that time and underestimated the dangers that one-year immunity could have caused to the national cultural and religious heritage. In this case, although this is a viable solution from the private interests’ perspective, the public interest was largely sacrificed.<sup>38</sup>

## 2 Resorting to mediation as a first option

Mediation is a powerful but lenient dispute resolution process, that has become increasingly popular in the context of art-related disputes. In fact, it is one of the most successful and effective ways for the parties to achieve an amicable, satisfactory and confidential solution to an art or cultural property dispute.<sup>39</sup> This is not surprising since it is the only resolution process (along with negotiation) whereby the parties remain in control, not only of the outcome, but also of the way in which the outcome is obtained.

In general, mediation is defined as a private, informal and non-binding alternative dispute resolution process, where a neutral, third-party assists the parties in resolving the dispute.<sup>40</sup> It is a voluntary process, the

<sup>34</sup> The salient terms of the agreement provided that (a) the Leopold Museum would pay \$19 million dollars to the heirs, (b) the heirs would release claims to the painting and (c) the museum would permanently display signage next to the painting to state its true provenance. RENOLD, M. *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations*, Policy Department C: Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, 2016. p. 39.

<sup>35</sup> Authentication in Art Newsletter November 2014. Available at: <https://authenticationinart.org/pdf/newsletter/Authentication-in-Art-Newsletter-November-2014.pdf>.

<sup>36</sup> BOICOVA-WYNANTS, M. Mediation and Art: Is it a match made in heaven?, *Artlaw*. 2014. Available at: <https://artlaw.club/en/cases/a-brief-insight-into-the-rybolovlev-bouvier-legal-thriller>.

<sup>37</sup> The case revolved around the restitution of an ancient bronze statue of the Lord Shiva, that was removed from a temple in India in 1956, and ultimately sent to the United States with false export documents. In 1973, the Nataraja idol was sold by a New York dealer to the Norton Simon Foundation. In the same year, the Government of India sued the Foundation seeking the return of the sculpture. According to Indian law, the idol, which was installed in a special shrine, was worshipped and regarded as divine, and it was not a mere movable property. Nonetheless, the Indian Government decided to discontinue the lawsuit for one year, hoping to facilitate an amicable

settlement between the parties. In 1976, before the case came to trial, it was settled through negotiation. See CHECHI, A.; BANDLE, A.; RENOLD, M. *Case Nataraja Idol- India and the Norton Simon Foundation, Platform ArtThemis, Art-Law Centre, University of Geneva*. 2011. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/nataraja-idol-2013-india-and-norton-simon-foundation-1>.

<sup>38</sup> BOICOVA-WYNANTS, M. Mediation and Art: Is it a match made in heaven?, *Artlaw*. 2014. Available at: <https://artlaw.club/en/cases/a-brief-insight-into-the-rybolovlev-bouvier-legal-thriller>.

<sup>39</sup> PROWDA, J. *Mediation of Arts Related Disputes, Stropheus LLC*. 2014. Available at: <https://stropheus.com/category/museum/>; CLARK, R. *Mediation in Art Law and Cultural Property Disputes, Slaughter and May*. 2012.

<sup>40</sup> PROWDA, J. *Mediation of Arts Related Disputes, Stropheus LLC*.

parties are not obliged to agree to anything and there are no penalties for failing to resolve their dispute. Just as parties are free to initiate mediation at any stage of litigation, they can also suspend it at any time and move to arbitration or to court litigation.

The parties can appoint their mediator and, especially in art-related disputes, this aspect is a crucial turning point: the mediator can have expertise in the specific legal area and subject matter of art or cultural heritage at issue.

As already mentioned, mediation can foster creative solutions. Like most ADR mechanisms, it allows for the consideration of all the interests revolving around a dispute. In particular, it identifies impasses and looks for ways to overcome them, in order to reach a settlement. The focus of the discussion is shifted away from the 'position'/'side' each party has taken and looks into their needs and objectives instead.

A great example of how mediation can be successfully applied is represented by the dispute arisen between Saint-Gall Canton and the Canton of Zurich<sup>41</sup>.

---

2014. Available at: <https://stropheus.com/category/museum/>. 2014.

<sup>41</sup> In 1712, during the religious wars that took place in Switzerland between the Catholic and the Reformed Cantons, a number of cultural objects, that previously belonged to the Abbey Library of Saint-Gall, was transferred to Zurich. In 1718, when the Cantons of Saint-Gall and Zurich signed a peace treaty, Zurich had agreed to return a great portion of the objects taken from the abbey, except for some 100 items, such as manuscripts, book, paintings, astronomical devices and the Prince-Abbot Bernhard Muller's cosmographical Globe. The story almost sank into oblivion, when, almost three centuries later, in 1996, a letter was published on a Saint-Gall journal, claiming the canton's rightful ownership to the cultural goods that had remained in Zurich. This raised an increasing public debate on whether these artifacts were to be returned or not, thus inducing the Cantonal Executive Council of Saint-Gall to start formal negotiations between the parties. In 1712, during the religious wars that took place in Switzerland between the Catholic and the Reformed Cantons, a number of cultural objects, that previously belonged to the Abbey Library of Saint-Gall, was transferred to Zurich. In 1718, when the Cantons of Saint-Gall and Zurich signed a peace treaty, Zurich had agreed to return a great portion of the objects taken from the abbey, except for some 100 items, such as manuscripts, book, paintings, astronomical devices and the Prince-Abbot Bernhard Muller's cosmographical Globe. The story almost sank into oblivion, when, almost three centuries later, in 1996, a letter was published on a Saint-Gall journal, claiming the canton's rightful ownership to the cultural goods that had remained in Zurich. This raised an increasing public debate on whether these artifacts were to be returned or not, thus inducing the Cantonal Executive Council of Saint-Gall to start formal negotiations between the parties. The Saint-Gall Canton's claim was based on legal grounds, asserting that the objects had never been validly acquired by Zurich, in view of

The parties had undertaken eight years of unsuccessful negotiations, the situation had become unbearable for both Cantons, until they conjointly requested the Confederation's intervention as a mediator in the dispute, as provided by the Swiss constitution of 1999.

Under the guidance of the mediation panel, assigned by the Swiss government, the parties were able to set aside their rigid legal positions and focus, instead, on their mutual interests.<sup>42</sup> A creative solution was negotiated and finally adopted by all the parties in 2006.<sup>43</sup>

In the end, the two Cantons were finally able to reach a mutually satisfactory compromise; they chose to share the benefits of the collection into combined ownership and proprietorship. In addition, the creation and funding of the expensive copy of the cosmographical Globe, symbolized Zurich's willingness to donate considerable time and money in order to effectively compensate Saint-Gall's loss.<sup>44</sup>

If the parties had stuck to their legal positions,

---

the applicable federal law on war, which prohibited the robbery of cultural goods. Zurich, in turn, claimed that the acquisition was legitimate under the international law at that time. Moreover, it argued that after signing the peace treaty, any claims had been forfeited or at least time-barred. CHECHI, A.; BUNDLE, A.; RENOLD, M. *Case Ancient Manuscripts and Globe -Saint-Gall and Zurich, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva*. 2011. p. 2. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/ancient-manuscripts-and-globe-saint-gall-and-zurich>.; BUNDLE, A.; THEURICH, S. Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011. p. 35.

<sup>42</sup> CHECHI, A.; BUNDLE, A.; RENOLD, M. *Case Ancient Manuscripts and Globe -Saint-Gall and Zurich, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva*. 2011. p. 3. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/ancient-manuscripts-and-globe-saint-gall-and-zurich>.

<sup>43</sup> The mediation agreement provided the following settlement: a) Saint-Gall accepted Zurich's ownership of the cultural objects, and, in return Zurich recognized the importance of the objects for Saint-Gall's cultural identity; b) Zurich offered Saint-Gall an unpaid and indefinite loan of 35 manuscripts, and Zurich agreed to lend the original cosmographical Globe to Saint-Gall to be exhibited for 4 months; c) Zurich approved the production of an exact replica of the globe at its own expenses and donated it to Saint-Gall. Any amendment or termination of the agreements could only be made after 38 years, by a joint request from the highest executive of each party. See CHECHI, A.; BUNDLE, A.; RENOLD, M. *Case Ancient Manuscripts and Globe -Saint-Gall and Zurich, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva*. 2011. p. 4-5. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/ancient-manuscripts-and-globe-saint-gall-and-zurich>.

<sup>44</sup> BUNDLE, A.; THEURICH, S. Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011. p. 35.



they could have only achieved a typical judicial “black or white” solution, instead, the process of mediation allowed the Cantons to opt for a solution that could benefit both.

On a more practical level, mediation can be far less expensive than litigation. Most mediation mechanisms require the parties to pay a little fee (due to the institution or mediation center), the mediator’s fee and sometimes a little more money when the parties agree to a settlement. It is not uncommon for the dispute to be resolved early, even in a single session, saving exorbitant sums in court costs, attorney’s fees and other related expenses.

Lastly, mediation is a confidential process. Like other ADR mechanisms, it avoids the upsetting experience of being exposed to a public proceeding or having one’s negative business decision exposed. In fact, it is less stressful and emotionally burdensome.

On the other hand, any statement, proposal, or offer made by the parties is not admissible as evidence in any subsequent arbitral or judicial proceeding. There is no public record of what was discussed during mediation sessions. All the records, reports or documents received by the mediator while serving in that capacity, as well as the mediator’s notes are private. This can be particularly advantageous where reputation and confidentiality are key, as it is in sensitive art and cultural property disputes.<sup>45</sup>

In conclusion, the parties can agree to settle or not and they are free to withdraw at any moment from the process and initiate proceeding, if a settlement appears impossible to achieve.<sup>46</sup>

### 3 The role of the mediator

In mediation a lot of emphasis is placed on the mediator’s role, usually held by one person only, or on occasion, by a panel of mediators.<sup>47</sup> Due to confidentiality requirements, it can be difficult to assess the con-

tribution made by the third party neutral in art-related cases, nonetheless its role is meant to be decisive.

Depending on the type of mediation that the parties require (either *facilitative* or *evaluative*<sup>48</sup>), the mediator may provide an objective assessment of the parties’ positions, advise them of the law, suggest settlement proposals, draft a settlement agreement or make observations as to its implementation. Hence, it can assume multiple roles, but it can be generally observed that the mediator, as an impartial outsider, is in a unique position to question the parties’ assumptions, perception and judgments, reducing the inflated expectations of the parties and provide them with some necessary realism.

“Reality-testing” is one of the most powerful techniques used in mediation, because it helps to overcome the barriers to an agreement, resulting from partisan perceptions and systematic overestimation of each side’s alternatives. This explains why mediators have to be appointed among independent individuals or institutions and it is fundamental that they remain impartial throughout the whole process.<sup>49</sup>

Mediation experts report that, in practice, when a dispute escalates, the opposing sides tend to develop negative opinions about each other. This phenomenon is called “reactive devaluation”.<sup>50</sup> What happens is that the parties will meet any suggestions coming from the other side with a great deal of skepticism. It follows that the parties will be more likely to trust the mediator’s proposal, rather than their counterparty’s arguments.

This is very likely what happened in the above mentioned dispute between the two Swiss Cantons.<sup>51</sup> Both parties had been stuck in unsuccessful negotiations for years, without managing to reach any solution. Each party was sticking to its unilateral position, unable to

<sup>48</sup> In facilitative mediation the mediator does not offer a solution to the problem, rather, it encourages the parties to come to a mutual agreement, helping them find common ground; in evaluative mediation the mediator suggests an agreement in order to promote the resolution of the dispute.

<sup>49</sup> CLARK, R. *Mediation in Art Law and Cultural Property Disputes, Slaughter and May*. 2012. p. 3.

<sup>50</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 285.

<sup>51</sup> CHECHI, A.; BANDLE, A.; RENOLD, M. *Case Ancient Manuscripts and Globe -Saint-Gall and Zurich, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva*. 2011. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/ancient-manuscripts-and-globe-saint-gall-and-zurich>.

<sup>45</sup> CLARK, R. *Mediation in Art Law and Cultural Property Disputes, Slaughter and May*. 2012. p.3.

<sup>46</sup> CLARK, R. *Mediation in Art Law and Cultural Property Disputes, Slaughter and May*. 2012. p.4.

<sup>47</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 278.

find common ground. Nonetheless, when the dispute was devolved to mediation, the panel guided them towards a mutually satisfactory settlement.

It is clear that a significant part of the mediation's success depends upon the mediator. The process relies upon its persuasive power, communication and facilitation skills, and capability to assist the parties to reach a mutual agreeable outcome.<sup>52</sup>

Unlike a judge, or an arbitrator, the mediator does not issue a decision or a judgement and has no authority to impose any binding decisions on the parties and the settlement can be binding only if the parties voluntarily accept it.

The parties will receive external assistance from the mediator to instill a dialogue, identify points of contention and maximize consensus, but they are free to halt the discussion at any time and walk away. The whole process depends on whether the parties are willing to find common ground and, even so, subsequently enforce the agreement reached.

The case between the Western Prelacy of the Armenian Apostolic Church of America and J. Paul Getty Museum, offers a good example of how, regardless of the mediator's efforts, the power to agree to the settlement remains within the parties' domain.<sup>53</sup>

The dispute concerned the restitution of the Canon Tables of the Zeyt' un Gospels. The Canon Tables were placed on sixteen pages, illustrated by T'oros Roslin, a celebrated Armenian artist. Sometime between 1915 and 1923, they were torn out from the ancient manuscript and illegally stolen.

In 1994, the Getty Museum purchased the Canon Tables. Upon learning, in 2010, that the stolen treasure was held in the museum, the Armenian Church filed a complaint before the Superior Court of California.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 278.

<sup>53</sup> CHECHI, A.; BUNDLE, A.; RENOLD, M. *Canon Tables-Western Prelacy of the Armenian Apostolic Church of America and J. Paul Getty Museum, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva*. 2011. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/canon-tables-2013-western-prelacy-of-the-armenian-apostolic-church-of-america-and-j-paul-getty-museum>.

<sup>54</sup> CHECHI, A.; BUNDLE, A.; RENOLD, M. *Canon Tables-Western Prelacy of the Armenian Apostolic Church of America and J. Paul Getty Museum, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva*. 2011. p. 2. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/can>

In 2011, the Court ordered the parties to involve a mediator, but the mediation was not successful and the parties resorted to the court, but, before the proceeding had place, the case was eventually settled.

It is interesting to observe that, although the Western Prelacy and the Getty Museum had a fruitful mediation session in 2012, they did not reach a common agreement, proving that, above all, mediation is a human process which rests entirely on the parties' goodwill.<sup>55</sup>

## 4 The new focus of international mediation centres on art-related disputes

In the most recent years, many ADR institutions have developed a specific area of activity focused on art-related disputes. Some of the major ones will be briefly illustrated below.

### 4.1 WIPO-ICOM Art and Cultural Heritage Mediation project

It is worth mentioning that in light of the potential usefulness of ADR, the International Council of Museums (ICOM)<sup>56</sup>, and the World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center (WIPO Center), developed a special mediation process, especially designed to fit the needs of art and cultural heritage disputes. This mechanism was launched in 2011, thanks to the positive impulse given by the successful resolution of the Makonde Mask case.<sup>57</sup> After this posi-

on-tables-2013-western-prelacy-of-the-armenian-apostolic-church-of-america-and-j-paul-getty-museum.

<sup>55</sup> GOE GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018. p. 278.

<sup>56</sup> Created in 1946, ICOM, is a non-governmental organization. It partners with other organizations, such as WIPO, to carry out its international public service missions, which include fighting illicit traffic in cultural goods and promoting risk management and emergency preparedness to protect world cultural heritage in the event of natural or man-made disasters.

<sup>57</sup> CHECHI, A. *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes*. Oxford, 2014. p. 56. The Makonde Mask case arose between the United Republic of Tanzania and the Barbier-Mueller Museum of Geneva, Switzerland, regarding a typical "lipiko" mask, a wooden artifact worn during male initiation festivals by dancers up until the 1960s. In 1984, a Makonde Mask was stolen together with 16 other

tive experience, ICOM in cooperation with WIPO, established their mediation program in the art and cultural heritage field.<sup>58</sup> The mediation procedure is intended to cover disputes which include (but are not limited to) the return and restitution, loan and deposit, acquisition of art and cultural objects and intellectual property, involving public or private parties among whom States, museums, indigenous communities and individuals.

The process can be initiated with the parties' prior agreement, through a mediation clause inserted into the agreement or contract<sup>59</sup>, or with a subsequent agreement by signing the Recommended ICOM-WIPO Mediation Submission Agreement for Existing Dispute.<sup>60</sup>

One of the important benefits granted by this proce-

---

items during a break-in at the National Museum of Tanzania. The theft was reported to all the relevant, national and international authorities, including the Tanzanian police, INTERPOL and the International Council of Museums (ICOM). In 1990, Dr. Enrico Castelli, an Italian professor from University of Perugia, informed the Barbier-Mueller Museum that the Makonde Mask in its collection might have been one of those stolen artifacts. The Swiss museum immediately transmitted the information to ICOM, reporting that the object had been acquired in Paris, in 1985. Thereafter, the Swiss museum initiated the appropriate steps and proposals to facilitate a possible return of the mask to Tanzania. In particular, in 2002, it formally indicated the conditions under which it would transfer the ownership of the object. However, the parties were not able to reach a compromise over the issue of ownership of the object. In 2006, there was a setback. The negotiations were abruptly interrupted when Tanzania filed a request for the return of the Mask to the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or Restitution in case of Illicit Appropriation (ICPRCP), to which the Barbier-Mueller Museum reacted by filing a formal and official complaint against its counterparty with the Federal Office of Culture of Switzerland. Ultimately, the case had a positive ending, since in 2009 a governmental delegation of Tanzania met with representatives of the Swiss museum to conduct negotiations, which paved the way for resolution of the controversy. In fact, in 2010, the parties signed an agreement in order to donate the mask to the National Museum of Tanzania, under the aegis of ICOM. See Makonde Mask: Signing of an agreement for the donation of the Makonde Mask from the Barbier-Mueller Museum of Geneva to the National Museum of Tanzania, Press File, ICOM, 2014, p. 4 s.

<sup>58</sup> ICOM-WIPO Mediation Rules, available at: <https://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/art/icom/rules/#8>.

<sup>59</sup> (a) The standard mediation clause recommended by the Center states that: "Any dispute, controversy or claim arising under, out of or relating to this contract and any subsequent amendments of this contract, including, without limitation, its formation, validity, binding effect, interpretation, performance, breach or termination, as well as non-contractual claims, shall be submitted to mediation in accordance with the ICOM-WIPO Mediation Rules. The place of mediation shall be [specify place]. The language to be used in the mediation shall be [specify place]".

<sup>60</sup> Available at: <https://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/art/icom/clauses/>.

dure is the possibility for the parties to choose a mediator directly from the ICOM-WIPO list. The "Selection Commission" chooses the mediators among candidates that have sufficient skills in mediation and expertise in art and cultural heritage areas. Whenever the mediator believes that that case is not susceptible to resolution through this process, it may propose other methods, like an expert determination of one or more particular issues, or arbitration/expedited arbitration.<sup>61</sup>

#### 4.2 Institutional Mediation with ADR Art & Cultural Heritage (ADR Arte) of the Milan Chamber of Arbitration

At the end of 2015, the Milan Chamber of Arbitration created the "ADR Art & Cultural Heritage Project (ADR Arte)", with the aim of offering the first Italian ADR service entirely devoted to art-related disputes, using mediation as the preferred method.<sup>62</sup>

The process can be activated through the procedure identified by the Italian mediation law<sup>63</sup>, or through the "Fast Track Mediation Rules" of the Milan Chamber.

A first informative meeting with a mediator has become a mandatory step before starting a lawsuit in civil and commercial disputes, regarding the following subjects: joint ownership, rights *in rem*, division, inheritance, family agreements, rents, loans, damages, press defamation, insurance, banking and financial contracts.

The Art and Cultural Heritage Mediation Center provides for: i) confidentiality of the procedure; ii) possibility to pick an impartial mediator with a specific art-expertise; iii) parties can be assisted by art professionals and linguistic translators of their choice; iv) parties can decide whether to invite their lawyers or not; v) the process is generally cheaper and faster for the cost of mediation is determined on the basis of the value of the dispute and the process, usually, terminates within 45 days.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> WIPO Expedited Arbitration is a form of arbitration that is carried out in a shortened time frame and a reduced cost, available at: <https://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/art/icom/rules/>.

<sup>62</sup> Art-related disputes, Milan Chamber of Arbitration, available at: <https://www.camera-arbitrale.it/en/mediation/art-related-disputes.php?id=526>.

<sup>63</sup> Available at: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2010-03-04;281vig=>

<sup>64</sup> The benefits of ADR Art and Cultural Heritage, Milan Chamber of Arbitration, available at: <https://www.camera-arbitrale.it/>



The Milan Center also provides “Fast Track Mediation Rules”, which are particularly flexible and can be adapted to the parties’ needs. This kind of procedure works well when the dispute is multidimensional, international and calls for the participation of art experts.<sup>65</sup>

The Milan Chamber of Arbitration provides statistics to verify the development of this service.<sup>66</sup> This information offers a unique insight to the overall response to this innovative service, but also into its effectiveness.<sup>67</sup>

From 2015, till December 31<sup>st</sup> of 2019, 73 art and cultural heritage mediations took place and the outcomes were the following: 21% reached an agreement; 44% failed to appear to the first session and only 10% could not reach an agreement.

Compared to the trends of the earlier years, from 2015 to 2017, the percentage of voluntary mediations increased by 60%, highlighting the growing interest of the art market’s professionals towards this means of disputes resolution and its results.

The percentage of agreements reached after the first session is stable compared to the 2015-2018 results, confirming the high rate of effectiveness. In particular, in 68% of cases the parties reached an agreement, leaving a 32% without agreement.

Lastly, and not surprisingly, 70% of the mediations were of non-contractual nature. In fact, written contracts art and cultural heritage contracts continue to be very rare.

### 4.3 UNESCO’s Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation (ICPRCP)

UNESCO offers a mediation program as well. Its basic purpose is to obtain the return of looted cultural property to its country of origin or its restitution in case of illicit appropriation. It goes without saying that cultural property constitutes a priceless asset for local, national and international communities alike. Under the auspices of UNESCO, Member States should cooperate actively in a spirit of mutual understanding and dialogue, to resolve issues of restitution of cultural property to the legitimate country.<sup>68</sup> The States – either parties or not to the 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property<sup>69</sup> – may utilize for appropriate intervention the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of the Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation (ICPRCP), created in 1978.<sup>70</sup>

The functions of the Committee have included seeking ways and means to facilitate bilateral negotiations for the restitution or return of cultural properties to the country of origin, also submitting proposals of mediation and conciliation to the parties in dispute. In

---

en/mediation/art-related-disputes/the-benefits-of-adr-art-cultural-heritage.php?id=661.

<sup>65</sup> Activation and Procedure, Milan Chamber of Arbitration, available at: <https://www.camera-arbitrale.it/en/mediation/art-related-disputes/activation-and-procedure.php?id=662>.

<sup>66</sup> ADR Art and Cultural Heritage Statistics, Milan Chamber of Arbitration, available at: <https://www.camera-arbitrale.it/en/mediation/art-related-disputes/adr-art-cultural-heritage-statistics.php?id=665>.

<sup>67</sup> MOREK, R. *The Art of Mediation and Mediation in Art Disputes*, *Kluwer Arbitration Blog*, 2018. Available at: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/19/art-mediation-mediation-art-disputes/>.

<sup>68</sup> GEORGIU, I. *The role of UNESCO in cases of return of cultural property to their countries of origin*. The work of the UNESCO “Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation, International Hellenic University, 2016. p. 6.

<sup>69</sup> The Convention was signed to address the increasing thefts in museums and archaeological sites, occurred at the end of 1960 and the beginning of the 1970s. To date, it has been ratified by 140 Member States of UNESCO. The convention requires the State Parties to take action in these main fields: (1) Preventive measures: inventories, export certificates, monitoring trade, imposition of penal or administrative sanctions, information and education campaigns, etc. (2) Restitution provisions: according to Article 7 (b) (ii) of the Convention, States Parties should undertake appropriate measures to seize and return any cultural property stolen and imported. (3) International cooperation framework: One of the guidelines of the 1970 Convention is the strengthening of international cooperation between States Parties. In cases where cultural patrimony is in jeopardy from pillage, Article 9 provides a possibility for more specific undertakings such as a call for export, import and international commerce controls.

<sup>70</sup> MOREK, R. *The Art of Mediation and Mediation in Art Disputes*, *Kluwer Arbitration Blog*, 2018. Available at: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/19/art-mediation-mediation-art-disputes/>.

September 2010, the Committee reviewed and adopted the Rules of Procedure for Mediation and Conciliation.<sup>71</sup>

The requesting State, in the first instance, shall try to resolve the conflict through bilateral negotiations with the State in which the requested object is located. Only when such negotiations have failed or have been suspended, the case can be brought before the Committee.

According to Article 4 of the Rules of Procedure for Mediation and Conciliation<sup>72</sup>, only UNESCO Member States and Associate Members of UNESCO may resort to a mediation or conciliation procedure; however, the States may represent the interests of public or private institutions located on their territory or the interests of their nationals.

Every two years, each State is invited to nominate and submit the names of two individuals who may serve as mediators and conciliators. Their nomination depends upon their competence and experience in matters of restitution, dispute resolution and other specific patterns related to the protection of cultural property.

The procedure is intended to promote the harmonious and fair resolution of disputes concerning the restitution of cultural property. Its rules are conceived under the general principles of equity, impartiality and good faith.

## 5 Resorting to arbitration in art-related disputes.

On April 1<sup>st</sup>, 2019 a new arbitral institution became operative in The Hague, the first exclusively devoted to the resolution of art-related disputes.<sup>73</sup> The establishment of the Court of Arbitration for Art (CAfA) marked an unprecedented event in the art-business world, proving, once again, the predisposition of art disputes to be resolved through ADR and through arbitration in particular.

<sup>71</sup> Available at: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000192534\\_eng](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000192534_eng).

<sup>72</sup> Available at: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000192534\\_eng](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000192534_eng).

<sup>73</sup> The functioning of the CAfA-Court of Arbitration for Art and the list of arbitrators and experts is available at: <https://authenticationart.org/cafa/>.

In 2000 an internationally renowned expert of art and cultural property law once stated that “*Many problems in international trade might more easily be solved by arbitration tribunals than by state courts because arbitrators are extra national and can avoid cultural nationalism and because they are likely to have more expertise than judges of state courts*”,<sup>74</sup> thus underlining the potential of arbitration as an efficient method for the resolution of art-related disputes.

Arbitration is an adjudicative method within the ADR, where the parties agree – in writing - that all disputes arising out or in connection with the contract they entered into will be settled by an arbitral tribunal composed by a sole arbitrator or by a three-member panel, whose decision will be final and binding on the parties.

In addition to what has already been expressed in the previous paragraphs, in relation to the use of ADR and mediation in art-related disputes, some more specific considerations have to be made when referring to arbitration.

The arbitration agreement must be in writing. In the art market context, the written form is one of the main obstacles to a consistent use of arbitration: the art-business world operates according to its own, often tacit rules and it is largely based upon trust.<sup>75</sup> In fact, traditionally contracts are rarely concluded in writing and even when they are, they are not drafted with accuracy. Moreover, when art works are repeatedly sold and transferred to different owners, the ultimate buyer may not have concluded the original contract with the seller, or there might be a chain of sellers, therefore the parties can hardly count on a valid arbitration agreement.<sup>76</sup>

Similarly, the possibility of including an arbitration clause in the general conditions of contracts between

<sup>74</sup> The quote is of John Henry Merryman Resolution of Disputes in International Art Trade, Third Annual Conference of Venice Court of National and International Arbitration, Venice, Italy (29 and 30 September 2000) Conference Reports – quoted by NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019. p. 3.

<sup>75</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019. p. 3-4.

<sup>76</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019. p. 3; DE NOVA, G. L'Arbitrato e i Contratti dell'Arte. *Rivista dell'Arbitrato*, Anno 27, Fasc. 3, 2018. p. 593. See also, Manual de importação e exportação de obras de arte, Associação Brasileira De Arte Contemporânea – Abact, São Paulo, 2013, p. 9.

auction houses and art galleries seems to be rather remote. In fact, it would be rather difficult to draft an appropriate and valid clause for a similar complex contractual framework, often involving multi-parties, where the auction house or gallery is frequently a mere intermediary and where bidding may be concluded on the phone followed by a subsequent international transfer of art works.<sup>77</sup>

Nonetheless, some parties are increasingly preferring to put proper paperwork in place, rather than operate, as in the past, on very informal agreements. Consignment agreements, sale terms and conditions, artist agreements, loan arrangements using art as collateral and financing agreements to enable art purchases are becoming more and more commonplace. All these documents could include proper arbitration clauses to validly express the parties' consent.<sup>78</sup>

As for mediation, another appealing aspect for choosing arbitration in the art sector is the possibility that the members of the arbitral tribunal might be selected, by the parties or the arbitral institution, among experts of the field and/or experienced arbitrators and possibly with a specific expertise in the subject matter of the dispute.<sup>79</sup> The possibility to appoint arbitrators who, not only have legal abilities, but also enough knowledge of art and of institutions, galleries or museums is a major incentive and lends credibility to the process.<sup>80</sup> This mix of competence is rarely found in court litigation.<sup>81</sup>

Also privacy and confidentiality of arbitral proceedings are fundamental features for managing disputes in this sector, with limited accessibility to information and control over the possibility to release information

about the case at stake.<sup>82</sup> This characteristic is highly appreciated in the art world, where there is a general wish for discretion and attempt to avoid negative or distasteful press.<sup>83</sup> Unfortunately confidentiality also translates into a limited amount of reported arbitrations in this field. On a different perspective, the threat of negative publicity and public exposure, generated by a court proceeding, sometimes puts just the right pressure on parties to settle.

Arbitration, like other ADR methods, is also remarkably flexible, faster than court litigation (at least in many jurisdictions) and could be reasonable in costs.

Lastly, one of the most important features of arbitration is that an award rendered by an arbitral tribunal is internationally enforceable through the 1958 New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Awards.<sup>84</sup> As mentioned *supra*, unlike other ADR methods and similarly to a court judgement, the arbitral award is final and binding among the parties to the dispute. This means that when the award is not complied with voluntarily, the winning party can enforce it, either through the legal system of the State, in case of domestic awards or through the New York Convention, in case of foreign awards.<sup>85</sup> This aspect provides a significant incentive to the parties to use arbitration in an international art dispute, taking advantage of an effective system of enforceability of the arbitral decision.

One final aspect to take into consideration is that arbitration could also be combined with other forms of alternative dispute resolution, simply by inserting a

<sup>77</sup> BYRNE-SUTTON, Q. Arbitration and Mediation in Art-Related Disputes. *Arbitration International*, v. 14, Issue 4. 1998. Available at: <https://academic.oup.com/arbitration/article/14/4/447/216664>.

<sup>78</sup> POLYCARPOU, E. *Is arbitration the answer to settling disputes in the art world*, *Apollo- the International Art Magazine, Art Market*. 2018. Available at: <https://www.apollo-magazine.com/is-arbitration-the-answer-to-settling-disputes-in-the-art-world/>.

<sup>79</sup> GEGAS, E. International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 13, n. 1, 1997. p. 151

<sup>80</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019. p. 7.

<sup>81</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019, p. 6.

<sup>82</sup> COLE, T. *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department- Citizens' Rights and Constitutional Affairs*. 2014. p. 20.

<sup>83</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019. p. 5.

<sup>84</sup> The New York Convention is considered one of the most successful treaties in private international law. As of September 2019, the Convention has 161 state parties. The two basic actions contemplated by the Convention are (1) the recognition and enforcement of foreign arbitral awards- there is a general obligation for the Contracting States to recognize such awards and to enforce them in accordance with their rules of procedure. (2) Referral by a court to arbitration- the court of a Contracting State, when seized of a matter in respect of which the parties have made an arbitration agreement, must, if requested by one of the parties, refer them to arbitration (unless the agreement is invalid). Available at: <http://www.newyorkconvention.org/english>

<sup>85</sup> COLE, T. *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department- Citizens' Rights and Constitutional Affairs*. 2014. p. 10.



multi-tier clause into the agreement, allowing the parties to proceed step by step with negotiation or mediation before resorting to arbitration, fostering a conciliatory environment in particularly sensitive cases.<sup>86</sup>

Maybe the world's most famous example of arbitration in the art world is the case arisen between Maria Altmann and the Republic of Austria for the recovery of six Gustav Klimt paintings, taken by the Nazis from her Jewish relatives, Ferdinand and Adele Bloch-Bauer.<sup>87</sup> The Bloch-Bauer family owned several paintings by Klimt; when Adele died, in 1925, in her will, she asked her husband to consider donating the paintings to the Austrian National Gallery.

In 1936, following the annexation of Austria to Nazi Germany, Ferdinand fled the country and his entire estate confiscated by the German authorities, while some of the paintings were donated to the Austrian National Gallery. When Ferdinand died in 1945, in his will, he did not mention the paintings, which to his knowledge, had been confiscated, but he included a clause according to which his wealth should be handed over to his nephew and nieces, among them Maria Altmann.

Only a year later, in 1946, the Austrian Government passed the Annulment Act, which was designated to annul all the transactions operated by the discriminatory Nazi ideology. The Bloch-Bauer heirs (at the time living in United States) obtained the restitution of most of their collection, but, according to the Act, the Jewish families that wanted to leave Austria were required to 'donate' valuable artworks, in favor of public museums in order to preserve national heritage. The Bloch-Bauer heirs' lawyers agreed to donate six paintings.

In 1998, after an Austrian journalist uncovered documents that proved that the National Gallery possessed looted art, the Austrian Government passed the Restitution Act, allowing for the restitution of art pieces that owners had been forced to donate in 1946. This

provision allowed Maria Altmann to formally request the restitution of the Klimt paintings: she did so first before the Austrian courts and then, later, in the U.S. jurisdiction.

In May 2005, scared by the prospect of a long and expensive litigation, the Austrian Republic eventually accepted to resort to arbitration<sup>88</sup>. The arbitral tribunal had to rule on the title of ownership of the Klimt paintings and determine whether the 1998 Restitution Act was applicable.

The arbitral tribunal ultimately found that the Austrian National Gallery had no valid ownership to the paintings. Thus, the Republic of Austria was under an obligation to return five Klimt paintings pursuant to the conditions of the Restitution Act.

The Altmann case attracted much attention on the subject of restitution of the Nazi-stolen property and, among various considerations, it shined a light upon the negative repercussions of litigating such profoundly moral and strategic cases before courts.<sup>89</sup> Considering the emotional attachment of the claimant to the paintings, as well as the emotional strain of the protracted procedure, the arbitral conclusion emphasized the necessity to increase awareness about the advantages of alternatives to litigation, also for the recovery of looted art.

Arbitration is particularly effective in disputes regarding the restitution of cultural properties to the country of origin.<sup>90</sup> Several international organizations have recognized that, not representing a national forum, an arbitration tribunal appears to be in a more neutral position than a national court, to pronounce itself on a State's claim, which, among others, involves assessing issues of sovereignty and national cultural policy and law.<sup>91</sup>

In this respect, the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict provides that in case of dispute parties might

<sup>86</sup> GEGAS, E. International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 13, n. 1, 1997. p. 151.

<sup>87</sup> DE NOVA, G. L'Arbitrato e i Contratti dell'Arte. *Rivista dell'Arbitrato*, Anno 27, Fasc. 3, 2018. p. 595; RENOLD, C.; CHECHI, A.; BUNDLE, A. RENOLD, M. *Case Six Klimt Paintings- Maria Altmann and Austria*, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva. 2012. p. 1. available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/6-klimt-paintings-2013-maria-altmann-and-austria/CaseNoteSixKlimtpaintingsMariaAltmannandAustria.pdf>.

<sup>88</sup> Maria Altmann had already proposed arbitration, but the Austrian Government had always refused to accept it.

<sup>89</sup> BUNDLE, A.; THEURICH, S. Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011. p. 38.

<sup>90</sup> NEGRI CLEMENTI, G. Diritto dell'Arte. *l'arte, il diritto e il mercato*. v. 3, 2012. p. 222.

<sup>91</sup> NEGRI CLEMENTI, G. Diritto dell'Arte. *l'arte, il diritto e il mercato*. v. 3, 2012. p. 222; BYRNE-SUTTON, Q. Arbitration and Mediation in Art-Related Disputes. *Arbitration International*, v. 14, Issue 4. 1998. Available at: <https://academic.oup.com/arbitration/article/14/4/447/216664>.

resort to arbitration.<sup>92</sup> In 1995, representatives of over 70 States met in Rome and adopted the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, recognizing the claimant of a contracting State the option to choose – among other methods - arbitration to settle its dispute.<sup>93</sup>

Also, the EU Directive 2014/60/EU, adopted in 2014, on the return of cultural objects unlawfully removed from their territory of a Member State, provides for arbitration in case of disputes.<sup>94</sup> These examples clearly demonstrate the increasing role that arbitration has gained as an effective and neutral method for resolving art-related disputes.

In addition, it is worth mentioning some circumstances occurred in Italy which prove a growing acceptance of arbitration in art-related agreements. In the last two decades, the Italian Ministry of Cultural Properties and Activities (MIBACT) signed several agreements with foreign cultural institutions, that were holding illicitly excavated and exported cultural properties originating from Italy. Some of these agreements provide recourse to arbitration for the resolution of any potential dispute.<sup>95</sup>

Partnerships of this kind have been concluded by the Italian Ministry of Culture and (a) the Metropolitan Museum of Art of New York, in 2006, (b) the Museum of Fine Arts of Boston, in 2006, (c) the Princeton University Art Museum, in 2007, (d) the John Paul Getty Museum of Los Angeles, in 2007, (e) the Cleveland Museum of Art, in 2008, (f) the Tokyo Fuji Art Museum, in

2012 and (g) The Ny Carlsberg Glyptotek of Copenhagen, in 2016.

On one hand, they allow the State of origin to overcome the obstacles posed by the uncertain outcome of a litigation before a foreign court on the ownership of the claimed properties. On the other hand, they allow foreign museums to preserve their reputation, as truthful cultural institutions, that do not encourage the pillage of the cultural heritage of other countries and, instead, participate in the fight against the destruction of cultural contexts and the illegal traffic that results from it.

These agreements represent the outcome of an effective negotiation between the parties, obtaining mutually satisfactory deals<sup>96</sup>, along with provisions that aim at strengthening the relationship between the parties, through cooperative activities.<sup>97</sup>

While the text of most deals remains confidential, the one between the Ministry of Culture and the Commission for Cultural Properties of Sicily<sup>98</sup> and the Metropolitan Museum of New York has been made public. The agreement provided for the return of a number of archaeological items that had been illegally excavated in Italy and sold clandestinely in and outside the State.<sup>99</sup>

Among these objects, the most famous and valuable one was the Euphronios Krater, painted by the well-renowned Athenian artist, Euphronios. The vase was at the center of an international art crime investigation. It all began with a fatal car accident, in which, in an Italian antique dealer's pocket, were found the names of several people involved in the trafficking of illicitly excavated archaeological properties.

The Italian authorities focused their interest on Mr. Giacomo Medici, who was the owner of a warehouse, where over 3.000 antique artifacts were found. Almost

<sup>92</sup> Cf. Article 14, paragraph 6 : “If, within a period of six months from the date of receipt of the letter of objection, the Director-General has not received from the High Contracting Party lodging the objection a communication stating that it has been withdrawn, the High Contracting Party applying for registration may request arbitration in accordance with the procedure in the following paragraph.”. Available at: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13637&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

<sup>93</sup> Article 8 paragraph 2 states that “The parties may agree to submit the dispute to any court or other competent authority or to arbitration” Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>.

<sup>94</sup> Article 5, paragraph 6 provides: “[...] the competent authorities of the requested Member State may, without prejudice to Article 6 , first facilitate the implementation of an arbitration procedure, in accordance with the national legislation of the requested Member State and provided that the requesting Member State and the possessor or holder give their formal approval”. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32014L0060>.

<sup>95</sup> SCOVAZZI, T. *The Agreements between the Italian Ministry of Culture and American Museums on the Returns of Removed Cultural Properties, Cultural Heritage*. Scenarios 2015-2017. 2017. p. 119.

<sup>96</sup> TRIOSCHI, A. *Le ADR e la restituzione dei beni artistici illecitamente sottratti: il caso Repubblica Italiana contro Boston MFA*, *Blog Mediazione, Camera Arbitrale di Milano*. 2019. Available at: <https://blogmediazione.com/2019/03/08/le-adr-e-la-restituzione-dei-beni-artistici-illecitamente-sottratti-il-caso-repubblica-italiana-contro-boston-mfa/>.

<sup>97</sup> SCOVAZZI, T. *The Agreements between the Italian Ministry of Culture and American Museums on the Returns of Removed Cultural Properties, Cultural Heritage*. Scenarios 2015-2017. 2017. p. 120.

<sup>98</sup> Under the Italian Constitution, Sicily, with few other regions, has an autonomous title to exercise an exclusive competence on the cultural properties existing in the region.

<sup>99</sup> SCOVAZZI, T. *The Agreements between the Italian Ministry of Culture and American Museums on the Returns of Removed Cultural Properties, Cultural Heritage*. Scenarios 2015-2017. 2017. p. 122.

all of them had been illegally acquired. The most striking pieces of evidence, that confirmed the undeniable truth, were several polaroids found in his possession. Among them, one that showed the Krater when found in the clandestine excavation.<sup>100</sup>

Although the Met had purchased the precious vase, in 1972, for \$1.2 million, it agreed to relinquish ownership of the piece to Italy. In exchange, the Italian Ministry agreed to make four-year loans to the Museum of works of equal value and renouncing to claim the illegal excavation and export of the Krater.<sup>101</sup>

What is especially significant for the sake of the present study, is that an arbitration clause was inserted in the Agreement, providing that disputes on the interpretation or application of the agreement were to be settled amicably, or if the parties were unable to reach a mutually satisfactory resolution, “*in private arbitration by arbitration on the basis of the Rules of Arbitration and Conciliation of the International Chamber of Commerce, by three arbitrators appointed in accordance with said Rules*”<sup>102</sup>.

This unprecedented resolution to a decades-old international property dispute has fostered a new spirit of cooperation between museums and States, as shown by subsequent deals with other museums.<sup>103</sup>

In conclusion, the agreements between the Italian Ministry of Culture and the museums show an important change on the methods chosen for settling cultural property disputes, showing a clear preference for alternative means of dispute resolution, especially arbitration, as the means to reach equitable, faster and more satisfactory solutions.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> SCOVAZZI, T. *The Agreements between the Italian Ministry of Culture and American Museums on the Returns of Removed Cultural Properties, Cultural Heritage*. Scenarios 2015-2017. 2017. p. 124.

<sup>101</sup> BRIGGS, A. Consequences of the Met-Italy Accord for the International Restitution of Cultural Property. *Chicago Journal of International Law*, v. 7, n. 2, Article 15, 2007. p. 623.

<sup>102</sup> According to Article 9, paragraphs 1 and 2, available at: [http://www.regione.sicilia.it/deliberegionta/file/giunta/allegati/Delibera\\_08\\_15.pdf](http://www.regione.sicilia.it/deliberegionta/file/giunta/allegati/Delibera_08_15.pdf).

<sup>103</sup> In 2007, Professor Briggs wrote: “This unprecedented resolution to a decades-old international property dispute has the potential to foster a new spirit of cooperation between museums and source nations, spawn stricter museum acquisition and loan policies, reduce the demand for illicit cultural property, and permanently alter the balance of power in the international cultural property debate”. BRIGGS, A. Consequences of the Met-Italy Accord for the International Restitution of Cultural Property. *Chicago Journal of International Law*, v. 7, n. 2, Article 15, 2007. p. 623.

<sup>104</sup> SCOVAZZI, T. *The Agreements between the Italian Ministry of Culture and American Museums on the Returns of Removed Cultural Properties,*

## 6 Arbitral institutions and the rules for settling art-related disputes.

Nowadays there are various national and international institutions that promote the use of arbitration as an instrument for the resolution of art-related disputes.

### 6.1 WIPO Arbitration Rules and WIPO Expedited Arbitration Rules

WIPO offers, not only mediation services, but also support for arbitral proceedings.<sup>105</sup> Considering that, to a large extent, the quality and effectiveness of the proceedings depend upon the quality of the third-party neutral - either mediator, arbitrator or expert - the Centre has created an open-ended Panel of individuals, from all around the world, selected for their special expertise in art and cultural heritage. The parties, under the WIPO Rules, are therefore invited to appoint arbitrators, mediators or experts from the provided list (but they can choose even outside the list).<sup>106</sup>

WIPO also provides for an Expedited Arbitration, carried out in a shortened time frame and at a reduced cost.<sup>107</sup> Within three months from the arrival of the answer to the request for arbitration, the proceeding should be closed and the arbitral tribunal will have one month to render the final award.

### 6.2 PCA Arbitration Rules

Also, the Permanent Court of Arbitration (PCA), the oldest global institution for the settlement of international disputes, has administered a number of disputes on matters of cultural property, among which the case between Eritrea and Ethiopia, brought forward by the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, represents an interesting example.<sup>108</sup>

*Cultural Heritage*. Scenarios 2015-2017. 2017. p.126-127.

<sup>105</sup> Art and Cultural Heritage Dispute Resolution, WIPO Magazine, available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/04/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/04/article_0007.html), 2009.

<sup>106</sup> WIPO Alternative Dispute Resolution (ADR) for Art and Cultural Heritage, available at: <https://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/art/>.

<sup>107</sup> What is WIPO Expedited Arbitration?, available at: <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/what-is-exp-arb.html>.

<sup>108</sup> Between July 2001 and August 2001, Eritrea-Ethiopia Claims Commission (EECC) held several hearings on significant questions related to jurisdiction, procedure and possible remedies. In particu-



### 6.3 Venice Chamber of Arbitration – Regolamento degli arbitrati in materia di arte

At a domestic level it is worth mentioning the Venice Chamber of Arbitration, that in 2018 established a department entirely dedicated to resolution of national and international disputes related to art. The Chamber was established in 1990, under the aegis of the Chamber of Commerce of Venice. Revised Rules were launched in January 2020.

Parties to an art-related dispute may have recourse to arbitration submitting the Request to the Chamber. According to its Article 1(1) the Rules are intended to be applied to arbitral proceedings “whose object are art-related disputes – intended in its widest meaning, as any creative human activity, carried out individually or collectively or as business, in any whatsoever form, visual arts, music, theater, design, antiques and collectibles” [nonofficial translation].

The institution offers a highly technical proceeding, where specialized legal experts, conscious and aware of the distinctiveness of the art market, will settle the dispute in an expedite and confidential manner.<sup>109</sup>

---

lar, in October 2001, the Commission adopted its Rules of Procedure, based on the PCA's Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States of 1992. By December 2001, the parties had filed their claims. One of Eritrea's main claims concerned the allegedly deliberate destruction, by the Ethiopian military, of the Stelae of Matara. The Stelae is an obelisk dating from the middle of the first millennium B.C. It is regarded as one of the most famous and historically significant archaeological sites in Eritrea. According to Eritrea, the soldiers had placed explosives at the base of the obelisk, in order to scatter it into pieces. The claimant State asked for monetary compensation for the suffered loss and damage, along with a request of an apology from the Government of Ethiopia. The EECC found that Ethiopia was, indeed, liable for the unlawful damage inflicted upon the State, but it dismissed the request for an apology. Instead, it stated that the appropriate remedy should be the monetary compensation, in the absence of any other appropriate remedy in accordance with international practice. DALY, B. *The Potential For Arbitration of Cultural Property Disputes: Recent Developments at the Permanent Court of Arbitration. Law and practice of International Courts and Tribunals*, v. 4, n. 2, 2005. p. 267-268. For the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, see <https://pca-cpa.org/en/cases/71/>.

<sup>109</sup> Sezione Arte- Risolvi controversie nel mondo dell'arte, available at: <http://www.camera-arbitrale-venezia.com/?IdPagina=536>.

### 7 The CAfA and its arbitral procedure.

At a more international level, the Court of Arbitration for Art (CAfA) represents a very recent initiative. Established in 2018, thanks to a joint initiative of the Authentication in Art (AiA) Foundation<sup>110</sup> and the Netherlands Arbitration Institute (NAI), CAfA is the first arbitral institution entirely dedicated to art law disputes. It will promote use of arbitration and mediation to solve art conflicts, including claims concerning authenticity, provenance, ownership titles, contracts, intellectual property and trademark. The aim is to provide the parties with an efficient settlement mechanism, without resorting to national courts.<sup>111</sup>

The cases will be administered by the NAI with tribunals composed by arbitrators who are experienced lawyers, but, at the same time, familiar with issues specific to art disputes. For arbitral procedures in which technical issues arise (very common in authenticity and title disputes) the arbitral tribunal will be free to appoint its neutral experts.<sup>112</sup>

Initially, the working committee that set out the CAfA system was mainly focused on authenticity issues. In fact, some of the Court's most troubling decisions have been related to cases where the authenticity of an artwork had been put into question.<sup>113</sup> The Committee soon discovered that CAfA could deal with issues concerning a larger art market. The art market has its very peculiar features: it has very little regulation, it is not always transparent, and not necessarily rational. Moreover, in this business sector, contracts can be no longer than one single page, missing important details, thus making it more susceptible to a future dispute. In addition, ownership titles and issues of authenticity could

---

<sup>110</sup> The AiA foundation is an independent and non-profit organization, formed of leading art authenticators and whose objective is to promote best practices in art authentication.

<sup>111</sup> CASPAR-JOHNSON. *Court of Arbitration for Art. Columbia Journal of Transnational Law*, 2018.

<sup>112</sup> The recommended clause is the following: ““All disputes, claims, controversies, and disagreements arising in connection with the present agreement, or further agreements resulting therefrom, shall be settled in accordance with the CAfA Arbitration Rules, consisting of the Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute supplemented and modified by the AiA/NAI Adjunct Arbitration Rules.”

<sup>113</sup> HAYDEN, M.; HECKER, S.; *Cheers: A New Court for Resolving Art Disputes*, Center for art law, Art Law Spotlight. 2019. Available at: <https://itsartlaw.org/2019/03/29/cheers-a-new-court-for-resolving-art-disputes/>.

generate an even more complex scenario. It is clear that the art market has its share of unique problems and disputes, that can be difficult to settle in a regular court of law, in a manner that the market will find acceptable.<sup>114</sup>

According to its founder, the art lawyer William Charron, the CAfA main goal is to produce accurate decisions that the art market will accept.<sup>115</sup> For this purpose, the CAfA has created a ‘pool of experts’ approved by the NAI. The arbitrators and experts will be selected exclusively from this list. In fact, in order to be credible and objective, the experts cannot work directly for the art market. It is important for the institution to guarantee the highest- standard of expertise, while at the same time remaining independent from the market, to avoid conflict of interests.<sup>116</sup>

Like most arbitrations, the proceedings will be conducted in private, as most of the times the parties to an art disputes prefer to keep their matters confidential and be as cost and time efficient as possible.<sup>117</sup>

As to the procedure<sup>118</sup>, according to Article 11 (6)<sup>119</sup>, parties are allowed to appoint arbitrators from the arbitrators list. However, in the event of compelling reasons, the administrator, after consultation with the CAfA Board, may appoint an arbitrator from outside the list. Still the presence of a pool of experienced arbitrators and experts is one of the defining features of CAfA. It is important to note that the quality of the

selected pool (of both arbitrators and experts) is what will guarantee the efficiency of the system in the eyes of the market. Moreover, the Rules provide that the chair of a three-arbitrator panel or the sole arbitrator must have “university legal training”.

The CAfA provides for an arbitral tribunal composed by three members, unless the value of the relief sought is below € 1,500,000 (and there is need to limit expenses), or the parties have agreed to have a sole arbitrator (Article 12 (2)).<sup>120</sup>

Choosing the seat of the arbitration is a major factor especially in international cases and it allows the parties to select a place that is neutral, arbitration friendly, reputable and recognized, but the CAfA Rules do not allow the parties to choose the seat of arbitration, which shall always be The Hague (Article 21 (7)).<sup>121</sup> Nonetheless, according to Article 21 (8) the arbitral tribunal may hold hearings, deliberate and hear witnesses and experts in any place deemed appropriate, within or outside the Netherlands.

The role of experts is fundamental in art-related disputes, and the quality, appreciation and credibility of an expert makes the difference between what is accepted as genuine and what is deemed as a forgery. Although in most arbitrations the parties are free to submit their own experts, to a certain extent, this is not possible according to the CAfA Rules (Article 28 (7)).<sup>122</sup>; in fact, on the issues of forensic science and provenance, the tribunal alone is empowered to select the expert.<sup>123</sup> This could be explained by the need to reduce risks of relying upon the ‘wrong expert’, but it has the effect of reducing parties’ autonomy in introducing their own expert evidence.<sup>124</sup>

<sup>114</sup> HAYDEN, M.; HECKER, S.; *Cheers: A New Court for Resolving Art Disputes*, Center for art law, Art Law Spotlight. 2019. Available at: <https://itsartlaw.org/2019/03/29/cheers-a-new-court-for-resolving-art-disputes/>.

<sup>115</sup> GILBERT, L. New tribunal aims to provide expertise and impartiality for art disputes. *The Art Newspaper, Lam*. 2018. Available at: <https://www.theartnewspaper.com/news/new-tribunal-aims-to-provide-expertise-and-impartiality-for-art-disputes>.

<sup>116</sup> HAYDEN, M.; HECKER, S.; *Cheers: A New Court for Resolving Art Disputes*, Center for art law, Art Law Spotlight. 2019. Available at: <https://itsartlaw.org/2019/03/29/cheers-a-new-court-for-resolving-art-disputes/>.

<sup>117</sup> GILBERT, L. New tribunal aims to provide expertise and impartiality for art disputes. *The Art Newspaper, Lam*. 2018. Available at: <https://www.theartnewspaper.com/news/new-tribunal-aims-to-provide-expertise-and-impartiality-for-art-disputes>.

<sup>118</sup> It is to be noted that there is also the possibility to activate summary arbitral proceedings.

<sup>119</sup> Article 11 (6): “Arbitrators shall be chosen from among those persons listed in the Arbitrator Pool. Only in the event of compelling reasons, the administrator in consultation with the CAfA Board, may appoint an arbitrator from outside the Arbitrator Pool. The administrator may also deviate from the requirement of the first sentence when employing the list procedure under Article 14 of the Rules.”

<sup>120</sup> Article 12 (2): “The number of arbitrators shall be three, unless the monetary values of relief sought is less than 1,500,00 euros or the parties have agreed to one arbitrator.”

<sup>121</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Lam*, v. 24, n. 3, 2019. p. 11.

<sup>122</sup> Article 28 (7): “On issues of forensic science or the provenance of an art object, the only admissible expert evidence shall be from an expert or experts appointed by the arbitral tribunal. The arbitral tribunal may appoint such experts from within the Expert Pool. On all other issues, evidence from party-appointed experts shall be admissible. Expert evidence of a party-appointed expert on such other issues may not compete with or supplement the expert evidence from the arbitral tribunal-appointed expert on issues of forensic science or the provenance of an art object.”

<sup>123</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Lam*, v. 24, n. 3, 2019. p. 9.

<sup>124</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbi-

The arbitral tribunal has to decide the case in accordance with the rules of law (Article 42 (1)). If the parties have not chosen the law governing the arbitration, the Rules state that the arbitral tribunal will decide the case in accordance with the rules which it considers appropriate (Article 42 (2)).<sup>125</sup> This provision is quite common to the rules of arbitration of other institutions, except for the fact that the Rules offer a presumption of the “appropriate law”, which may be for the arbitral tribunal, the law of the principal location of the seller, if known at the time of the transaction, or, if the principal location of the seller is unknown or cannot be determined or no sale is involved, of the current purported owner of the art object in question at the time of the commencement of the arbitration. The Rules contain an explicit reference to “any applicable trade usages” that the arbitral tribunal can take into account in its decision (Article 42 (4)).

On the other hand, Article 42(5) may prove controversial. It indicates that, unless differently agreed by the parties, the tribunal shall “respect applicable periods of limitation, prescription, and repose as well as similar time-bar principles when claims or defences have not been acted on within a reasonable time”, leaving to the tribunal the task to determine what “reasonable time” means. While the declared purpose is to protect the other party from a ‘stale’ claim, in practice it may end up barring meritorious claims, where victims have not pursued it with reasonable diligence for whatever reason or where evidence has been lost due to the passing of time.<sup>126</sup>

Evidence might be extremely important for defining art-related cases. The Rules provide that the arbitral tribunal is free to determine the rules of evidence, the admissibility of evidence, the division of the burden of proof and the assessment of evidence, unless the

parties have agreed in a different manner. With the consent of the parties, the arbitral tribunal may designate its chair to hear witnesses or experts or to conduct an on-site examination or viewing (Article 26). The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are also recalled as a guide for the arbitrators.

Considering the peculiarities of the field, the Rules also provide that on issues of forensic science or the provenance of an art object “the only admissible expert evidence shall be from an expert or experts appointed by the arbitral tribunal. The arbitral tribunal may appoint such experts from within the Expert Pool”, while on all other issues, evidence from party-appointed experts shall be admissible (Article 28). In addition, whenever an on-site inspection is needed, the arbitral tribunal may, at the request of one the parties or even on its own motion, examine a local situation or conduct a viewing on site. The arbitral tribunal shall give the parties the opportunity to be present (Article 30).

The Rules provide that it is the arbitral tribunal to determine the time-limit to render its award, which could be shorter if the parties decide not to hold a hearing. The arbitral tribunal can extend the time limit one or more times, on the general presumption that the dispute has to be settled expeditiously.

As to the need for transparency and consistency of decisions, the Rules provide for the award to be published anonymized, while the name of identity or the art object may be revealed (Article 51).<sup>127</sup> This provision might prove to be positive in relation to provenance of the artwork, but in most cases, it may negatively affect the work’s value in the future.<sup>128</sup> It will be interesting to see how this provision will play out in the future awards.

The binding character of the award upon the parties is affirmed with effect from the day on which the award is rendered and the parties are deemed to have accepted the obligation to comply with the award as soon as

tration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019. p. 9.

<sup>125</sup> Article 42 (2): If a choice of law has been made by the parties, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the rules of law designated by the parties. Failing such designation of law, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the rules of law which it considers appropriate. An appropriate choice of law for the arbitral tribunal may be the law of the principal location of the seller, if known at the time of the transaction, or, if the principal location of the seller is unknown or cannot be determined or no sale is involved, of the current purported owner of the art object in question at the time of the commencement of the arbitration.

<sup>126</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019. p. 12.

<sup>127</sup> Article 51: The NAI shall be authorized to have the award published without stating the names of the parties and leaving out all other information that might reveal the parties’ identities, unless a party objects to such publication with the administrator within two months of the date of the award. The AiA shall be authorized to have the award published in the same manner. The name or identity of the art object in question may be revealed.

<sup>128</sup> PARSONS, J.; MOREL DE WESTGAVER, C. *A New Arbitral Institution for the Art World*. The Court of Arbitration For Art, Kluwer Arbitration Blog. 2018. Available at: <http://arbitrationblog.kluwer-arbitration.com/2018/06/17/a-new-arbitral-institution-for-the-art-world-the-court-of-arbitration-for-art/>. 2018.



possible by agreeing on CAfA arbitration or the NAI or according to the Rules of the NAI (Article 46).

## 8 Conclusions

By its very nature, art is inherently subjective, thus keen to disagreement.

Art law too, is a polymorphous branch of the law, that does not stand alone, but is the result of the amalgamation of other laws and concepts, that are invariably interrelated.<sup>129</sup>

Conflicts involving art object are equally multifaceted. A number of disputes may arise in relation to the pricing of an artwork, the attribution of a piece to the work of an artist, or quarrels between galleries and artists. Most of the times, there are not purely legal issues at stake, but also moral, cultural, historical, diplomatic and spiritual considerations to take into consideration. Even art-related legal issues are fairly complex because of the lack of uniform rules and most of the times, art disputes require highly legal and technical expertise that courts cannot offer. As a result, the outcomes have been mostly critical.

Over the last years, a strong consensus has emerged, recognizing the benefits of ADR methods for the resolution of art disputes. These methods have significantly improved, overall, more conscientious of the art world's necessities, providing the necessary flexibility to allow the consideration of non-legal factors and achieve fair and creative solutions, fostering win-win solutions, that fit well with the necessities of the art industry.

Thanks to the recent Court of Arbitration for Art (CAfA) in the Hague, a new light has been shined on the potential of arbitration in the field of art and cultural heritage. In fact, it could represent a middle ground between two opposites: on one hand, since the arbitral award is binding, it guarantees the finality that mediation does not provide. On the other hand, it affords the level of expertise, confidentiality, and flexibility that litigation does not offer.

Arbitration, where administered by a knowledgeable, dedicated and reputable institution, could address

these gaps and provide an ideal resolution method for art-related disputes.<sup>130</sup>

While the recent developments reflect the recognized potential of ADR, unfortunately, one of the major problems for its diffusion in the sector remains the still limited number of publicized cases in which art-related disputes have been resolved through ADR, to the general satisfaction of the parties involved. However, the increasing number of initiatives – at global level – to promote and support ADR as an effective method for the resolution of art-related controversies will certainly contribute to the cause.

## Referências

BANDLE, A.; CHECHI, A.; RENOLD, M. *Case 17 Tasmanian Human Remains- Tasmanian Aboriginal Centre and Natural History Museum London, ArThemis, Art-Law Centre University of Geneva*. 2012. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/17-tasmanian-human-remains-2013-tasmanian-aboriginal-centre-and-natural-history-museum-london>.

BANDLE, A.; THEURICH, S. Alternative Dispute Resolution and Art-Law: A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre. *Journal of International Commercial Law and Technology*, v. 6, n. 1, 2011.

BOICOVA-WYNANTS, M. Mediation and Art: Is it a match made in heaven?, *Artlaw*. 2014. Available at: <https://artlaw.club/en/cases/a-brief-insight-into-the-rybolovlev-bouvier-legal-thriller>.

BRIGGS, A. Consequences of the Met-Italy Accord for the International Restitution of Cultural Property. *Chicago Journal of International Law*, v. 7, n. 2, Article 15, 2007.

BYRNE-SUTTON, Q. Arbitration and Mediation in Art-Related Disputes. *Arbitration International*, v. 14, Issue 4. 1998. Available at: <https://academic.oup.com/arbitration/article/14/4/447/216664>.

CASPAR-JOHNSON. Court of Arbitration for Art. *Columbia Journal of Transnational Law*, 2018.

CHECHI, A.; BANDLE, A.; RENOLD, M. *Canon*

<sup>129</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019.

<sup>130</sup> NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019.p. 11 s.

- Tables-Western Prelacy of the Armenian Apostolic Church of America and J. Paul Getty Museum, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva.* 2011. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/canon-tables-2013-western-prelacy-of-the-armenian-apostolic-church-of-america-and-j-paul-getty-museum>.
- CHECHI, A.; BANDLE, A.; RENOLD, M. *Case Ancient Manuscripts and Globe -Saint-Gall and Zurich, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva.* 2011. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/ancient-manuscripts-and-globe-saint-gall-and-zurich>.
- CHECHI, A.; BANDLE, A.; RENOLD, M. *Case Nataraja Idol- India and the Norton Simon Foundation, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva.* 2011. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/nataraja-idol-2013-india-and-norton-simon-foundation-1>.
- CHECHI, A. *The Settlement of International Cultural Heritage Disputes.* Oxford, 2014.
- CLARK, R. *Mediation in Art Law and Cultural Property Disputes, Slaughter and May.* 2012.
- CONTEL, R.; SOLDAN, G.; CHECHI, A. *Case Portrait of Wally- United States and Estate of Lea Bondi and Leopold Museum, ArThemis, Art-Law Centre University of Geneva.* 2012. Available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/case-portrait-of-wally-2013-united-states-and-estate-of-lea-bondi-and-leopold-museum>.
- DALY, B. The Potential For Arbitration of Cultural Property Disputes: Recent Developments at the Permanent Court of Arbitration. *Law and practice of International Courts and Tribunals*, v. 4, n. 2, 2005.
- DEN HARTOG, S. *The Use of Alternative Dispute Resolution in Art Related Disputes, Kluwer Arbitration Blog.* 2015. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/23/the-use-of-alternative-dispute-resolution-in-art-related-disputes/>.
- DE NOVA, G. L'Arbitrato e i Contratti dell'Arte. *Rivista dell'Arbitrato*, Anno 27, Fasc. 3, 2018.
- GEGAS, E. International Arbitration and the Resolution of Cultural Property Disputes: Navigating the Stormy Waters Surrounding Cultural Property. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 13, n. 1, 1997.
- GEORGIU, I. *The role of UNESCO in cases of return of cultural property to their countries of origin.* The work of the UNESCO "Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation, International Hellenic University, 2016.
- GILBERT, L. New tribunal aims to provide expertise and impartiality for art disputes. *The Art Newspaper, Law.* 2018. Available at: <https://www.theartnewspaper.com/news/new-tribunal-aims-to-provide-expertise-and-impartiality-for-art-disputes>.
- GOETZ-CHARLIER, A. Resolving Art-Related Disputes Outside the Courtroom: A Reflective Analysis of the Procedural Aspects of ADR. *Chartered Institute of Arbitrators*, Issue 4, 2018.
- HAYDEN, M.; HECKER, S.; *Cheers: A New Court for Resolving Art Disputes*, Center for art law, Art Law Spotlight. 2019. Available at: <https://itsartlaw.org/2019/03/29/cheers-a-new-court-for-resolving-art-disputes/>.
- MOREK, R. *The Art of Mediation and Mediation in Art Disputes, Kluwer Arbitration Blog.* 2018. Available at: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/19/art-mediation-mediation-art-disputes/>.
- NEGRI CLEMENTI, G. Diritto dell'Arte. *l'arte, il diritto e il mercato*, v. 3, 2012.
- NOOR, K. Arbitration in the art world and the Court of Arbitration for Art: Heading towards a more effective resolution of arts disputes?. *Art Antiquity & Law*, v. 24, n. 3, 2019.
- PARSONS, J.; MOREL DE WESTGAVER, C. *A New Arbitral Institution for the Art World: The Court of Arbitration For Art*, Kluwer Arbitration Blog. 2018. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/17/a-new-arbitral-institution-for-the-art-world-the-court-of-arbitration-for-art/>
- PROWDA, J. *Mediation of Arts Related Disputes, Stropheus LLC.* 2014. Available at: <https://stropheus.com/category/museum/>.
- POLYCARPOU, E. *Is arbitration the answer to settling disputes in the art world, Apollo- the International Art Magazine, Art Market.* 2018. Available at: <https://www.apollo-magazine.com/is-arbitration-the-answer-to-settling-disputes-in-the-art-world/>.
- RAMOS, A. Arte, guerra e o direito internacional privado: da espoliação nazista à convenção unidroit sobre a restituição de bens culturais. *Revista Jurídica*, v. 19, n. 431, 2015.

RENOLD, C.; CHECHI, A.; BANDLE, A. RENOLD, M. *Case Six Klimt Paintings- Maria Altmann and Austria, Platform ArThemis, Art-Law Centre, University of Geneva*. 2012. available at: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/6-klimt-paintings-2013-maria-altmann-and-austria/CaseNoteSixKlimtpaintingsMariaAltman-nandAustria.pdf>.

RENOLD, M. *Cross-border restitution claims of art looted in armed conflicts and wars and alternatives to court litigations, Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, European Parliament*, 2016.

SCOVAZZI, T. *The Agreements between the Italian Ministry of Culture and American Museums on the Returns of Removed Cultural Properties, Cultural Heritage: Scenarios 2015-2017*. 2017.

THEURICH, S. Art and Cultural Heritage Dispute Resolution. *Wipo Magazine*, v. 4, 2009. Available at: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2009/04/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/04/article_0007.html).

TRIOSCHI, A. Art-Related Disputes and ADR Methods: A Good Fit? *Kluwer Arbitration Blog*. 2018. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/08/adr-art-cultural-heritage/>.

TRIOSCHI, A. *Le ADR e la restituzione dei beni artistici illecitamente sottratti: il caso Repubblica Italiana contro Boston MFA, Blog Mediazione, Camera Arbitrale di Milano*. 2019. Available at: <https://blogmediazione.com/2019/03/08/le-adr-e-la-restituzione-dei-beni-artistici-illecitamente-sottratti-il-caso-repubblica-italiana-contro-boston-mfa/>.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Due Diligence in Art Law and  
Cultural Heritage Law**

**Deveres de diligência (due  
diligence) no Direito da Arte  
e de Proteção do Patrimônio  
Cultural**

Lisiane Feiten Wingert Ody

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# Due Diligence in Art Law and Cultural Heritage Law\*

## Deveres de diligência (due diligence) no Direito da Arte e de Proteção do Patrimônio Cultural

Lisiane Feiten Wingert Ody\*\*

### Abstract

The article examines the meaning and scope of ‘due diligence’ within the spheres of Art Law and Cultural Heritage Law, especially concerning authenticity and clean provenance, to determine what can legitimately be expected from the parties involved and thus avoid legal uncertainty *vis-à-vis* the burden of proof, and the suitability of indemnity and restitution claims. Regarding methodology, comparative methods are used to examine the legal institutes in different legal systems, induction and deduction to identify the legal sources, and the examination of case studies. The first part considers how the agreed quality of an artwork is established, particularly regarding the roles of those involved, and their responsibilities concerning due diligence in cases involving disputed authenticity, as well as the distribution of the burden of proof. Cases are analysed in which artworks or cultural goods are compromised due to the absence of clean provenance. The second part aims to systematize the due diligence requirements and expose the fundamental divergence between Common Law and Civil Law regarding the protection of the good faith possessor. An alternative solution to the costly scientific tests used as evidence to rescind sales agreements involving pieces with contested authenticity is proposed, as is the adoption of convergent understanding between the legal systems in cases of questionable provenance. The research is relevant because it impacts the formulation of public policy for the protection of cultural property and the art trade in general, while offering criteria for understanding the duties inherent to due diligence.

**Keywords:** Due diligence. Art Law. Cultural Heritage Law

### Resumo

O artigo examina o significado e alcance da ‘due diligence’ no âmbito do Direito da Arte e da Proteção do Patrimônio Cultural, especialmente quanto à verificação da autenticidade e da proveniência ‘free and clean’ de uma obra, a fim de determinar o que se pode legitimamente esperar dos envolvidos e assim evitar insegurança jurídica quanto à distribuição do ônus da prova, ao cabimento de indenizações e ao julgamento de pedidos de restituição. Os métodos utilizados na elaboração do texto foram, precipuamente, os de direito comparado no exame dos institutos em diferentes sistemas jurídicos, e os

\* Recebido em 11/08/2020  
Aprovado em 21/03/2021

\*\* Doutora em Direito e Mestre em Direito Privado, conta com especializações em Direito Ambiental, em Direito do Consumidor e em Processo Civil. Autora do livro “Direito e Arte”, escrito como pós-doutorado junto ao Instituto de Direito Estrangeiro, Internacional Privado e Econômico da Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha, onde foi, ainda, docente, experiência que resultou na obra “Einführung in das brasilianische Recht”, que introduz o direito brasileiro como direito estrangeiro ao público alemão e que foi publicado pela Editora C.H. Beck, Alemanha. É professora associada da Faculdade de Direito da UFRGS, docente permanente de seu programa de pós-graduação (PPGDir) e co-fundadora do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA-UFRGS-PUCRS).  
E-mail: lfwo@terra.com.br



métodos indutivo e dedutivo, na apreensão das fontes, além do estudo de casos. Na primeira parte do trabalho, examina-se como ocorre a prova da qualidade acordada da obra, para determinar as diligências cabíveis em casos de controvertida autenticidade. Na segunda, analisam-se casos de comprometimento da obra ou do bem cultural autênticos por ausência de proveniência limpa, buscando sistematizar os deveres de diligência nesse contexto, assim como expor a divergência fundamental entre *Common Law* e *Civil Law* quanto à proteção do possuidor de boa-fé. Propõe-se no trabalho a adoção de solução alternativa à dispendiosa comprovação científica para o desfazimento de negócio envolvendo peça de autenticidade controvertida, bem como a adoção de compreensão convergente entre esses sistemas jurídicos nos casos envolvendo defeito de proveniência. A pesquisa é relevante, por impactar significativamente na formulação de políticas públicas de proteção de bem cultural, bem como no tráfego comercial de obras de arte em geral, já que oferece critérios para a compreensão da *due diligence*.

**Palavras-chave:** Deveres de diligência. Direito da Arte. Proteção do patrimônio cultural.

## 1 Introduction

While being an institute that is typical of Common Law, due diligence is an issue that is constantly raised in cases involving Art Law<sup>1</sup> and Cultural Heritage Law<sup>2</sup>, which is why understanding its meaning is also of enormous relevance for Civil Law. Due diligence is understood to be “*the diligence reasonably expected from, and ordina-*

*rily exercised by, a person who seeks to satisfy a legal requirement or to discharge an obligation*”<sup>3</sup>, and failure to exercise it can lead to serious consequences.

The term ‘due diligence’ can be simply understood as *reasonably expected diligence*. In Law, however, its meaning and scope are far from simple, being closely related to Good Faith and Fairness. Within the scope of Art Law and Cultural Heritage Law, performing due diligence means studying, analysing and evaluating a piece and its past circumstances, in order to ensure its authenticity and clean provenance.

The art market moves huge sums of money, which attract not only connoisseurs and investors, but also forgers, fraudsters and other types of criminals<sup>4</sup>. For this reason, due diligence measures are required to prevent the circulation of false or stolen works, or to assist in the resolution of civil liability claims and claims for restitution resulting from failure to comply, in the case of the circulation of counterfeits or original works unduly removed from their dispossessed owners or in non-compliance with the cultural heritage protection law.

In the context of counterfeit works, the defect that would block or undo the transaction lies in the piece itself, which is inauthentic, while in the sale of original works of questionable provenance, the defect is in its past circumstances. However, in both cases, the defects can be overcome if those involved conduct due diligence investigations. That is why it is so important to define the scope of the duties that emanate from this concept and the distribution of the burden of proof in cases of conflict.

These considerations are applicable both to works of art in general, and to pieces considered cultural heritage. The term “art” is a relative legal concept that, according to the standards applied, can have different meanings. There is no legal concept of ‘work of art’ in

<sup>1</sup> Art law is a multidisciplinary scientific discipline, in which an object is studied using a complex set of lenses, namely public and private law, mainly constitutional law, Civil Law and copyright. On the sources of art law, see: MERRYMAN, John; ELSEN Albert. *Law, Ethics and the Visual Arts*. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2007; FEITEN WINGERT ODY, Lisiane. *Direito e Arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

<sup>2</sup> The term “cultural heritage” was introduced into UNESCO legislation in 1973. Cultural heritage law refers to the regulation and protection of culturally relevant sites and objects, and may include tangible and intangible goods, natural or otherwise. For more information, see: BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: OUP, 2015; CHECHI, Alessandro. *The settlement of international cultural heritage disputes*. Oxford: OUP, 2014; FRANCONI, Francesco; GORDLEY, James (ed.). *Enforcing International Cultural Heritage Law*. Oxford: OUP, 2013.

<sup>3</sup> *Black’s Law Dictionary*, under *Diligence*

<sup>4</sup> In Brazil, Ordinance No. 396/2016 of the National Historical and Artistic Heritage Institute (IPHAN), regulating Law No. 9,613/1998, which combats money laundering, established the parameters to be followed by dealers in works of art and antiques. In turn, article 9 of Law 9,613/1998 lists the professions required to report suspicious money laundering operations, namely those involved in the sale of jewellery, precious stones and metals, art objects and antiques. For more information, see: FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; VALE, Matheus Costa do; SILVA, Nathálya Lins da. Mercado de arte, integridade e due diligence no brasil e no mercosul cultural. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, ano 7, n. 14, p. 260-282, ago. 2019. p. 273.



Brazilian law, which can be understood as ‘free creative realization’, or ‘product of the artist’s activity’. On the other hand, a multi-faceted concept of a work of art is admitted, a position towards which German law also leans, since its particularly diverse nature and the constant expansion of its boundaries would prevent a single concept. In the scope of copyright, as a rule, an intellectual creation that attains a certain degree of creativity and originality can be protected as a work of art.<sup>5</sup>

Not being an ordinary commodity, nor having any application in everyday life, the value of a work of art transcends that of the materials used in its creation, especially when the piece reflects the history or identity of a country. Such cultural goods are works that bear witness to the past and the present, so their preservation for the future is a moral obligation of any civilized nation. However, the topic is controversial, as determining to whom the past belongs is not a simple task. The concept of an artwork as a cultural good is very broadly defined, including categories such as paintings and sculptures, archaeological pieces and even human remains. They can also be pieces that constitute collections in state museums or be items of national heritage and, therefore, being public property they cannot normally be sold<sup>6</sup>. Rational differentiation leads these goods to be distinguished and offered legal treatment that recognises these particularities<sup>7</sup>, thus providing for their proper protection<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> FEITEN WINGERT ODY, Lisiane. *Direito e Arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65-80.

<sup>6</sup> In Brazilian law, there is a formal concept of cultural property in article 216 of the Constitution, according to which “*goods of a material and immaterial nature, taken individually or together, that bear reference to the identity, to the action, to the memory of the different groups that form Brazilian society, constitute Brazilian cultural heritage*”. The set of cultural goods is denominated cultural heritage. The article goes on to detail the forms of expression included in the concept of cultural property; “*the ways of creating, making and living; scientific, artistic and technological creations; works, objects, documents, buildings and other spaces destined to artistic and cultural manifestations; urban complexes and sites of historical, scenic, artistic, archaeological, paleontological, ecological and scientific value*”.

<sup>7</sup> SIEHR, Kurt. Mystifizierung und Entmystifizierung von Kulturgütern und das Recht. *KUR*, v. 3/4, p. 87-109, 2011; SIEHR, Kurt. Globalization and national culture: recent trends toward a liberal exchange of cultural objects. *Vanderbilt Journal of transnational law*, Symposium International Legal dimensions of art and cultural property. p. 1067-1094.

<sup>8</sup> In Brazil, decree 80.978/77 promulgated the Convention on the protection of world, cultural and natural heritage. In Brazilian law, Decree-Law 25/37 divides cultural heritage into immaterial and material.

This article aims to examine the scope of due diligence requirements within the sphere of authenticity and provenance, in transactions involving works of art or cultural property. Specifically, it intends to demonstrate that: (i) mere uncertainty as to authorship should lead to cancellation of the sales agreement; (ii) the existence of databases of lost and stolen works urges increased due diligence requirements, which should lead national judges to rule in favour of the diligent party; and (iii) Common Law and Civil Law should converge in the legal treatment of cases of questionable provenance.

Ever since there have been works of art, there have been counterfeits. Estimates suggest a significant percentage of pieces on the art market are fake and only a small proportion is absolutely authentic.<sup>9</sup> Authenticity is difficult to verify because it is necessary to associate the origin of the work with a specific artist, school or century<sup>10</sup>. If a piece cannot be attributed to an artist based on a signature – the practice of signing artworks only started in the 14th century and has only become widespread since the 18th century - authenticity of authorship stems from the consensus established among art experts regarding the technical and historical characteristics related to the artist and their work. There is also the possibility of forgery involving information relevant to the work other than authorship<sup>11</sup>.

In this context, clarifying the due diligence require-

<sup>9</sup> <https://news.artnet.com/market/over-50-percent-of-art-is-fake-130821>

<sup>10</sup> The authorship of works of art may be determined in different ways, which may or may not indicate certainty of authorship. Expressions such as ‘*attribué à*’ or ‘*est probablement de*’ indicate doubt, for example. The reference ‘*atelier/studio de*’ means that the work is by an undetermined artist, coming from the place in question. In turn, ‘*cercle de*’ suggests a piece was elaborated by an artist with close relations with the referred painter, but not necessarily his disciple, which is usually indicated by ‘*école de*’. ‘*À la manière de*’ means the work is similar in style to the referred painter, but not contemporary, while ‘*après*’ indicates a copy. ‘*Signé*’ means there is a signature on the work, while ‘*daté*’ indicates the year of completion. For more information, see: WEBER, Marc. Caravaggio vor Gericht: Anmerkungen zum Urteil des Englischen High Court vom 16. Januar 2015. *Bulletin Kunst & Recht*, p. 99, 2016/2-2017/1. p. 99; WEBER-CAFLISCH, Olivier. *Faux et... défauts dans la vente d'objets d'art*. GENEVA: Librairie de l'Université, 1980. p. 30-31.

<sup>11</sup> Authors themselves can commit forgery by altering documents or dates so that it is believed pieces were created at an earlier date and thus appear more avant-garde, or to deceive a buyer by another means. See: SCHACK, Haimo. *Kunst und Recht: Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 26.

ments of those involved in the transaction is essential. That means understanding what can legitimately be expected from the owner of the piece, who places it on the market; the intermediary, who may be a private person, gallery or auction house; the specialists, such as appraisers, investigators and art experts; as well as the purchaser. This is particularly true in cases where the investigated piece is found to be a forgery, so that future losses can be avoided.

In the case of transactions involving original works of art, due diligence is part of another function, namely, that of verifying the clean provenance of the work. In most of the cases in which artworks or cultural goods have been sold illegally - whether because they had been looted or stolen before or during World War Two, or confiscated by the State, as occurred with the so-called 'degenerate art', or any other illegality, such as disregarding the rules regarding the protection of cultural heritage -, the pieces cross national boundaries, changing hands countless times and invariably remain separated from their dispossessed owners for lengthy periods time. When there is a claim for restitution, this may lead to the involvement of various jurisdictions, which may result in diametrically opposed rulings.

This is because, despite the international art market being well established, with rules designed to inhibit the illicit trafficking in artworks and, especially, those considered to be items of cultural heritage, it is *national laws* that regulate the matter and govern the restitution/return<sup>12</sup> of works, which results in a multiplicity of understandings.

The article is organised to reflect the examination of due diligence from the two above-mentioned perspectives. Thus, in the first part, due diligence is looked at in relation to the question of the authenticity of a work of art or cultural property, analysing how proof of the agreed quality of an artwork is established and the roles of the various specialists, as well as of the seller and the auction house. In this context, the distribution of the burden of proof is considered in the hypothesis of the delivery of a forgery. In the second part, the impairment to the artwork caused by the absence of clean provenance is examined, starting with a description of the set of measures of which due diligence is a part

<sup>12</sup> The term 'restitution' is avoided because it is important in the understanding that the possessor's possession of the item is illicit. Therefore, the neutral term 'return' is used.

in such cases. The need to document and record these measures is addressed, while an argument for the requirement of proof of good faith is put forward. An analysis of the fundamental divergence between Common Law and Civil Law in claims for the restitution or return of works closes the second part.

In considering these matters, the author has borrowed: mainly from comparative, functional, factual and contextualized law, when examining the institutes in different legal systems, especially the American and the German traditions, which are taken as paradigms of *Common Law* and *Civil Law*, respectively; and from inductive and deductive reasoning in identifying the legal sources, in addition to analysis of case studies, which is fundamental in the scope of art law and the protection of cultural heritage, in which there are multiple legal sources which not infrequently arrive at contradictory conclusions.

## 2 Due diligence and the authenticity of the artwork or cultural property

### 2.1 Demonstrating authenticity

Although it is the buyer who is most interested in the certainty of authenticity of an artwork, it is the seller, as a rule, who has more information and therefore is better able to prove the quality of a piece. Among the various Western legal systems, there is a common understanding that the contracting parties have a duty to behave in accordance with good faith, which, however, does not always occur. Furthermore, even under ideal conditions, the problem of authenticity cannot be considered purely from the perspective of the seller's or buyer's responsibility, because, as a rule, they rely on the assistance of intermediaries and professional specialists who examine and evaluate the work in scientific, economic, and legal terms.

#### 2.1.1 The role of the parties, intermediaries, appraisers and art experts

The authenticity of an artwork is verified based on scientific evidence, examination of provenance and appreciation by a *connoisseur*, who must be someone with

‘best in the field’ qualifications and experience to offer critical opinion regarding an artwork<sup>13</sup>.

The certification of authenticity has enormous significance, importing the attribution of authorship not only for the history of art and the definition of value<sup>14</sup>, but also for the verification of the legality of the sale or transfer of a piece, as well as any transport and insurance costs.

Among the duties that can legitimately be expected from those involved, the following can be mentioned: (i) authentication, substantiated by confirmation from as many experts as possible, whether independent professionals or linked to the artist’s foundation or Estate, that the work is authentic; (ii) a duly documented, detailed physical examination of the conditions of the piece (iii) verification the seller has good title and of relevant databases of lost and stolen artworks; (iv) the confirmation of legal compliance, in the sense of examining whether the work in question is considered a cultural good or whether its sale would imply violation of the law of any jurisdiction; and (v) consideration of previous sales and transfers in the evaluation.

Determining the authenticity, or otherwise, of an artwork requires a variety of skills and resources. The task is generally carried out by a number of specialist professionals who commonly work under rules of discretion and confidentiality, inherent in the negotiation of highly valued pieces, since sellers would rather not be suspected of ‘financial decadence’, and buyers prefer not to be exposed to the attention of criminals or the scrutiny of tax inspectors.

There are few such specialists with the authority to impute or attribute the authorship of an artwork<sup>15</sup>. As

Max Friedländer<sup>16</sup> rightly said, ‘*the [art] specialist creates<sup>17</sup> - or destroys<sup>18</sup> - values and therefore has considerable power*’.

Physical examination for authentication purposes is, as a rule, the responsibility of the art experts. One might think no one would be better at stipulating the authenticity of a work and its value than its creator. Nonetheless, it is neither recommended nor practical to designate the author an expert, because appreciating these aspects of a work can be an emotionally draining activity, requiring neutral judgment. That is why not even the artist’s family members are recommended for such evaluations, since their impartiality may be impaired. Art historians, appraisers, restorers and connoisseurs, among others, whether self-employed or linked to museums, auction houses or insurance companies, as long as they are active in the area they will evaluate, as well as art dealers and gallery owners, are the most recommended specialists.

Scientific examination, which is continuously evolving with the development of new technologies, includes the collection of materials, such as paint and fibre samples from the canvas, which are subjected to Raman spectroscopy, a photonic technique that quickly identifies organic or inorganic material. The analysis typically

---

Cian. Padova 2010, Band 2.

<sup>16</sup> FRIEDLÄNDER, Max. *Der Kunstkennner*. Berlin: Cassirer, 1919. p. 8.

<sup>17</sup> The specialist creates value, as in 1969, when *Rosenberg* published an article in the *Revue du Louvre* indicating the *Nicolas Poussin*’s authorship of a canvas hitherto attributed to *Carracci*’s disciple. In 1988, the picture was sold for more than 300,000 times the amount originally paid for it. For more information, see: SIEHR, Kurt. Irrtum in Kunsthandel. *Bulletin Kunst und Recht*, v. 1, p. 28-29, 2015.

<sup>18</sup> An example being, the notorious case from 1927 in which *Duveen* refused to refer to a replica of “*La belle Ferronnière*” presented by *Hahn* as being by Leonardo. Despite the weight of evidence being in his favour, the specialist reached an agreement in which he paid USD 60,000 to end the lawsuit filed against him by *Hahn*, when the *Kansas City Art Institute* desisted from acquiring the canvas after learning his opinion. The painting did not attract a buyer for many years, not even at an auction held by a respected house in 1985, and was finally sold only in 2010, when it was acquired for just over USD 1.5 million, at an auction conducted by Sotheby’s – probably having appreciated value due to the episode involving *Duveen*. Regarding the case, which is the American paradigm for *disparagement*, an action that protects the economic interests of a party harmed by false statements, analogous to the way *defamation* protects reputation, see: BRÜHL, Friederike (Gräfin) von. *Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem*. Der Anspruch auf Erteilung einer Expertise und auf Aufnahme in ein Werkverzeichnis. München: Carl Heymanns, 2008. p. 1-2; LERNER, Ralph; BRESLER Judith. *Art Law*: the guide for collectors, investors, dealers, and artists. 3. ed. New York: Practising Law Institute; 2005. p. 573.

---

<sup>13</sup> AMINEDDOLEH, Leila. Are you faux real? An examination of art forgery and the legal tools protecting art collectors, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 34, p. 72, 2016.

<sup>14</sup> For further information see: JAYME, Erik. Rechtsbegriffe und Kulturgeschichte. In: REICHEL, Gerte (org.). *Neues Recht zum Schutz von Kulturgut*: Internationaler Kulturgüterschutz. Wien: Manz, 1997. p. 11-27.

<sup>15</sup> BRÜHL, Friederike (Gräfin) von. Kunstexpertisen als Machtfaktor: die Position des Aussenstehenden. In: WELLER, Matthias (org.). *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz*. Tagungsband des Zweiten Heidelberger Kunstrechtstags am 5. und 6. September 2008. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 179; BRÜHL, Friederike (Gräfin) von. *Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem*. Der Anspruch auf Erteilung einer Expertise und auf Aufnahme in ein Werkverzeichnis. München: Carl Heymanns, 2008. p. 47; JAYME, Erik. „Mercato dei falsi“ e diritto civile con spunti di diritto internazionale privato. In: *Protezione della proprietà intellettuale e artistica*: studi in onore di Giorgio



also makes use of X-ray diffraction, which can reveal the existence of any painting hidden under the examined work. Scientific photography can reveal objects or living organisms that are only visible with the aid of the microscope (macro and microphotography). Discovered by Willard Libby, carbon-14 dating technique - applicable to wood, organic sediments, bones, shells or any material that has absorbed carbon, even if indirectly, such as through absorption by photosynthetic organisms, from the atmosphere – enables the quantity of this substance to be assessed in dead organic tissues, which decreases at a steady rate over time, thus serving to date samples that are up to about 50 thousand years old. Finally, thermoluminescence, that is, the luminescence produced in some materials when heated, can also be used in the dating process, while fingerprint analysis is also common. All of these resources are, in addition to being expensive, also known to counterfeiters, who are constantly seeking to develop ingenious ways to avoid the detection of their works by qualified specialists.<sup>19</sup>

The examination of provenance, the subject of the second part of this article, also contributes to the analysis of authenticity, as the specialist would seek to trace the chronological history of an artwork, based on documentation and historical records, from its creation to the present. Much of this research involves looking for images of the object in old family photographs or in newspaper reports. Ideally, provenance should be traceable from the artist to the owner, without gaps.<sup>20</sup>

The conclusions of *connoisseurs*, who have a detailed knowledge of the techniques and elements of a certain artist, finalise the evaluation. Their appreciation of the piece will be as good as their knowledge, which is why different specialists may occasionally disagree regarding the attribution of a work to a certain artist.

Appraisers, in turn, are professionals with above-average technical knowledge and practical experience, with the ability to prepare an assessment report, and prove its conclusions.<sup>21</sup> They must demonstrate reliability, impartiality and independence, which is why if they

have any employment relationship, they must disclose the fact so as not compromise their professional performance. They are usually certified, committing themselves to exercise the function of an appraiser personally, independently, in a meticulous, precise and impartial manner, while they may also assume duties of conservation and documentation.

In the art world, therefore, appraisers are distinct from experts. The latter may issue a judgment of authenticity based on their knowledge of an artist's work and style, while the former provides an estimation of the value. Their opinions are valued, especially those with better reputations, whose opinion usually has greater weight and without which some works would, in practice, be impossible to sell.

The responsibility of the specialists in general, in addition to being contractually limited, can be exempted by invoking scientific freedom, so in order the specialist to be considered liable for any error, one would have to demonstrate his/her fraudulent intent.<sup>22</sup>

### **2.1.2 The essential elements of due diligence: the distinction between the obligations of professional specialists and of dilettantes**

A case in German jurisprudence in which the item sold proved to be inauthentic sheds light on the essential forms of understanding of due diligence. In it, the purchaser of the oil painting signed *Campendonk*<sup>23</sup> and dated 1914, sued a renowned auction house, seeking compensation for having acquired a forgery.

The catalogue in which the picture, valued at €800,000-1,200,000, appeared, stated the piece had been on display at the *Flechtheim Gallery* in 1920 and

<sup>19</sup> AMINEDDOLEH, Leila. Are you faux real? An examination of art forgery and the legal tools protecting art collectors. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 34, p. 73, 2016

<sup>20</sup> AMINEDDOLEH, Leila. Are you faux real? An examination of art forgery and the legal tools protecting art collectors. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 34, p. 73, 2016.

<sup>21</sup> EBLING, Klaus; SCHULZE, Marcel. *Kunstrecht: Zivilrecht, Steuerrecht, Stiftungsrecht*. 2a ed. München: Beck: 2012. p. 243.

<sup>22</sup> Regarding the specialists working in auction houses, it must be considered that their opinion was hired by the auctioneer, who is responsible for their remuneration, through a service provision contract. In the light of this contract, the professional examines the work personally, evaluates the authenticity of any signature, offers historical and critical analysis of the work, in addition to carrying out scientific tests. The findings inform the conditions of the work and any limitations resulting from the means employed, and concludes with the indication of the amount of the fees. Due to the established contractual relationship, it should be noted that the specialist is accountable to the auctioneer, and liability may be contractually limited. See: SIEHR, Kurt. Haftung des Kunstexperten nach deutschem Recht. *KUR* v. 2, p. 48-56, 2013.

<sup>23</sup> *Heinrich Campendonk* was among the artists whose works the Nazis classified as degenerate, having emigrated to Holland in 1930 and many of his works are considered lost.

since then in the private collection of a French family, while omitting the name, *Werner-Jägers' collection*, at the request of the owner-seller Items 3 and 4, respectively, of the Auction Conditions stipulated, as is customary in these businesses, that the catalogue data is “*provided in good faith and according to their best knowledge, but without legally binding guarantees, not being part of the agreed quality of the artwork.*” and that, “*in the event of any deviation from the catalogue description, the value would be returned or reduced*”, while at the same time, the auction house would exercise its rights against the seller in order to reimburse the buyer. In the case of “*proven falsehood*”, restitution of the commission would be sought.

After the auction, the buyer contacted the auction house, which claimed: (i) that the painting had been presented by the then owner<sup>24</sup>, who had indicated it had been part of the *Werner-Jägers', her grandfather's Collection* (1912-1992); (ii) having already sold other works under the same conditions; (iii) an indication of authenticity being a note pasted on the back of the painting, with the inscription *Nr. 11, Heinrich Campendonk, Seeshaupt, Rotes Bild mit Pferden* - data that coincided with the 1920 exhibition catalogue, from the *Flechtheim Gallery* in Düsseldorf, although there was no image or description.

When contacted via letter and e-mail by an independent appraiser hired by the buyer, the auction house did not respond. The buyer decided to have the piece subjected to scientific analysis at the *Doerner-Institut* in Munich, which questioned its authenticity, as they found traces of rutile titanium oxide, a substance that only began to be explored industrially in the late 1930s. A similar conclusion was presented by another expert. In view of the weight of evidence, the buyer legally requested the rescission of the contract and the reimbursement of the amounts paid.

Undoubtedly, the auction house is responsible for checking the authenticity of the artwork it negotiates - which in the case in question was carried out by its own

employees. The controversy lies in determining what measures the auction house took and whether they were sufficient to release it from its responsibility in relation to the later confirmation that the piece was a forgery.

At the trial, the court concluded there had been intent to commit fraud on the part of the seller because, although it was not personally “said” that the painting had been exhibited in 1920 in Düsseldorf, she had led the buyer to believe it was true by presenting the painting with the attached *Flechtheim* adhesive note - a procedure that cannot even be confirmed as being a practice of this gallery at the time. The court also decided the auction house would be liable for fraud to a third party, because, **being professional**, it knew or should have known about the flaw, and verification of the provenance of the picture is a due diligence requirement of a prudent dealer and/or professional auctioneer who is remunerated via commission.

According to the court's ruling, the lack of objective information about the piece and the high estimated value suggested the need to subject the piece to scientific analysis and not merely historical examination - much less so, by the auction house's employees alone. Furthermore, it considered the inclusion of the artwork in the auction catalogue to constitute reinforcement of credibility and an indication of authenticity. For which reason, the assertion that “*they would not be responsible for the data*” was ineffective, since the terms of the sale, although general in nature, must be adequate and reasonable, and not harmful and disadvantageous to one of the parties. Finally, the court's conclusion was that, if the sellers are specialized<sup>25</sup>, they are responsible for authenticating the work, because it is their due diligence requirement to investigate the authenticity and provenance of the items that appear in their catalogues.

From the case, it can be inferred that the responsibilities understood as due diligence vary, considering: (i)

<sup>24</sup> The case became particularly famous because the forger, the husband of the supposed ‘heiress’ of the canvas, is *Wolfgang Beltracchi*, who has since been recognized as the greatest forger of paintings since World War II, who is thought to have profited around 50 million euros in sales to auction houses under conditions similar to this case. On the counterfeiter and the consequences of counterfeiting, see: KEAZOR, Henry (org.). *Der Fall Beltracchi und die Folgen: interdisziplinäre Fälschungsforschung heute*. Berlin [u.a.]: De Gruyter, 2014. In the area of entertainment, there is a Netflix documentary of his biography: “*Beltracchi: The Art of Forgery*” (dt. “*Beltracchi – Die Kunst der Fälschung*”), film directed by *Arne Birkenstock*.

<sup>25</sup> A case with a convergent understanding, exonerating dilettantes from the same understanding regarding due diligence, is that involving the contested authorship of the painting *Heiliger Paulus*, considered to be the creation of the Italian painter *Giovanni Francesco Barlieri*, also known as *Guercino* (OLG Hamm, 14.03.1995, 7 U 163/94, NJW 1995, 2640). In it, the court concluded that the fact that an appraiser was mistaken as to the origin of unsigned canvas does not constitute an error to cause annulment, in the hypothesis of private sale and non-specialist seller, highlighting that the sale was not conditioned to the authorship of the piece. For more information, see: JAYME, Erik. *Original und Fälschung im Spannungsfeld von Persönlichkeitsschutz, Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht*. Wien: Manzsche, 2007. p. 24.

whether or not those involved are professionals; and (ii) their set of conducts, which includes not only commissive acts, but omissions.

## 2.2 Inauthentic work

Under American law, the scandal involving *Knoedler*, a prestigious NY gallery, provides some relevant insights into due diligence and the distribution of the burden of proof.

### 2.2.1 Burden of proof

The company first started trading in 1846, but its doors closed in 2011, when it became known that its director had been dumping counterfeits on the market, especially Robert Motherwell, Jackson Pollock and Mark Rothko, produced by the Chinese forger *Pei-Shen Quian*. Due to the size of the company, the customers and the values involved, the trials, with allegations of intentional sale of inauthentic works to unsuspected buyers involving millions in profits, attracted considerable public attention and revealed the extraordinary work of *James Martin*, who established the first private laboratory specialized in the expert investigation of works of art in the United States<sup>26</sup>.

The episode began in 1994, when the art dealer *Glafira Rosales* met with *Ann Freedman*, president and director of the *Knoedler Gallery*, and claimed to have a Mexican client who wished to anonymously sell her collection of abstract expressionist works. Over the following years, *Rosales* delivered dozens of alleged 'masterpieces' to the *Knoedler Gallery*, that resold them to its customers. The pieces, however, were forgeries.

With the purpose of affirming authenticity and provenance, *Rosales* reportedly told *Freedman* that as a child she had met a Jewish couple who emigrated from Europe to Mexico, and on visits to the USA in the 1940s and 1970s, the husband, guided by the artist *Alfonso Ossorio*, had bought a series of paintings directly from American artists, which were now being sold by the couple's children.

<sup>26</sup> His company, *Orion Analytical*, well recognised among restoration services, museums, the FBI, collectors, law firms and insurance companies, was recently acquired by *Sotheby's* for the purpose of integrating the authentication service into the auction house, with him becoming its Vice President and Director of scientific research.

In the context of due diligence, the fact remains that (i) members of the artist *Richard Diebenkorn's* family warned the director that at least two of the five works allegedly by the painter that *Rosales* had provided appeared not to be authentic, while also expressing concern about the lack of documentation for one of the paintings - which the family considered highly suspect, since meticulous records of the artist's works had been kept; (ii) the works were offered at well below market prices; (iii) *Freedman* did not ask about *Rosales's* background; (iv) in the sale, subject to a favourable review of the provenance and authenticity by the International Foundation for Art Research (IFAR), of a piece allegedly by *Jackson Pollock* to the collector *Jack Levy*, *Freedman* included *Ossorio's* name in the references on provenance, ignoring a report that had rejected the information and observed that there were "disturbing" differences" regarding the materials used; (v) in the light of the IFAR report, *Freedman* had discovered that *David Herbert*, who had connections with the *Knoedler Gallery*, and not *Ossorio*, had been the seller's 'advisor' - information that *Freeman*, however, kept confidential; (vi) in one of the works negotiated by *Freedman* and *Rosales* even the artist's signature was spelled incorrectly, "*Pollock*" instead of *Pollock*, which also went unnoticed by *Knoedler*.

There were also other indications of fraud: the collector couple *Domenico* and *Eleanore De Sole* acquired paintings supposedly by *Mark Rothko*, upon bring guaranteed of its authenticity, whereby the director reiterated the provenance and claimed the canvases had been examined by *David Anfam*, a specialist in the painter, which was untrue. *Knoedler* also sold an alleged work by *Pollock* provided by *Rosales* to collector *Pierre Lagrange* for US\$15.3 million, claiming the work was genuine and had been considered authentic by countless *Pollock* specialists, which was not the case. The *Dedalus Foundation, Inc.*, responsible for *Robert Motherwell's* catalogue raisonné, informed *Freedman* that seven alleged works by the artist provided by *Rosales* to *Knoedler* were forgeries, which was confirmed in court by the expert *James Martin*.

Many of the resulting cases have been resolved in out of court agreements; others remain pending. The case of *De Soles v. Knoedler*<sup>27</sup> sheds some light on the question of due diligence, because in it the court ruled that the *De Soles* offered ample evidence to demonstra-

<sup>27</sup> *De Sole v. Knoedler Gallery, LLC*, 974 F. Supp. 2d 274 (S.D.N.Y. 2013).



te that *Freedman* acted with intent, knowing that *Rosales'* paintings were inauthentic, for example: (i) 'fabricated' stories of provenance, that changed dramatically over time; (ii) *Freedman* did not question *Rosales'* willingness to repeatedly sell alleged "masterpieces" for a fraction of their market value; (iii) when these transactions first began, members of the *Diebenkorn* family had expressed their concerns to the director, questioning the lack of documentation of the paintings, which she failed to investigate; (iv) nor did the October 2003 IFAR report, which rejected the fictional provenance tale about *Ossorio* and raised serious concerns about the authenticity of the *Pollock* sold to *Jack Levy*, prompt her to investigate, rather she chose to conceal those facts.

To reinforce the interpretation that *Freedman* had acted in bad faith, it was pointed out that she should have called their attention to *Rosales'* inconsistent conduct in (i) neither sharing significant information about the paintings and in refusing to sign a declaration that the pieces were authentic; and (ii) nor disclosing the size and scope of the supposed Jewish collector's collection, as the ensemble "grew" over time to include more than thirty "undiscovered masterpieces." The court also found that *Freedman* "exaggerated" about the involvement of specialists who had supposedly given their opinion on *Rosales'* paintings, as the professionals testified they were never asked to authenticate the works and that made no statement regarding authenticity, contrary to what the director led her clients to believe, adding, that *Freedman* used the fact that she owned some of *Rosales'* paintings as a way to promote the sale of others.

Regarding good faith and the protection of trust, the court ruled that an experienced collector cannot claim to have purchased an item on the basis of false statements if he did not make use of the available means of verification - an understanding that clearly imputes due diligence requirements to the buyer as well. The court acknowledged, however, that in the specific case the *De Sole's*, the couple asked additional questions, requesting, out of caution, and receiving a letter from *Freedman*, in which she confirmed information about the *Rothko* piece, including authenticity and provenance, which would require from the buyers "extraordinary effort or great difficulty" to discover that it was a forgery.

It can be concluded from the examination of the case that, in view of the particular difficulty of proof inherent in works of art, this market imposes due dili-

gence requirements on all those involved, not placing the burden of proof specifically and exclusively on any party.

## 2.2.2 Prohibiting the exhibition of artworks of disputed authenticity as an alternative to rescinding the sales agreement.

The sales agreement is rescinded if a forgery is delivered in the place of an authentic artwork. To cover this hypothesis, it is common to include a liability exclusion clause in the sales agreement.

Therefore, first of all, it should be noted whether the authenticity of the artwork has been expressly certified<sup>28</sup> or if it follows from the general rules of interpretation, such as the presentation of a certificate, and if the guarantee was not excluded due to a valid contractual provision. Thus, if the artwork is not expressly authenticated, it is considered free from defect if it is in accordance with the purpose or destination foreseen in the contract, which occurs, for example, in the purchase of original painting for inclusion in an art collection. In such cases, in the event of a defect, that is, if it is a forgery, the buyer may demand not only that the sale be rescinded but also occasionally, indemnity.<sup>29</sup>

Cases where there is disagreement between *connoisseurs* are particularly complex, because, although there may be no proof of authenticity, there may also be no demonstration that piece is a forgery. Such a case involved the widow of the restorer *Giannino Marchig* and the auction house Christie's<sup>30</sup>, in which the authorship of a drawing on vellum paper, known as *La Bella Principessa*, was a cause of controversy. The story begins with *Jeanne Marchig* delivering the drawing to *Christie's*, and

<sup>28</sup> Regarding the concept of authenticity in Civil Law, see: BRÜHL, Friederike (Gräfin) von. Der Begriff der Echtheit von Kunstwerken im Zivil- und Strafrecht. In: ODENDAHL, Kerstin; WEBER, Peter (org.). *Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht*. Festschrift für Kurt Siehr zum 75. Geburtstag aus dem Kreise des Doktoranden- und Habilitandenseminars „Kunst und Recht“. Baden-Baden: Nomos, 2010. p. 303-313.

<sup>29</sup> In Brazilian law, the delivery of a defective item is dealt with in Article 441 CC, according to which the item received by virtue of a commutative contract or onerous donation can be rejected due to hidden vices or defects, which make it unfit for the intended use, or decrease its value. The matter is dealt with in German law as from § 434 BGB.

<sup>30</sup> AMINEDDOLEH, Leila. Are you faux real? An examination of art forgery and the legal tools protecting art collectors. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 34, p. 86, 2016.

stating that her late husband believed it to be the original work of the Italian Renaissance – a statement with which, however, the auction house expert did not agree. The painting was auctioned in 1998 as a “19th century, German” work. The bidder paid \$ 21,850, and sold the work in 2007 to Peter Silverman for \$ 22,000. The new buyer, however, suspected the work was by *Da Vinci*, which is why he referred it to a specialist for testing and dating. With the findings, some experts supported the attribution to *Da Vinci*, including Martin Kemp<sup>31</sup> and Nicholas Turner, specialists in the artist, which led to the drawing being valued at more than US\$ 150 million!

In 2009, when informed by Christie’s of the fact, *Marchig* warned the company that she considered it responsible for the erroneous attribution, and subsequently sued the auction house. However, the case was closed due to the statute of limitations. Moreover, even if that were not the case, it would not have been possible to imply negligence on the part of Christie’s due to the dating error, since the technology subsequently used did not exist at the time the house received the piece.

Furthermore, doubts remain regarding its authorship today, although analysis indicates the same fingerprints present in other works by *Leonardo Da Vinci* are found in *La Bella Principessa*<sup>32</sup>. The provenance of the piece is curious, as there is no record of it, not even in Vasari’s biography. It turns out, however, that the drawing was ‘hidden’ in an unlikely place, in the National Library of Poland in Warsaw. A probable explanation for the fact is that Leonardo was commissioned by *Galeazzo Sforza*, whose granddaughter, *Bona*, married *Sigismund I* of Poland, in 1517 - when he would have taken the work with him<sup>33</sup>.

Another interesting example of a lack of consensus is the intriguing controversy surrounding the “Red, Black, and Silver” painting, in which renowned experts differ as to *Pollock’s* authorship. A recent expert analysis identified polar bear fur in a layer of paint - a fact that for some would reinforce the artist’s authorship, because

in his studio there was a rug made of that animal’s skin. However, uncertainty prevails, because other experts believe the presence of the fur would not necessarily mean that it was made by his hands<sup>34</sup>.

As can be seen, the main issue involving inauthentic artworks is the burden of proof: a buyer who wants to rescind the sales agreement due to forgery needs to prove it. As demonstrated, while scientific means of examining an artwork exist, confirming authorship is a very complex issue, as the cases of the *La Bella Principessa* and *Red, Black, and Silver* reveal.

That said, in cases of an impasse regarding authentication, an alternative basis for rescinding the sales agreement should be admitted. The affected buyer, who is surprised by **justified** suspicion, could claim a hidden defect in the piece, which is therefore unsuitable for use<sup>35</sup>, since the right to exhibit is understood to be a natural use of works of art. In fact, the inaptitude for exhibition, due to controversial authenticity, would be sufficient *per se* to rescind the sales agreement.

This solution satisfies the particular features of the market, since confirming authenticity is not an exact science, as divergence of opinion or mistakes by the appraisers are perfectly feasible occurrences. However, the point is that when appraisers make mistakes, they suffer indirect consequences to their reputations, while the auction house or the buyer suffer direct economic effects from such mistakes<sup>36</sup>.

The lack of transparency in the art market is a weakness of the art market that cannot be ignored: the buyer is unaware of who offers the object to the market and, thus, is also oblivious of the circumstances surrounding them. While French law offers greater protection to the buyer, providing guarantees regarding the information contained in the catalogue<sup>37</sup>, other legal systems expressly allow their exclusion. Under Brazilian law, which

<sup>31</sup> KEMP, Martin; COTTE, Pascal. *La Bella Principessa: The Story of the New Masterpiece by Leonardo da Vinci*. London: Hodder & Stoughton, 2010.

<sup>32</sup> *Thomas Hoving e Carmen Bambach*, entre outros. Sobre a polêmica, leia-se: <https://www.newyorker.com/magazine/2010/07/12/the-mark-of-a-masterpiece>

<sup>33</sup> Regarding how the drawing might have come to the *Sforziada* of Warsaw, a book that exalts the achievements of *Duke Francesco Sforza*, see: [http://www.lumiere-technology.com//news/Study\\_Bella\\_Principessa\\_and\\_Warsaw\\_Sforziad.pdf](http://www.lumiere-technology.com//news/Study_Bella_Principessa_and_Warsaw_Sforziad.pdf)

<sup>34</sup> <https://www.nytimes.com/2013/11/25/arts/design/a-real-pollock-on-this-art-and-science-collide.html>

<sup>35</sup> JAYME, Erik. *Original und Fälschung im Spannungsfeld von Persönlichkeitsschutz, Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht*. Wien: Manzschke, 2007. p. 36-37.

<sup>36</sup> JAYME, Erik. Pflichten und Obliegenheiten im Kunstauktionswesen: Einlieferer, Experte, Auktionshaus, Ersteigerer – einige Fallstudien. In: WELLER, Mathias; KEMLE, Nicolai; DREIER, Thomas (org.). *Kunsthandel - Kunstvertrieb*. Tagungsband des Fünften Heidelberger Kunstrechtstags am 7. und 8. Oktober 2011. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 40.

<sup>37</sup> See Decree 81-255, of March 3rd, 1981, which aims to suppress fraud in transactions involving works of art and collectibles.

admits culpable civil liability (Article 927 Civil Code), it would be possible to bring an action for damages against the art expert or appraiser, even if the seller's liability was contractually excluded<sup>38</sup>. However, in addition to the foreseeable difficulties of proof, given the limited universe in which such professionals work, in the event of a possible conviction, it is unlikely that the defendant would have the same creditworthiness as a large auction house.

Therefore, if there is uncertainty as to authorship and authenticity, because the existing steps fail to provide unequivocal proof, the equitable solution should be to rescind the sales agreement, due to the objective impossibility of the piece satisfactorily serving its purpose, which, in the case of artwork, is its exhibition.

### 3 Provenance of the artwork or cultural property and due diligence

#### 3.1 Demonstrating *clean* provenance

The term provenance originates from the Latin '*provenire*', simply translatable as '*from where it comes*' and generally indicates the origin of a person or thing. It has a particular meaning in terms of the origin of works of art and cultural goods, in which the term 'provenance research' is consolidated.

When investigating the provenance of an artwork, researchers examine the existing records, including sales receipts, catalogue publications and any other historical evidence indicating the who has owned the work and where it has been kept.

The complexity lies in the lack of consensus regarding to what extent such research satisfies the requirements of due diligence, that is, which databases should be consulted, which documents are admitted or how gaps in information should be filled, for example. Furthermore, there is also no agreement about how such information should be presented who is responsible for the disclosing it<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Even if it is a gallery, the Consumer Protection Code would be inapplicable, because a work of art is not considered a product or service.

<sup>39</sup> PHELAN, Marilyn E. Scope of Due Diligence Investigation in Obtaining Title to Valuable Artwork. *Seattle University Law Review*, v.

#### 3.1.1 Extent and scope of due diligence requirements: consulting historians, appraisers, databases, museums, catalogue raisonné etc.

In German jurisprudence, the *Carracci*<sup>40</sup> case illustrates the uncertainty regarding due diligence in relation to provenance, offering insights into the scope of the guarantees and the extent of the seller's obligations while raising profound questions regarding the provenance of artworks and how cases involving pieces lost or looted during the Nazi regime should be examined. In this particular case, *Richard L. Feigen*, a prominent NY art dealer, sued the *Lempertz* auction house, from Cologne, to obtain compensation in virtue of the acquisition of the painting by *Ludovico Carracci*, '*Der Heilige Hieronymus mit dem Löwen und zwei Engeln*'<sup>41</sup>.

Prior to the auction, *Feigen* had consulted *Lempertz* on the provenance of the work, having been informed there was no doubt with respect to its legitimacy and forwarded a facsimile of the following content "*Die Provenienz des Gemäldes ist, clean. Wir verkauften es 1937 (Die Bestände der Galerie Stern, Düsseldorf) an einen Sammler im Rheinland.*"<sup>42</sup> The future winning bidder also required that the "*Art Loss Register*"<sup>43</sup> be consulted and to ensure there was no suspicion of theft, confiscation or even forced sale of the work - which was carried, *Feigen* having purchased the painting for about 100,000 DM.

On April 22, 2009, the *New York Times* published an article on the restitution of the painting '*Portrait eines Sackpfeifenspielers*' (1632), painted by an unknown Dutch master, which had been sold in Dusseldorf in 1937, at the same auction as the recently purchased painting, and which had also belonged to the owner and collec-

23, p. 688, 2000.

<sup>40</sup> OLG Köln, 8.7.2016.

<sup>41</sup> <http://www.artnet.com/artists/ludovico-carracci/der-heilige-hieronymus-mit-dem-l%C3%B6wen-und-zwei-dMBzuy0B-2zRtjzE4dHCPg2>

<sup>42</sup> According to the author's own free translation, the auction house claimed "...the provenance of the painting is 'clean'. We sold it in 1937, coming from the collection of the Stern gallery in Düsseldorf, to a collector from the Rheinland."

<sup>43</sup> Since 1976, the International Foundation for Art Research (IFAR), has gathered information on stolen/confiscated art. In 1991 the *Art Loss Register* (ALR) was founded by IFAR, Sotheby's, Christie's, Phillips and various insurance companies and art dealers. It is based in London, but there are offices in New York, Cologne, Moscow, New Delhi and Amsterdam. Currently, hundreds of thousands of works are registered. For more information, see: <http://www.artloss.com/>



tor *Max Stern* (1904-1987). *Feigen* then consulted the *Art Loss Register* and found that, since 2004, the painting he had just acquired had been listed as being stolen by the Nazi regime, and was part of the “*Max Stern Restitution*” project at the University of Montreal, that had started in 2002, with the aim of gathering together the works of this art dealer, who emigrated from Germany in 1937, through Britain, to Canada.

After this contact, American authorities sought out *Feigen*, and submitted a request for the restitution of the work, to which he acquiesced. Then, he immediately sought damages from the auction house, demanding € 300,000, corresponding to the estimated value of the painting. However, the court’s decision was unfavourable to him. Although it was confirmed that the work had belonged to *Max Stern*, it was found it had been sold voluntarily in 1937, for 4,320 *Reichsmark*, which were paid in full. The appeal court, in turn, confirmed this ruling, understanding that *Feigen* was the legitimate owner of the painting and that there was no ‘defect’ of provenance in this property neither under German law, nor under American law, which is why there was no reason why *Feigen* should have returned the painting to the family of the deceased gallery owner. The court concluded, therefore, that having done so, it was of his own free will.

The court ruled that the provenance did not constitute a hypothesis of legal defect, that it would only do so if the ownership, possession or unlimited use of the purchased object were impaired by a third party based on private or public law. Essential to the interpretation was the fact that the dealer had put up the work for sale at auction and received payment, and had not sought to recover it after the war, as he had done with the pieces subsequently taken by the *Gestapo*.

Although the court ruling clearly applies the law and does not lack adequate legal grounds, there is no ignoring the fact the work was sold amid the period of persecution of Jews by the National Socialist regime. It is, therefore, reasonable to believe, considering the flight, that the sold the painting because he was under pressure, seeking to gather the resources to save his life. Given this context, examining the case from *Feigen’s* perspective, he could never have refused the request for restitution, without definitively sacrificing his reputation in the North American market. The moral and social pressures for restitution would be so strong that he would

have been unable to trade any other pieces.

The case does not deal with an isolated fact, which is why the court should have reached a different solution, notably because it was expressly agreed that the provenance of the work was ‘clean’. As this was not confirmed, with the use/destination of the painting being compromised, which could no longer be exhibited and disposed of freely, the court should have ruled that due to the work’s questionable provenance, the *marchand* should have been awarded indemnity.

To overcome the problems resulting from the vague parameters of the provenance investigation, one could draw an analogy with the steps taken when acquiring real estate. As any young scholar, whether of Civil Law or Common Law, knows, this requires establishing a protocol of examination of the provenance that satisfies the understanding of due diligence.

Considering the large number and importance of the artworks that have been removed from their owners, an investigation of provenance must begin in *Commercial Stolen Art Databases*, such as: (i) *Artive*<sup>44</sup>, which is a private database of stolen, lost, looted and disputed, art works, antiques and items of cultural heritage that is maintained by *Art Recovery International*; (ii) *Salvo*<sup>45</sup>, which keeps information on items of salvaged architecture and antiques, such as doors, fireplaces, garden furniture and statues; (iii) *Report My Loss*<sup>46</sup>, a system accredited by the British Police to register online losses of art work, available in the US and UK; and (iv) *The Art Loss Register (ALR)*<sup>47</sup>, established in 1991, based in London and NY, which offers a permanent database of stolen art, with images, and which facilitates identification of the piece<sup>48</sup>.

In addition, non-commercial databases of stolen cultural property should be consulted, such as: (i) *The Central Registry of Information on Looted Cultural Property 1933-1945*<sup>49</sup>, which gathers information on more than

<sup>44</sup> <https://www.artive.org/database/>

<sup>45</sup> <https://www.salvoweb.com/stolen>

<sup>46</sup> <https://www.reportmyloss.com/uk>

<sup>47</sup> <http://www.artloss.com>

<sup>48</sup> Its shareholders include major auction houses, such as Sotheby’s, Christie’s, Phillips and Bonhams, as well as several commercial organizations, such as the International Confederation of Art Dealers (CINOA), the Society of London Art Dealers (SLAD), the British Association de Antiquarians (BADA) and the Society of Auctioneers of Fine Arts (SOFAA). In addition, 193 insurance companies in Europe, North America, Australia and New Zealand have signed the ALR.

<sup>49</sup> <https://www.lootedart.com/>

25,000 missing pieces of looted cultural heritage in more than 15 countries; (ii) The Lost Art Internet Database<sup>50</sup>, a German database, which contains information on cultural assets that disappeared as a result of Nazi persecution or that were removed and relocated, stored, seized or looted from their owners as a direct consequence of World War II, as well as pieces that, due to gaps in their provenance, such possibilities cannot be discarded; and (iii) INTERPOL Stolen Art Database<sup>51</sup>, which stores data on objects that have been officially registered as stolen by member states.

In addition to consulting these databases, it is advisable to consult the *catalogue raisonné*, which is a registry/directory of works of art that have been attributed to authors based on scientific evidence<sup>52</sup>.

Certainly among the requirements of due diligence would be that of informing and consulting places where the piece is likely to emerge in the legal market, such as galleries and auction houses. Likewise, experts in a particular artist, as well as the artist's foundations or *Estates* must be informed of the removal of the work and consulted before a piece is purchased.

Museums, in particular, are subject to the ICOM Code of Ethics, which requires all managers and curators of heritage collections to be fully familiar with the requirements of international conventions, stipulating that: (i) an object or sample should be acquired by purchase, loan, 'gift', *donatio causa mortis* or exchange, unless the museum is certain its title is valid, remembering that proof of legal ownership from one country does not necessarily constitute a valid title; (ii) every effort must be made prior to the acquisition to ensure that the object was not obtained illegally, exported from its country of origin or from any intermediate country where it may have legally belonged to another person. The establishment the complete history of the object since its discovery or production is understood to be a requirement of due diligence; (iii) an object should be acquired if there is any reasonable suspicion regarding its re-

covery from unauthorized or unscientific fieldwork, or the intentional destruction or damage to monuments, archaeological or geological sites or species and natural habitats, or if there is any failure to disclose its discovery to the land owner or occupier, or to the appropriate legal or government authorities; and (iv) they must refrain from buying or acquiring cultural objects from an occupied territory, fully respecting all laws and conventions that regulate the import, export and transfer of cultural or natural materials.

Furthermore, it is recommended to contact professional specialists, such as collectors, dealers, restorers, insurance agents and journalists in the world of the arts.

Finally, such due diligence requirements must be extended to the State, so that sellers and buyers check legal compliance, in order to avoid the trade in pieces that do not comply with the regulations regarding the protection of cultural heritage.

In theory, everyone is interested in protecting works of art threatened with destruction, which is why the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 1954 and the Second Protocol of 1999 refer to 'world's cultural heritage', that is universal heritage, rather than just national heritage - which, however, does not guarantee the integrity of those goods that are important to all humanity, as was seen from the attacks by the Taliban on pieces in museums in Kabul and on the *Bamiyan Buddhas*, considered heretical by the fundamentalists, and similarly by Islamic State on the Roman ruins of Palmira in Syria. On the other hand, reaching an international understanding to protect cultural goods and avoid their illegal export can be even more difficult in peacetime, since countries with more resources want to invest in art and those less favoured want to keep their works in their respective territories. The free negotiation of works of art, driven by the law of supply and demand, allowed European museums in the 19th century and American museums in the 20th century to form diverse collections, enriched with works from countless countries.

Without forgetting the European Union directives dealing with the issue, the 1970 UNESCO Convention on the means of prohibiting and preventing the illegal import, export and transfer of cultural property, signed by 115 countries. Its signatories have taken steps to enforce its fundamental precepts, namely: (i) archaeological discoveries are the property of the State; (ii) cultural

<sup>50</sup> <http://www.lostart.de/Webs/EN/Datenbank/Index.html>

<sup>51</sup> <https://www.interpol.int/Crimes/Cultural-heritage-crime/Stolen-Works-of-Art-Database>

<sup>52</sup> In the well-known case *DeWeerth v. Baldinger*, examined below, *Dorothea DeWeerth* had her request for the restitution of a painting removed in 1945 dismissed because the court found she had failed to perform due diligence, as she could have located the painting if she had simply consulted Monet's *catalogue raisonné*, which had included the work since 1957.

goods deemed to be of special significance to cultural heritage will be considered *res extra commercium*, and (iii) the export of cultural goods of special significance to cultural heritage is prohibited or requires specific authorization.

Despite the fact that, in theory, all these precautions can be systematized as due diligence in relation to provenance, widespread practices in the art market, in which anonymity and secrecy are acceptable, lead to other complications. In addition, mistakes are common, especially when it comes to works of less significant value, and to make matters worse, it is easy to “create” provenance.

For all these reasons, the due diligence criteria cannot be fixed: the prosperity/wealth of those involved, the availability of resources, access to information and sophistication in the art world are variable. For this reason, due diligence must follow flexible, rather than mechanical, parameters: in the words of *Holmes*, what is usually done may be evidence of what should be done, but what must be done is set according to a reasonable standard of prudence, whether it is generally carried out or not.<sup>53</sup>

### **3.1.2 Registering compliance with due diligence and the question of proof of good faith**

One of the issues on which Common Law and Civil Law differ substantially is that the former rejects the idea that legitimate possession can result from illegitimate possession, while the latter admits the protection of a good faith possessor – which is generally assumed.

In Common Law the understanding one cannot offer more than one has (lt. *Nemo plus iuris transfer potest quam ipse habet*) prevails, while Civil Law generally admits that the buyer may be acting in accordance with good faith, even if the possession was transferred to the buyer by someone who acted in bad faith.

These diametrically opposed understandings are reflected in the distribution of the burden of proof in relation to due diligence, as well as in the legal grounds

<sup>53</sup> Literally: “What usually is done may be evidence of what ought to be done, but what ought to be done is fixed by a standard of reasonable prudence, whether it is usually complied with or not.” *Holmes* *apud* PHELAN, Marilyn E. Scope of Due Diligence Investigation in Obtaining Title to Valuable Artwork. *Seattle University Law Review*, v. 23, p. 692, 2000.

underpinning rulings in cases of requests for the return of artworks or cultural goods of questionable provenance, which is a particularly sensitive issue. For this reason, especially in view of the fact that art works may circulate illegally within the scope of the two systems, registering the due diligence as a means of proving the good faith of a third party acquirer is highly recommended.

Although occasionally distant in terms of some aspects of their formation, continental Civil Law and Common Law share a common source in their understanding due diligence. For the former, it is an emanation of good faith, while for the latter it is the construction of Equity. In both cases, however, the purpose is to protect trust, which is why even in Common Law, in which good faith does not, as a rule, lead to the acquisition of the property by the possessor, **it can lead to their compensation, in the event losing the stolen property to the rightful owner.**<sup>54</sup> In addition, proof of compliance with due diligence can, for example, dispel any suspicion of participation in criminal activities, such as money laundering, the financing of terrorism and looting of archaeological pieces in war zones, which are regrettably associated with the art market.

On the other hand, the existence of database with registers of lost and stolen artworks induces an increased obligation for due diligence in relation to provenance, allowing judges to adopt **interpretations favouring the “diligent party”** at the national level, **regardless of whether it is the dispossessed owner or possessor - which does not offend the essence of either of these legal systems, which have similar institutes, as discussed below.**

Since the effects that may result from conducting the due diligence are significant, there is nothing more natural than that their compliance be documented. In addition to records of database consultations and contacts with the aforementioned authorities, measures of due diligence include checking the form of payment, to ensure the money has been transferred by a recognized institution and not via offshore havens, and exhaustively checking receipts and contracts etc. to rule out any forgery, even if not apparent/evident. An example worth following is that of France, whose Bar Association ad-

<sup>54</sup> GIROUD, Sandrine; BOUDRY, Charles. Art lawyers’ due diligence obligations: a difficult equilibrium between law and ethics. *International Journal of Cultural Property*, p. 404, 2015.



vocates a high standard of due diligence, not limited to guiding professionals to question their clients and protect confidentiality, but recommending that they gather evidence to support their responses<sup>55</sup>, in order to avoid becoming involved as accomplices in criminal activity.

### 3.2 Questionable Provenance: return or restitution of works

#### 3.2.1 Fundamental divergence between Common Law and Civil Law

There are many precautions to be taken, especially considering the myriad rules regulating the issue. In this context of legislative plurality, there has been an attempt to minimize legal insecurity, at least in the sphere of cultural property, which is an ostensible interest of States, through the 1995 UNIDROIT Convention on stolen or illegally exported cultural goods. The convention establishes rules to facilitate legal harmonization on the subject, including the extent of the requirements of due diligence and the distribution of the burden of proof. It simply states that “*the possessor of a cultural object which has been stolen shall return it*”<sup>56</sup>; and that “*the possessor of a stolen cultural object required to return it shall be entitled, at the time of its restitution, to payment of fair and reasonable compensation provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen and can prove that it exercised due diligence when acquiring the object*”<sup>57</sup>. The convention provides that consultations with national and international databases dedicated to the protection of cultural assets can be used as proof of due diligence. Furthermore, in articles 5 and 6, which governs the hypothesis of exporting cultural goods in violation of national export restrictions, it also attributes to the possessor the burden proving he did not know and could not reasonably know, at the time of acquisition, that the object had been illegally exported - which applies even if the goods are received as an inheritance or gift.

Nonetheless, the convention has limited effectiveness because countries that play a leading role in the market, such as the USA, UK, France and Switzerland,

have refused to ratify it, as their legal systems differ radically in terms of the protection owed to the dispossessed owner and good faith possessor.

Against this background of divergent legal systems, the EU instituted DIRECTIVE 2014/60 / EU, which deals with the “*return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State*”. Article 10 provides that **due diligence is enforceable against the possessor, thus inclining in favour of the dispossessed owner**. This device approximates Civil Law and Common Law. The latter operates according to the maxim “*nemo dat quod non habet*” and, therefore, understands that whoever acquires the property of a bad-faith possessor, can only have acquired it in this condition, which results in an interpretation favourable to the dispossessed owner, even if the third possessor has acted in good faith. On the other hand, in the Civil Law tradition, of which Brazil is a part, the onus is on the owner to locate his lost property, which favours the good faith possessor, who has a valid title for the acquisition and a more limited statute of limitations. This favouritism is even more significant, considering the judicial understanding that the possessor’s bad faith must be proven,<sup>58</sup> which may be very difficult to accomplish.

Although adverse possession is unknown in Common Law, there is extinctive prescription of the possessor’s claim to recover the possessor’s good. In English law (Limitation Act 1980), section 2-4 provides a statutory period of 6 years for conversion<sup>59</sup>, counting from the illegal taking of possession, after which the owner loses the title, and not just the claim<sup>60</sup> on the thing. If it is stolen property, the period does not begin when the property is taken, but when it is transferred to a good faith third party - the proof of which circu-

<sup>55</sup> GIROUD, Sandrine; BOUDRY, Charles. Art lawyers’ due diligence obligations: a difficult equilibrium between law and ethics. *International Journal of Cultural Property*, 2015, p. 407.

<sup>56</sup> Chapter II, article 3 (1)

<sup>57</sup> Chapter II, article 4 (1)

<sup>58</sup> According to German and Austrian law, those who demand the return of property stolen from the possessor do not need to prove his/her bad faith, the owner has to demonstrate that he acted in good faith at the time of the transfer of the object (§ 1006, I, 2 BGB and § 368, I, 1 ABGB). In Swiss law, similar to Brazilian law, good faith is presumed, and it is up to the plaintiff requesting the refund to prove that the transfer of ownership occurred in bad faith (Article 3, I, ZGB). See: SIEHR, Kurt. Guter Glaube im Kunsthandel. In: *Bulletin Kunst und Recht*, 2012 (3), 12.

<sup>59</sup> The institute is equivalent to the Roman *rei vindicatio* and may be applied even after the object has been transferred by the illegal possessor – in which case the plaintiff will merely receive compensation.

<sup>60</sup> SCHÖNENBERGER, Beat. *Restitution von Kulturgut*. *Anspruchgrundlagen, Restitutionshindernisse, Entwicklung*. Bern: Stämpfli, 2009. p. 131.

mstance is incumbent upon that same party. In American law, there is the theory of adverse possession, according to which the statute of limitations starts at the moment when possession becomes hostile, open and notorious, which rarely occurs in the case of a work of art. Incidentally, in the latter case, the American states are divided in invoking the theory of *demand and refusal* - the statute of limitations begins when the dispossessed owner becomes aware of the location of the stolen item and asks the possessor to return it, which prevails in NY - and the *discovery rule* - which further adds the requirement that the owner take 'the necessary steps' to find the thing. These issues are exemplified below.

Criticism of the '*demand and refusal*' theory is based on details, firstly, that in practice, the statute of limitations may be systematically postponed, which does not contribute to legal certainty, and secondly, the fact that it is not used in the case of bad-faith possessors, who is not asked to return the object, the period being counted from the taking of the good, receives more favourable treatment than the good faith possessor. According to the '*discovery rule*', the statute of limitations starts when the dispossessed owner of the stolen object finds it and has sufficient information about the possessor, necessarily having taken steps to find the object.

The *common law* also makes use of *laches*<sup>61</sup> objection within the scope of *Equity*, which highlights the lack of diligence in making a legal claim. Its content corresponds to the maxim often heard by members of academic juries, that "*the law does not help those who sleep*", and can be invoked as a response in the context of the demand and refusal rule, as long as there is delay, unreasonableness and prejudice, that is, the dispossessed owner has taken an unjustifiably long time to formalize their restitutionary claim<sup>62</sup> to the detriment of the defendant<sup>63</sup>. The legal consequence for the party invoking the objection is comparable to the acquisition of the property by adverse possession under Civil Law systems.

The understanding in Common Law is illustrated by

<sup>61</sup> The term originates from the French '*lâcheté*'.  
<sup>62</sup> In the application of *Laches*, the damage, which can be the death of a witness, the destruction of documents, expenses with the maintenance of the piece, change in financial situation, frustration of plans, change in market value, etc., is not presumed. See: PHELAN, Marilyn E. Scope of Due Diligence Investigation in Obtaining Title to Valuable Artwork. *Seattle University Law Review*, v. 23, p. 705, 2000.  
<sup>63</sup> LERNER, Ralph; BRESLER Judith. *Art Law: the guide for collectors, investors, dealers, and artists*. 3. ed. New York: Practising Law Institute; 2005. p. 272.

the following cases, *Solomon R. Guggenheim Foundation v. Lubell*<sup>64</sup> and *DeWeerth v. Baldinger*. In the first, the *Guggenheim Foundation* sued the *Lubell's* (a couple), who, in 1967, in good faith, acquired, from the renowned art dealer *Robert Elkon*, the painting *Ménageries* by *Chagall*, which had been stolen in 1965. In the trial, in 1991, the following assumptions were established regarding the merits of a restitutionary claim: (i) the time taken to seek the object by the dispossessed, there being no possibility of a claim being subject to prescription; (ii) the defendant must demonstrate to have been vigilant, as well as the plaintiff of the restitutionary claim, diligent, that is, the reasonableness of the efforts of both must be considered: the buyer must prove to have taken precautions to avoid acquiring stolen property and the dispossessed owner must prove that to have diligently sought to resolve the theft, not merely waiting to, when the work emerged, harm the possibly good-faith possessor. To the disadvantage of the museum, *Laches* was not applied because it was considered that a public search for the object could have been harmful to the museum itself, causing the work to disappear in the *underground art world*.<sup>65</sup>

By contrast, the case of *DeWeerth v. Baldinger* illustrates the application of *Laches*. In which *Gerda Dorothea DeWeerth*, a German citizen and owner of the painting *Champs de Blé à Vetheuil*, by *Claude Monet*, dated 1879, demanded from *Edith Marks Baldinger* the restitution of the painting, stolen from her sister's castle, where American soldiers were stationed before of the end of WWII, in 1945.

For three years after the painting disappeared, *DeWeerth* wrote letters to a lawyer, an art history professor and the West German federal investigation office, requesting assistance in locating the missing painting, with no discovery being made. In 1957, however, *Edith Marks Baldinger* purchased the painting from an art gallery in the city of NY, allegedly in good faith.

In 1982, a nephew of *DeWeerth* read that the painting had been sold in the United States, which lead to mea-

<sup>64</sup> 569 N.E.2d 426 (N.Y. Ct. App. 1991).  
<sup>65</sup> Regarding the case, see: SIEHR, Kurt. 50 Jahre nach Entdeckung von Dürer-Portraits in New York – zum Rechtsstreit „Kunst-sammlungen zu Weimar v. Elicofon“ im Kontext neuer amerikanischer Rechtsprechung. *Bulletin Kunst & Recht* 2016/2-2017/1, p. 39-40; LERNER, Ralph; BRESLER Judith. *Art Law: the guide for collectors, investors, dealers, and artists*. 3. ed. New York: Practising Law Institute; 2005. p. 272.

asures being taken to ensure its recovery. The restitution being ‘requested and refused’, *DeWeerth* sued *Baldinger* in NY District Court in a further attempt to recover the painting. The original decision favoured the plaintiff, as the court considered she was the owner of the work and had been illegally dispossessed, having made reasonable diligence efforts in its location. *Baldinger* appealed, arguing that the delay in requesting the restitution of the work would make the decision unreasonable, since he had had the painting for about 30 years.

In the final ruling, the original decision was reversed. It was decided that *Balinger* would be allowed to keep the painting, because *DeWeerth’s* investigation had been minimal, and it would be ‘unfair’ to oblige the buyer to returning the work so long after having purchased it, since, with reasonable effort, the original owner could have discovered the location of the painting, simply by consulting *catalogue raisonné* of *Monet’s* work, where the work had been recorded since 1957.

This case is used in beautiful detail to exemplify the workings of the American legal system, with copies of the procedural documents, in the book ‘Whose Monet?’<sup>66</sup>. The ruling, however is open to criticism, as it makes no sense to consider this interpretation applicable to cases such as that of the *Monet*, in which the owner knows neither with whom nor where the work is. In fact, what other steps would be demanded of a dispossessed owner besides to seek legal advice and assistance from state authorities, especially considering post-war conditions?

As can be seen, the different interpretations of due diligence result in legal instability and insecurity - which highlights the need for convergence towards a unitary treatment of the topic.

**3.2.2 The need for convergence between different legal systems and unitary treatment of the topic**

The moral question of the provenance of a work of art, self-evident in the context of the holocaust, becomes a political question when acts of confiscation were carried out beyond the context of persecution of Jews under the Nazi regime - and even more so when it comes to cultural heritage.

<sup>66</sup> HUMBACH, John. *Whose Monet? An introduction to the american legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2016.

Due to their enormous importance, cases involving questionable provenance should have equal in law, since the fact does not observe borders, given the risk of encouraging illegal transnational transactions.

However, any uniform approach regarding the question of the provenance of works of art and cultural goods comes up against the enormous difficulty of introducing a standard of public international law of this magnitude, considering that such pieces are dispersed, potentially in many countries around the world, each one with its own legal system.

Given these conditions, a more effective solution for such cases could be based on jurisprudential construction. This would assume questionable provenance to be a defect of the work, since it compromises its normal use. It being incumbent upon the seller to ensure its absence, and not exclude his/her responsibility in the event of it being found to be present. While it would be the purchaser’s duty to investigate the origin of the work (due diligence), and not to attribute the responsibility exclusively to the seller, especially when he/she is not a professional.

On the other hand, in the case of auction professionals, who are in a position of trust in relation to the seller and the bidder, especially, the exclusion of liability could not be admitted in cases where they have included information in the catalogue that has inspired the confidence of the buyer. In any event, gross failure to observe these duties regarding provenance research, by the seller or the buyer, should result in the imputation of the damage to the opposite party.

**4 Conclusion**

Provenance and authenticity are often related. The lack of provenance recommends an investigation of authenticity, demanding different degrees of due diligence from professionals and dilettantes, as the *Campendonck* case shows. Although a work of art might be assessed by experts and appraisers, who carry out various tests - such as Raman spectroscopy, X-ray diffraction, scientific photography, carbon-14 dating, thermoluminescence and fingerprint analysis -, the conclusions are not always reaching unambiguous, because it is a highly complex issue, as the case of *La Bella Principessa* and the controversy about the *Red, Black and Silver* painting



reveal, while even the most renowned connoisseurs may reach an impasse.

The *Knoedler Gallery* saga, on the other hand, reveals that the lack of authenticity is always accompanied by questionable provenance - and it could not be otherwise, since the counterfeit work does not have a previous, much less a clean provenance, suggesting that collectors must not only ask questions, but also conduct their own research and receive independent advice from a sales intermediary, and they should also reinforce contractual guarantees, rather than just 'trusting' the reputation of those involved.

This article argues that, given the high cost of authentication and, especially, the difficulties of achieving unequivocal authenticity in some cases, the existence of **justified doubt** is considered a defect of the painting, because it prevents its normal use, since works of art are intended for exhibition and it is not possible to exhibit a piece with questioned authenticity.

It is also argued here that once the work of art has been authenticated, the existence of databases for recording lost or stolen artworks would increase the due diligence requirements, allowing judges to nationally adopt **understandings in favour of the "diligent party" in cases of questionable provenance, regardless of whether it is the dispossessed owner or good faith possessor - which is why it is essential to document compliance with the requirements of due diligence.**

Finally, in the light of the cases involving *Carracci, Guggenheim Foundation v. Lubell* and *DeWeerth v. Baldinger*, this paper concludes by highlighting the need for convergence between *Civil Law* and *Common Law* to ensure unitary treatment regarding the issue of restitution. As this issue comes up against the political difficulty of approving a treaty of this magnitude, it is argued that an effective solution for such cases could be based on jurisprudential construction, which would assume questionable provenance to be a defect in the work of art, since it compromises its normal use, thus making it incumbent upon the buyer and seller to undertake due diligence, and auction professionals to ensure the quality indicated in the catalogue, while whoever grossly fails in establishing the provenance must bear the loss.

## Bibliography

AMINEDDOLEH, Leila. Are you faux real? An examination of art forgery and the legal tools protecting art collectors. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 34, p. 59-111, 2016.

BLACK'S LAW DICTIONARY, verbete Diligence.

BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: OUP, 2015.

BRÜHL, Friederike (Gräfin) von. Der Begriff der Echtheit von Kunstwerken im Zivil- und Strafrecht. In: ODENDAHL, Kerstin; WEBER, Peter (org.). *Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht*: Festschrift für Kurt Siehr zum 75. Geburtstag aus dem Kreise des Doktoranden- und Habilitandenseminars „Kunst und Recht“. Baden-Baden: Nomos, 2010. p. 303-313.

BRÜHL, Friederike (Gräfin) von. Kunstexpertisen als Machtfaktor: die Position des Aussenstehenden. In: WELLER, Matthias (org.). *Kulturgüterschutz – Künstler-schutz*: Tagungsband des Zweiten Heidelberger Kunstrechtstags am 5. und 6. September 2008. Baden-Baden: Nomos, 2009.

BRÜHL, Friederike (Gräfin) von. *Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem*: Der Anspruch auf Erteilung einer Expertise und auf Aufnahme in ein Werkverzeichnis. München: Carl Heymanns, 2008.

CHECHI, Alessandro. *The settlement of international cultural heritage disputes*. Oxford: OUP, 2014.

EBLING, Klaus; SCHULZE, Marcel. *Kunstrecht*: Zivilrecht, Steuerrecht, Stiftungsrecht. 2. ed. München: Beck: 2012.

FEITEN WINGERT ODY, Lisiane. *Direito e Arte*: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; VALE, Matheus Costa do; SILVA, Nathálya Lins da. Mercado de arte, integridade e due diligence no brasil e no mercosul cultural. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, ano 7, n. 14, p. 260-282, 8/2019.

FRANCIONI, Francesco; GORDLEY, James (ed.). *Enforcing International Cultural Heritage Law*. Oxford: OUP, 2013.

FRIEDLÄNDER, Max. *Der Kunstkenner*. Berlin: Cassirer, 1919.

- GIROUD, Sandrine; BOUDRY, Charles. Art lawyers' due diligence obligations: a difficult equilibrium between law and ethics. *International Journal of Cultural Property*, p. 401-417, 2015.
- HUMBACH, John. *Whose Monet? An introduction to the american legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2016.
- JAYME, Erik. *Original und Fälschung im Spannungsfeld von Persönlichkeitsschutz, Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht*. Wien: Manz, 2007.
- JAYME, Erik. Pflichten und Obliegenheiten im Kunstauktionswesen: Einlieferer, Experte, Auktionshaus, Ersteigerer – einige Fallstudien. In: WELLER, Mathias; KEMLE, Nicolai; DREIER, Thomas (org.). *Kunsthandel - Kunstvertrieb*: Tagungsband des Fünften Heidelberger Kunstrechtstags am 7. und 8. Oktober 2011. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- JAYME, Erik. Rechtsbegriffe und Kulturgeschichte. In: REICHELT, Gerte (org.). *Neues Recht zum Schutz von Kulturgut*: Internationaler Kulturgüterschutz. Wien: Manz, 1997. p. 11-27.
- JAYME, Erik. „Mercato dei falsi“ e diritto civile con spunti di diritto internazionale privato. In: PROTEZIONE della proprietà intellettuale e artistica: studi in onore di Giorgio Cian. Padova 2010, Band 2. p. 43-56.
- KEAZOR, Henry (org.). *Der Fall Beltracchi und die Folgen*: interdisziplinäre Fälschungsforschung heute. Berlin [u.a.]: De Gruyter, 2014
- KEMP, Martin; COTTE, Pascal. *La Bella Principessa: The Story of the New Masterpiece by Leonardo da Vinci*. London: Hodder & Stoughton, 2010.
- LERNER, Ralph; BRESLER Judith. *Art Law: the guide for collectors, investors, dealers, and artists*. 3. ed. New York: Practising Law Institute; 2005.
- MERRYMAN, John; ELSER Albert. *Law, Ethics and the Visual Arts*. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2007.
- PHELAN, Marilyn E. Scope of Due Diligence Investigation in Obtaining Title to Valuable Artwork. *Seattle University Law Review*, v. 23, p. 631-733, 2000.
- SCHACK, Haimo. *Kunst und Recht: Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- SCHÖNENBERGER, Beat. *Restitution von Kulturgut: Anspruchsgrundlagen, Restitutionshindernisse, Entwicklung*. Bern: Stämpfli, 2009.
- SIEHR, Kurt. 50 Jahre nach Entdeckung von Dürer-Portraits in New York – zum Rechtsstreit „Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon“ im Kontext neuer amerikanischer Rechtsprechung. *Bulletin Kunst & Recht*, p. 39-40, 2016/2-2017/1
- SIEHR, Kurt. Globalization and national culture: recent trends toward a liberal exchange of cultural objects. *Vanderbilt Journal of transnational law*, Symposium International Legal dimensions of art and cultural property. p. 1067-1094.
- SIEHR, Kurt. Guter Glaube im Kunsthandel. *Bulletin Kunst und Recht*, v. 3, p. 12, 2012.
- SIEHR, Kurt. Haftung des Kunstexperten nach deutschem Recht. *KUR* v. 2, p. 48-56, 2013.
- SIEHR, Kurt. Irrtum in Kunsthandel, *Bulletin Kunst und Recht*, v. 1, p. 28-29, 2015.
- SIEHR, Kurt. Mystifizierung und Entmystifizierung von Kulturgüter und das Recht. *KUR*, v. 3/4, p. 87-109, 2011.
- WEBER, Marc. Caravaggio vor Gericht: Anmerkungen zum Urteil des Englischen High Court vom 16. Januar 2015. *Bulletin Kunst & Recht*, p. 99, 2016/2-2017/1.
- WEBER-CAFLISCH, Olivier. *Faux et... défauts dans la vente d'objets d'art*. Geneva: Librairie de l'Université, 1980.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The Reception of Droit de Suite  
in International Law: Diagnosis  
and Remedy**

**A recepção do Droit de Suite  
no Direito Internacional:  
diagnóstico e recurso**

Mickael R. Viglino

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# The Reception of Droit de Suite in International Law: Diagnosis and Remedy\*

## A recepção do Droit de Suite no Direito Internacional: diagnóstico e recurso

Mickael R. Viglino\*\*

The works of creators enrich our world in all senses of the word. They elevate our human experience and create prosperity for many. But the creator cannot live on air alone and his ability to create must be protected. Creators share their gift with the world, so it is only fair that those who make money from their works share a portion of this wealth with the creator.

Ousmane Sow, sculptor.<sup>1</sup>

### Abstract

Droit de suite, the right for artists to receive an interest in each resale of their original artworks, commemorates one century of existence this year but remains highly hypothetical for many artists worldwide. This article addresses the reasons for this situation and proposes possible solutions by using a comparative law approach. An analysis of international (Berne Convention) and national regulations (Australia and, especially, Brazil) shows that the lack of universality and operability of the resale royalty right is a consequence of choices made by the Berne Union in 1948. Mainly, the absence of obligation for Member States to implement it and the broad margin left to them that fosters the multiplication of national peculiarities. An amendment of article 14ter of the Berne Convention seems necessary. The World Intellectual Property Organization (WIPO) may refer to national and regional experiences – in particular, the European Union Directive 2001/84/EC of 27 September 2001 – as well as existing researches, in the current discussions on the topic, and ensure that visual artists do get a higher and fairer economic return on their work, just as other artists.

**Keywords:** Droit de suite. Visual art. Copyright. Berne Union. International law.

### Resumo

Droit de suite, o direito de os artistas receberem um valor em cada revenda de suas obras originais, comemora um século de existência este ano, mas permanece altamente hipotético para muitos artistas em todo o mundo.

<sup>1</sup> Ousmane Sow is also the former Vice President of the International Confederation of Societies of Authors and Composers-CISAC. Quoted by FERRY-FALL, Marie-Anne. *The resale right in France*. Presentation at the WIPO/SCCR International Conference on Artist's Resale Right, Geneva, Apr. 2017.

\* Recebido em 15/08/2020  
Aprovado em 26/03/2021

\*\* Master's degree in business law from the University Paris II – Panthéon Assas (France), and Juris Doctor in Business Law and International Law from the University Jean Moulin - Lyon III (France). Lawyer registered in France with the Barreau de Paris and in Brazil with Ordem dos Advogados do Brasil, section of Rio de Janeiro. Former visiting professor Fundação Getúlio Vargas – FGV-Rio (Brazil), for the International Program in Business, author of legal publications in France and Brazil.  
E-mail: mickael.viglino@gmail.com

Este artigo aborda as razões para esta situação e propõe possíveis soluções usando uma abordagem de direito comparado. Uma análise das regulamentações internacionais (Convenção de Berna) e nacionais (Austrália e Brasil) mostra que a falta de universalidade e operacionalidade do direito de royalties de revenda é uma consequência das escolhas feitas pela União de Berna em 1948. Principalmente, a ausência de obrigação do Membro Estados para implementá-la e a ampla margem que lhes resta favorece a multiplicação das peculiaridades nacionais. Parece necessária uma emenda ao artigo 14 da Convenção de Berna. A Organização Mundial de Propriedade Intelectual-OMPI pode se referir a experiências nacionais e regionais, bem como pesquisas existentes, para acelerar o ritmo das discussões atuais sobre o tema e garantir que os artistas finalmente se beneficiem de forma homogênea de um direito ao valor criado em torno de seu trabalho.

**Palavras-chave:** Droit de Suite; arte visual; copyright; União de Berna; Direito Internacional

## 1 Introducing the *Droit de Suite*

As the *droit de suite* has just commemorated its first hundred years of existence since it was first enacted in France in 1920, one may hope that the next step be its universalization and effectivity. It would be the recognition of a legitimate participation of visual artists in the creation of economic value around their works. Hope there is, as well as significant obstacles.

*Droit de suite*, or resale right, or resale royalty right, is basically the “the right of visual artists to a percentage share in the proceeds of the resale of their works of art on the art market”.<sup>2</sup> It is specific to the secondary market – in opposition to the first market where artworks are sold for the very first time by authors themselves or their dealers – and usually applies only to sales involving art market professionals (auction house, art gallery, or art dealer), as private sales are harder to trace. The rationale behind it is mostly economic justice: it is the only way for visual artists to benefit from the valuation of their work over the years, especially considering the low prices of sale at the beginning of the artists’ careers. It also works as a compensation for the specificity of

visual art on the market, which provides for relatively reduced financial returns compared to other forms of art – especially music.<sup>3</sup> In this sense, the following data regarding France, its country of origin, is revealing of the importance of the mechanism for visual artists:

All in all, the auctions in France declared to ADAGP and subject to the resale right amounted to 205 million in 2014. Of these auctions, 5.9 million euros were distributed to 3,246 individuals (1,024 living artists and 2,222 heirs of deceased artists), respectively 2.1 and 3.8 million euros as resale rights. A total of 1,838 artists (1,024 living and 814 deceased) generated resale rights averaging 3,218 euros per author and 3,010 euros per work sold. The averages mask inequalities in the distribution: 70 per cent of the artists receive less than 1,000 euros and 5 per cent receive 15,000 euros or more. In 2016, eight artists received more than 100,000 euros in resale rights and two living artists are in the top 20 [...]. Disregarding the 5 per cent of artists who receive the most, and the 5 per cent who receive the least, the average amount of resale rights paid between 2012 and 2015 is somewhere between 1,800 and 1,950 euros, depending on the year.<sup>4</sup>

Legally, the *droit de suite* is a copyright with a little twist.<sup>5</sup> Following the civil law tradition, copyrights – or *droits d’auteur* – are divided into economic rights – such as the exclusive right of the authors to use, enjoy (interest in possession) and dispose of their work, as well as authorize any use thereof – and moral rights – including the right of authors to claim authorship and have their names mentioned when using their works, the right to ensure the integrity of their works, and the right to withdraw their works from circulation or suspend any form of use already authorized, when it implies an affront to their reputation and image.<sup>6</sup> Whereas econo-

<sup>3</sup> While musicians, composers or writers receive a financial interest throughout the economic life of their works, visual artists may only sell their work once; then, without a resale right scheme, each new sale of the work only benefits the seller and art market professionals involved in the transaction. See MACKAY, Erin. Australian visual artists: joining the resale rights arena. *Indigenous Law Bulletin*, v. 7, n. 5, p. 2, 2008. Available at: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/journals/IndigLawB/2008/>. Last access: 21 Mar. 2021.

<sup>4</sup> FARCHY, Joëlle; GRADDY, Kathryn. *The economic implications of the artist’s resale right*. Geneva, 28 Apr. 2017. WIPO. Document SCCR/35/7, 2017. p. 17.

<sup>5</sup> SILVA FILHO, Artur Marques da. Conteúdo dos direitos do autor. *Revista dos Tribunais*, v. 806, p. 11-27, dez. 2002. Specifically chapter 7 on other copyrights.

<sup>6</sup> See, for instance, ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos autorais: conceito, violações e prova. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 27, p. 107-121, jan./jun. 2011. For a deeper analysis of the nature of intellectual property rights, and a distinction between the civil law and common law perspectives of copyright, see also ASCENSÃO, José Oliveira. A pretensa “propriedade” intelectual. *Dout-*

<sup>2</sup> PFENNIG, Gerhard. The resale right of artists (*droit de suite*). *Copyright Bulletin*, v. 31, n. 3, p. 20, Jul./Sep. 1997. p. 20.

mic rights are disposable and temporary, moral rights are inalienable, non-renounceable (they cannot be subject to an advance waiver), and permanent. The resale royalty right is precisely in-between these two categories: it is an economic right that is temporary (usually the life of the author and up to seventy years from his/her death), inalienable and non-renounceable; it is an economic right that is extracted from the dynamics of the market so that artists may not be pressured to renounce to it by affluent art dealers and collectors, or simply out of the need of money. This makes it an hybrid copyright, an economic right with characteristics of a moral right.

*Droit de suite* is a legitimate object of international law since 1948, when it was included in the 1886 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works at the occasion of the Brussels' revision. At the time though, for lack of consensus, states parties only agreed on an optional right, as will be further explained in the first part of this paper. Although not an obligation under the Convention, the resale right is currently recognized by more than eighty countries, including all European Union member states, countries from all five continents, and civil law and common law systems.<sup>7</sup> Yet, despite its apparent success, important art markets still resist – such as, for instance, the reluctance of the delegations of the United States of America and Japan at the at the World Intellectual Property Organization (WIPO), which will be further detailed below – while other countries that formally recognize it still lack the implementing regulations necessary to its effectivity, like Brazil. Therefore, resale royalties only apply to transactions realized in countries providing for, and effectively implementing it, subject to local laws, so that much remains to be done before artists worldwide may effectively rely on this source of income and financial recognition from their work.

These issues regarding the effectivity and generalization of the resale right are being discussed at the international level, in particular, at WIPO's Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR).

*rinas Essenciais de Direito Empresarial*, v. 1, p. 1283-1306, dez. 2010. (in particular, chapters 5 and 9).

<sup>7</sup> According to the count made by the International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC), the world's leading network of authors' societies. Available at: <https://www.cisac.org/services/policy/visual-artists-resale-right>. Last access: 20 Mar. 2020.

In December 2015, the delegations of Senegal and Congo submitted a proposal to include the resale right in the agenda of future work of the Committee, observing that:

2. Under Article 14ter, paragraph (2) this right is subject to the requirement of reciprocity and “to the extent permitted by the country where this protection is claimed”. As a result, the existence and level of protection with regard to the resale right varies from one country to another and depends upon the nationality of the author or his/her place of residence.<sup>8</sup>

The year 2017 stood out as a prolific year for resale right, with an international conference organized in Geneva that presented good practices and experiences, and the publication of a very positive report on the economic implications of the resale right.<sup>9</sup> Since then, however, not much has happened, and the inertia which often weighs on the functioning of international institutions seems to be at work. The damages caused by this inertia are all the more obvious in the current context of a global pandemic, where visual artists are at home, many of them with no income and concrete perspectives, while auctions houses and international art fairs do online business as usual, while collectors resell artworks to make some extra cash, and investors buy artworks as investment as the financial markets are especially unpredictable. Is there any good reason for artists not to take their own little share of this value created from their work? Taking the opportunity of these ongoing multilateral debates and a fairly well-spread enthusiasm, this paper seeks to make a diagnosis of the resale right today, identify the causes for its sclerosis, and propose remedies. The starting point of the present reflection is the personal observation of the author that *droit de suite* is not actually functioning in his country of residence, Brazil, although it legally exist since 1973. This paper aims at trying to understand what, in national and international norms, impedes the resale right from being truly effective, and identify possible solutions. To do so, the first step will be to analyze the reception of the *droit de suite* at the international level: how it was conceived in 1948 and how it framed the current multilateral discus-

<sup>8</sup> WIPO. Standing Committee on Copyright and Related Rights. *Document SCCR/31/5*. 31<sup>st</sup> Session, Geneva, Dec. 7 to 11, 2015. These two countries had first addressed the issue in April 2014 and met positive reactions from other delegations.

<sup>9</sup> FARCHY, Joëlle; GRADDY, Kathryn. *The economic implications of the artist's resale right*. Geneva, 28 Apr. 2017. WIPO. Document SCCR/35/7, 2017.



sions at the WIPO (II). Then, the second step will be to show how this international framework has shaped a multifaceted situation at the national level, leading to a *droit de suite* that is all but homogenic (III). This will be made through two opposite examples: Brazil, which may stand as an example not-to-follow for its lack of efficiency and transparency of the whole mechanism; and Australia, which, on the contrary, seems to have successfully implemented the resale royalty right in 2010 and is referred to in the works of the WIPO as an example to follow. Finally, the third step will be to propose possible solutions to remedy the lack of effectivity of the resale right, using the experience of the European Union and a comparative work from the Executive Committee of the Berne Union and the Secretariat of UNESCO (IV). By using an analytical and comparative approach of relevant norms and national experiences, this paper will try and spot the elements of the *droit de suite* that are essential to its effectivity, and that should be central both in the multilateral negotiations and for national regulations. The findings of this paper may be useful both to national delegations at WIPO trying to push the agenda on *droit de suite* and to national regulators. Opposite views exist on the appropriateness of the resale right and its effects on artists and the art market. This work will not address this issue, and will assume that the *droit de suite* is not in itself an obstacle to the functioning of the art market.<sup>10</sup>

## 2 The initial missteps of the Berne Convention

The 2017 Report on the economic implications of the resale right explains that even though the introduction of the resale right in the Berne Convention as early as 1948 may suggest “a certain consensus on the subject; in fact, this is only a very vague acknowledgement, leaving a wide margin of maneuver for national legislation. This explains the diversity, or indeed confusion, regarding the implementation of the resale right in na-

tional legislation”.<sup>11</sup> From this initial observation, this section will proceed to an analysis of how international law molded the resale right into a secondary right (A) left greatly to the discretion of national legislations (B).

### 2.1 Droit de Suite as a secondary right in international law

When the resale right was introduced into the Berne Convention in 1948, the member States decided to depart from the central principle that permeates the Convention until today: equal treatment. According to this principle, all member countries of the Berne Union shall treat equally their nationals and the nationals of other member countries. Back then, only very few countries had enacted the resale right in their national legislations, so that negotiations for a compulsory *droit de suite* would not have led anywhere. Instead, the members of the Berne Union agreed on another mechanism: reciprocity. The *droit de suite* was finally approved under the following terms:

#### Article 14<sup>ter</sup>

[“*Droit de suite*” in *Works of Art and Manuscripts*:

1. Right to an interest in resales; 2. Applicable law; 3. Procedure]

(1) The author, or after his death the persons or institutions authorized by national legislation, shall, with respect to original works of art and original manuscripts of writers and composers, enjoy the inalienable right to an interest in any sale of the work subsequent to the first transfer by the author of the work.

(2) The protection provided by the preceding paragraph may be claimed in a country of the Union only if legislation in the country to which the author belongs so permits, and to the extent permitted by the country where this protection is claimed.

(3) The procedure for collection and the amounts shall be matters for determination by national legislation.

The first paragraph lays the foundations of the authors’ inalienable right to receive an interest in any resale of their works; then the second paragraph substantially limits its scope: to apply to a given transaction, this inalienable right must exist in the domestic laws of both

<sup>10</sup> For materials with arguments from both sides, see the various contributions to the public inquiry made by the U.S. Copyright Office of the Library of Congress in 2012, “*on the means by which visual artists exploit their works under existing law as well as the issues and obstacles that may be encountered when considering a federal resale royalty right in the United States*”. Available at: <https://www.copyright.gov/docs/resaleroyalty/>. Last access: 11 Aug. 2020.

<sup>11</sup> FARCHY, Joëlle; GRADDY, Kathryn. *The economic implications of the artist’s resale right*. Geneva, 28 Apr. 2017. WIPO. Document SCCR/35/7, 2017. p. 16.

the member country of origin of the author and the member country where the protection is claimed. Interestingly, the ultimate criterion for an artist claiming the entitlement to the resale royalty is his/her nationality, whereas the whole Convention is based on the origin of the artwork. In doing so, the Convention virtually impedes that an artist ever enjoys a more favorable treatment than in his/her own country.

This same approach was followed by the Model Law on Copyright for Developing Countries (known as the Tunis Model Law). Adopted by a Committee of Governmental Experts convened by the Tunisian Government in Tunis from February 23<sup>rd</sup> to March 2<sup>nd</sup>, 1976, with the assistance of the UNESCO and the WIPO, this model law includes a provision on the resale right.<sup>12</sup> The Model Law was designed to help countries that wished to adhere to the Berne Convention to adopt domestic copyright laws compliant with the Convention, which is a prior condition. The provision on the resale right reads:

SECTION 4<sup>bis</sup>

“*Droit de suite*”

(1) Notwithstanding any assignment of the original work, the authors of graphic and three-dimensional works [and manuscripts] shall have an inalienable right to a share in the proceeds of any sale of that work [and manuscripts] by public auction or through a dealer, whatever the methods used by the latter to carry out the operation.

(2) The foregoing shall not apply to architectural works or works of applied art.

(3) The conditions of the exercise of this right shall be determined by regulations to be issued by the competent authority.

For countries that would choose to use the Model Law as national copyright regulation, this section of is expressly optional. This means that they may disregard this provision on *droit de suite* and still join the Berne Union, which may not be the case for other provisions deemed essential to the Union. In countries that would recognize the resale right, the same principle of reciprocity as in the Berne Convention would in principle apply, based on the nationality (or residence) of the artist and the place of the resale.

This section 4<sup>bis</sup> meaningfully comes after Section 4 on economic rights and before section 5 on moral

rights, showing the hybrid nature of the *droit de suite*. It is, like Article 14ter of the Berne Convention, rather concise, and leaves the conditions of its exercise to national implementing regulations. Regardless of the actual influence of the Model Law on national copyright legislations, this text adds to the idea that *droit de suite* was neither a consensus nor a priority during the early years that shaped copyright at the international level.

## 2.2 Droit de Suite as a broad concept left to the States

As regards the substance of the resale right, the Berne Convention leaves great latitude to domestic laws, specifically regarding the procedure for collection, the amounts, and the persons or institutions to whom the right may be assigned *causa mortis*. It barely addresses the very essence of the right, *i.e.*, the subjects (the author, or, after his/her death, authorized persons or institutions), the object (original works of art and original manuscripts of writers and composers), and the extent of the right itself (any sale of the work subsequent to the first transfer by the author). Most importantly, it provides for the main trait of the right: it is, contrary to the other economic rights of authors, inalienable. In doing so, the Convention commands that any member state who shall decide to implement the resale right in their national legislations to conceive it as a hybrid copyright.

The margin left to domestic legislations regards important features of the resale right. For instance, the procedure for collection of the respective amounts may be left to authors themselves or attributed to collective entities with this specific purpose; it may provide for derogatory procedures and formalities aimed at facilitating its collection (access to information, reporting obligations from the professional sellers), or simply resort to common laws. The financial burden may also greatly vary from one country to another, with distinct rates and basis of application (the full resale price or just the capital gain), as well as administrative costs for art market professionals. This last aspect, in particular, has direct effects on the relative competitiveness of national art markets compared to the others, and is commonly put forward as much by opponents of the resale right – in favor of its suppression – as by its supporters – advocating for its universalization.<sup>13</sup> The situation of

<sup>12</sup> UNESCO and WIPO. Tunis model law on copyright. *Copyright*, n. 7-8, July/Aug. 1976. p. 165.

<sup>13</sup> PFENNIG, Gerhard. The resale right of artists (*droit de suite*).

artists may therefore greatly vary from one country to the other, depending on their nationalities, domicile and the place of the resale.

The Tunis Model Law shows two distinctive features. First, the object of the resale right is more specifically defined than in the Berne Convention, which generally refers to “original works of art and original manuscripts of writers and composers”. The resale right should apply to graphic and three-dimensional works, at the exclusion of architectural works or works of applied art, and may extend to manuscripts. Second, and foremost, the Model Law provides that the right applies to any sale “by public auction or through a dealer”, where the Convention refers to “any sale” without consideration to the identity of the seller. This is a key issue in the effectivity of the resale right, as it is not possible, in practice, to monitor and control all transfers of works of art between individuals acting privately (as non-professionals).

If this discretion left to national legislations finds justifications – the lack of consensus and the too many implementing modalities, for instance – it can also be an obstacle to the effectivity of the resale royalty right. For instance, the concept of artwork is deeply rooted in cultural premises, and if general lines may be drawn that are shared by most countries, it would be merely impossible to get to a consensus on a comprehensive definition of the term at the international level. For this reason, it seems a wise choice to agree in the Convention on a broad definition and leave the details to national legislatures and courts. On the contrary, the amount of the royalty (the rate and the basis for calculation) is the main element of distortion of competition in between national art markets, so that it is not enough to make the *droit de suite* compulsory if countries remain entirely free to set the applicable rate. It would reproduce at another level the same distortions that may exist between

countries that have and countries that do not have the resale right. The solution is not necessarily in a unified compulsory rate, but a margin that would allow a certain equivalence of the rates regardless of the country where the sale is realized.

Therefore, two choices were made in the Berne Convention that have shaped the resale right until today. On the one side, its non-compulsory nature and the principle of reciprocity; they have narrowed the effectivity of the resale right and created obstacles to its application, with distinct categories of authors that may or may not benefit from it depending on their nationality or domicile. On the other side, the freedom left to the member States for implementing this mechanism nationally has hampered any aspiration to homogeneity between national legislations.

The Berne Convention and, to a lesser extent, the Tunis Model Law are the only means of international law dealing with the resale right. As briefly shown above, they do not suffice to guarantee a fair and equal treatment among visual artists worldwide. Following the promising events of 2017 mentioned in introduction, the Chair of WIPO’s Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR) suggested in June 2018 the setting up of a task force of experts to report back to Committee regarding the practical elements of the resale royalty right.<sup>14</sup> If this may seem a positive step, the minutes of the Committee session show that it comes as an alternative to making the resale right a part of the standing agenda, due to the absence of consensus among the delegations.<sup>15</sup> Most countries and regions were in favor of the proposal from Senegal and Congo,<sup>16</sup> but important delegations opposed it, in particular, Japan and the U.S.A. The task force was presented to the Committee in November 2018 and “will address the essential elements of an [Artist Resale Right] system which are common to most laws”, in particular, the ba-

*Copyright Bulletin*, v. 31, n. 3, p. 20, Jul./Sep. 1997.: “Now that the imposition of *droit de suite* is becoming a factor on the art market, there is to the same degree an increasing interest in shifting markets and the relocation of art market operations to countries that do not recognize this right, thus creating an imbalance between the markets which could negatively impact art sales in countries that recognize *droit de suite*. [...] However, in evaluating the *droit de suite* one should not overlook the fact that the art market is subject to a whole range of other influences which develop independently from copyright law, such as, for instance, the economic situation in large trading markets such as the United States of America, taxation and the general cost situation, in particular with regard to auction markets as a whole.”

<sup>14</sup> WIPO. Next steps on Other Matters proposed by the Chair. *Document SCCR/36/4*. 36<sup>th</sup> Session, Geneva, May 28 to June 1, 2018.

<sup>15</sup> WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/36/8*. 36<sup>th</sup> Session, Geneva, May 28 to June 1, 2018. p. 55.

<sup>16</sup> Brazil, for example, “On making the resale right a standing item on the SCCR agenda, the topic merited it. The resale right was a copyright issue which included complex technical issues. Moving it from the list of other topics to a self standing agenda item would facilitate a richer discussion without affecting the other very important discussions that the Committee had been having such as on broadcast, as referred to by the Delegation of Japan.” (WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/36/8*. 36<sup>th</sup> Session, Geneva, May 28 to June 1, 2018. p. 55, 58).



sis of calculation, the works and transaction covered, and the mode of collection, distribution and management of the right.<sup>17</sup> The U.S. delegation reiterated that the discussion on the resale right should remain in the “Other Matters” agenda, and that “the task force was best suited as a fact-finding body” – words that reveal a clear aim to reduce the role of the working group.<sup>18</sup> This point was further stressed during the 38<sup>th</sup> Session of the Committee, in April 2019, when the Secretariat, reporting on the composition and first meeting of the task force, declared:

As regards the proceedings, the mandate of the task force was not to address and solve the political issues raised by the artist resale right but to rather consider the practical issues of that right. To that end, experts from different angles and different interests were invited in order to enrich the discussions and to try to find some common ground for that project as well as to enrich the SCCR.<sup>19</sup>

The last meeting of the Committee, in October 2019, did not show any real progress. The African Group recalled that the artist’s resale right had been a longstanding issue and “had gained strong support from a large majority of members across all regions”, and the delegation of the European Union called that “should the SCCR agenda be expanded to cover additional items in the future, priority should be given to the resale right over any other topic”.<sup>20</sup> Yet, the delegation of the U.S.A. is “not ready to accept it as a part of the permanent agenda for SCCR and suggested that it stays under the other matters items on the agenda”,<sup>21</sup> so that no practical result should be expected soon. In the meantime, visual artists face very different realities from one country to the other.

### 3 A kaleidoscope of resale rights

The decision made in 1948 by the members of the Berne Union was basically to leave the *droit de suite* to

State legislations. This has had a direct consequence in the shaping of this artists’ right: an infinity of modalities and expressions among countries. If diversity in itself is not a problem, it becomes one when it constitutes an obstacle to the functioning of the right, especially in light of the principle of reciprocity provided for in the Berne Convention, and of the fact that not all such national experiences are successful. Brazil, on the one side, is a good illustration of an ineffective system, despite existing legally since 1973. Australia, on the other side, stands among the countries regularly cited as an example to follow, as shown by the works of WIPO’s SCCR. The case of Australia is all the more interesting as it is a common law country, whereas one of the arguments of the opponents to *droit de suite* is precisely that it does not fit in the common law theory of copyright.<sup>22</sup> Brazil and Australia also have in common the presence of indigenous communities, and the Australian resale royalty right scheme has proved positive to indigenous artists, even though it does solve the problems faced by traditional cultural expressions, nor even aims to tackle the issue.<sup>23</sup> The purpose of the following paragraphs is not to provide an in-depth analysis of the national regulations in both countries, but rather to point out differences and similarities, and the consequences of these characteristics on the effectivity of the respective schemes. At this point, the basic question may well be: what is Brazil doing wrong that Australia understood?

#### 3.1 Brazil, an example not-to-follow

Resale right was formally introduced into Brazilian law through the former Copyright Act of 1973 (Law No. 5,988/73), and confirmed in the new Copyright

<sup>17</sup> WIPO. Task Force on the Artist’s Resale Royalty Right. *Document SCCR/37/5*. 37<sup>th</sup> Session, Geneva, Nov. 26 to 30, 2018.

<sup>18</sup> WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/37/9*. 37<sup>th</sup> Session, Geneva, Nov. 26 to 30, 2018. §183.

<sup>19</sup> WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/38/11*. 38<sup>th</sup> Session Geneva, Apr. 1 to 5, 2019.

<sup>20</sup> WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/39/8*. 39<sup>th</sup> Session, Geneva, Oct. 21 to 25, 2019. Spec. §§ 293 and 297.

<sup>21</sup> WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/39/8*. 39<sup>th</sup> Session, Geneva, Oct. 21 to 25, 2019. §309.

<sup>22</sup> See, for instance, BUSSEY, Alexander. The incompatibility of *droit de suite* with common law theories of copyright. *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, n. 1063, 2013. Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol23/iss3/6>. Last access: 21 Mar. 2021.

<sup>23</sup> See, MACKAY, Erin. Australian visual artists: joining the resale rights arena. *Indigenous Law Bulletin*, v. 7, n. 5, p. 2, 2008. Available at: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/journals/IndigLawB/2008/>. Last access: 20 Mar. 2021. This issue is not to be confused with that of protection of cultural heritage. The resale right does not aim to address the defense of traditional cultural expressions and is certainly not fit for this purpose. But it remains a possible source of income for communities that are usually excluded from the benefits of the creation of economic value through their art works. See: MACKAY, Erin. Indigenous traditional knowledge, copyright and art: shortcomings in protection and an alternative approach. *UNSW Law Journal*, v. 32, n. 1, 2009.

Act of 1998 (Law No. 9,610/98) in the following terms:

Art. 38. The author has the non-renounceable and inalienable right to perceive five percent at least of the price increase eventually observed at the occasion of each resale of original works of art or manuscripts that he has sold.

Single paragraph. If the author should not receive such resale right at the time of the resale, the seller is considered to be the depositary of the amount that is due to him, unless the operation is carried out by an auctioneer, when the latter will be the depositary.

This provision is included into the chapter of the Copyright Act that deals with the economic rights of the authors, and not in a distinct chapter in between economic and moral rights, as in the Model Law. Yet, it is inalienable and non-renounceable for the duration of the right, *i.e.*, the artist's lifetime and seventy years after his/her death.

Article 39 of the former Copyright Act extended the resale right to the sales of economic rights over intellectual work, and provided for an amount equivalent to 20% of the price increase, on the condition that the resale price be equivalent to at least five times the highest minimum salary then in force in Brazil. Therefore, there has not been a dramatic change in the regulation of the *direito de sequência* with the enactment of the new Copyright Act, lest the substantial cut in the rate itself, from 20% to 5% of the price increase, compared to the immediately previous sale.

The first obvious characteristic is the regulation of *droit de suite* in Brazil is its brevity: only one single article in the Copyright Act, and no implementing regulations whatsoever. Conciseness is a quality, but in this case it is frustrating, especially considering that the Berne Convention expressly provides that "The procedure for collection and the amounts shall be matters for determination by national legislation" (Article 14ter, paragraph 3). Even in France, where *droit de suite* has been existing for a century and where there is consistent experience and practice, article L122-8 of the Code of Intellectual Property that provides for the right is more detailed, and complemented with a dedicated Decree No. 2007-756, of 9 May 2007. In these comparative terms, the Brazilian way of legislating suggests that some critical points may be missing.

One of these lapses is precisely the procedure for collection mentioned in the Berne Convention. In the absence of provision for the collective management of

the resale right, artists themselves are responsible for the collection of their royalties. Yet, the Brazilian Copyright Act does not provide for specific procedures, such as, for example, right to information for the artists or obligation to report a sale subject to the resale right by the seller or the art market professional. This aspect is key to the effectivity of the whole scheme, as observed by Prof. Dr. Gerhard Pfennig, former Executive Director of German collecting society VG Bild-Kunst and spokesperson of the Authors' Rights Initiative:

The prerequisite for the effective exercise of *droit de suite* is that the beneficiary artist must receive information on the sales proceedings, in particular the sales process. Experience shows that the implementation of *droit de suite* is to a great extent impractical if the right to demand such information is not established.<sup>24</sup>

This difficulty has already been referred to the Judiciary, but the Court of Appeals of the State of São Paulo did not show much understanding to the daughter of the Brazilian sculptor Victor Brecheret and her difficulties in identifying a possible resale subject to royalty.<sup>25</sup> At the occasion of an exhibition of works from her father, the heiress asked the art gallery information regarding a few works and the transactions that occurred. Facing the gallery's refusal of cooperation, and in the absence of specific mechanism of access to information under the Brazilian Copyright Act, the heiress filed a request for a precautionary measure for the display of documents under the Code of Civil Procedure. This request was dismissed in first instance and in appeal, on the ground that the gallery had denied being in possession of the documents and that the plaintiff had not brought the necessary proof to the contrary. This is revealing of the obstacles to the effectivity of the resale right in the absence of implementing regulations, as common law rules may not be adequate to the structure of the art market. This was even acknowledged by one of the appellate judges who, in a dissenting opinion, recognized the legitimate interest of the heiress as well as the impossibility in which she finds herself to provide other documents in support of her action, being the role of the Judiciary to grant her the precautionary measure so that she may exercise the right she is entitled to by law.

<sup>24</sup> See PFENNIG, Gerhard. The resale right of artists (*droit de suite*). *Copyright Bulletin*, v. 31, n. 3, p. 20, Jul./Sep. 1997.

<sup>25</sup> SÃO PAULO. Tribunal of Justice of the State of São Paulo. *Process No. 9191457-27.2007.8.26.0000*, Civil Appeal (Apelação Cível) No. 491.027-4/5-00, decision of 26 Feb. 2008.

Even where article 38 of the Copyright Act gives indications on specific aspects of the right, it does not necessarily show very wise. In this sense, a distinctive feature is the calculation of the royalty: the rate applies on the price increase observed at the occasion of the resale. This option is perfectly relevant if one considers that the resale royalty is the right for visual artists to participate in the increase in value of their works over time. It is certainly as relevant as considering the resale royalty as the right for artists to participate in the economic exploitation of their work, and therefore calculating the royalty based on the resale price itself. Yet, in practice, considering the price increase may not be much convenient, as it underlies the need to determine such price increase, and therefore provide for rules of calculation, in particular for determining the price of first acquisition and possible inflation over the period.<sup>26</sup> To avoid this issue, many countries – including Australia and the Member States of the European Union – opted to refer to the resale price itself. The E.U. Directive 2001/84/EC on the resale right expressly refers to this issue in its Recitals:

(20) Effective rules should be laid down based on experience already gained at national level with the resale right. It is appropriate to calculate the royalty as a percentage of the sale price and not of the increase in value of works whose original value has increased.

Therefore, in spite of the good intentions expressed by the delegation of Brazil at WIPO's Standing Committee on Copyright and Related Rights, the *droit de suite* remains highly ineffective nationally,<sup>27</sup> and courts' precedents hardly help filling the regulatory gap.<sup>28</sup> Unfor-

<sup>26</sup> This issue was object of another judicial process involving again the daughter of Victor Brecheret, regarding another sculpture: SÃO PAULO. Tribunal of Justice of the State of São Paulo. Interlocutory Appeal (Agravo de Instrumento) *No. 2072639-84.2020.8.26.0000*, decision of 30 June 2020. This decision is indicative of the difficulties encountered by beneficiaries of a resale right to evidence the price increase, as well as the apparent inexperience of the Public Prosecutor's Office on the issue. Yet, in this more recent case, Ms. Sandra Brecheret was more successful and could obtain the payment of the resale right.

<sup>27</sup> See, for example, DE-MATTIA, Fábio Maria. *Droit de suite ou direito de sequência das obras intelectuais*. *Revista dos Tribunais*, v. 741, p. 58, jul. 1997. The author evokes the failed attempts of the extinct National Copyright Council to implement the resale right.

<sup>28</sup> See, as a rare example: BRASIL. Supreme Court of Justice – STJ. *REsp 594.526*, of 02 April 2009 (Rapporteur Luis Felipe Salomão), regarding works by Brazilian painter Portinari, whereby the Court expressly acknowledges the *droit de suite* as an economic right of the author, and rules in favor of its application even when the first sale of the work is realized by the artist's inheritors, after his/her death.

tunately, due to the absence of an entity to collectively manage and collect the resale right, there is not much public data on the reality of *droit de suite* in Brazil, contrary to other countries.

### 3.2 Australia, a successful conversion

Resale right came into effect in Australia in 2010, after the Resale Royalty Right for Visual Artists Act 2009 (Cth) was enacted. It is a detailed piece of legislation of over fifty sections, a meticulousness that makes sense in a common law country that has never had *droit de suite* before. This certainly requires education of the stakeholders for implementing new practices and mindsets. For lack of familiarity with the Australian legal system, this section will focus on the Act itself, how it defines the resale right and articulates it, as well as doctrinal analyzes, without making a study of the jurisprudence of the local courts.

The Act provides for a “right to receive resale royalty on the commercial resale of an artwork”, where an artwork is “an original work of visual art that is either (a) created by the artist or artists; or (b) produced under the authority of the artist or artists” (Sections 6 and 7). The Act gives a substantial and non-limitative list of what constitutes an artwork for the purposes of the resale right, from which are specifically excluded architectural works (resale of a building, or a drawing, plan or model for a building) and manuscripts of literary, dramatic or musical works (Section 9). The Act also expressly excludes transactions “that do not involve an art market professional acting in that capacity”, *i.e.*, auctioneers, owners or operators of art galleries or museums, art dealers, and persons otherwise involved in the business of dealing in artworks (Section 8(2)(3)).

The resale royalty is payable at the rate of 5% of the sale price, precisely defined as the price paid by the buyer, including the Goods and Services Tax, excluding any buyer's premium or other tax payable on the sale. It applies when the sale price is at least AU\$ 1,000 (Section 10). This royalty is defined as a “debt” – avoiding any attempts to assimilate it to a tax or anything – due to the holder of the resale royalty right, that is, the artist or his/her successors in title who satisfy the residency test at the time of the resale (Section 12). The benefit of the resale royalty is, thus, based on nationality and/or residence, and includes “a national or citizen of a coun-



try prescribed as a reciprocating country” (Section 14), which is in line with the Berne Convention. It is “*absolutely inalienable*” and not subject to waiver, and subsists 70 years after the artist’s death. This debt is due, jointly and severally, by the seller and each person acting as art market professional and as agent for the seller, and, if there is no such agent, each person acting as art market professional and as agent for the buyer, and, if there are no such agents, the buyer him/herself (Section 20).

Australia made the choice of the collective management of the resale royalty scheme by a specialized body, and the Act brings extensive provisions on the process of collecting and the appointment and functioning of the collecting society – currently, Copyright Agency Limited. In particular, the collecting society is to publish notice on its website when it is aware of a commercial resale of an artwork; unless the holder of the resale royalty right notifies the collecting society in writing, within 21 days after such notice, that the collecting society is not to collect the resale royalty, the collecting society must use its best endeavours to collect and enforce the resale royalty (Section 23). The Act also provides for an obligation for sellers to give a notice to the collecting society within 90 days from the commercial resale (Section 28), as well as a right for the collecting society, when they have reasonable grounds to believe that a commercial resale has taken place, to request information relevant to determining the amount of any resale royalty and who is liable to make the payment (Section 29). These two provisions are subject to civil penalties.

According to the figures published by the Copyright Agency, in ten years of existence (since its start on 9 June 2010 until 15 December 2020), the resale royalty scheme has generated royalties totalling more than AU\$9 million from more than 22,300 resales, benefiting more than 2,075 artists, the majority for amounts between AU\$50 and AU\$500.<sup>29</sup> It is all the more remarkable as the Act is not retrospective – *i.e.*, a first sale needs to be realized after the 9 June 2010 for the resale right to apply to subsequent changes of ownership – which means that a relevant portion of the sales are still out of the resale right scheme. Australia has, together with France, one of “the most developed systems of protection and modes of collection and distribution, including as regards the management of the right for

cross-border transactions”,<sup>30</sup> which is, again, particularly interesting considering that Australia is a common law country.<sup>31</sup>

Australia is even more relevant as a case study as it brings additional arguments and data in favor of the universalization of the resale right. Indeed, according to the same source, Aboriginal or Torres Strait Islander artists account for over 65% of the artists receiving royalties and 38% of the total royalties paid. Despite this smaller share in the amounts paid, Aboriginal or Torres Strait Islander artists represent 18 of the 50 artists who have received most money under the scheme.<sup>32</sup> This beneficial effect on indigenous artists was mentioned on the 2017 Report on the economic implications of the resale right:

One example is the resale of *Water Dreaming at Kalipinypa* by indigenous artist Johnny Warangkula Tjupurrula for 486,500 dollars in July 2000, after its original purchase in the 1970s for around 150 dollars. Another event that drew attention to the issue was last year’s resale of Emily Kngwarreye’s work *Earth’s Creation* for a record price of over one million dollars.<sup>33</sup>

Again, resale right is not an answer to issues of protection of cultural heritage and traditional cultural expression, which need to be addressed by specific means. But these figures bring an additional argument in favor of an effective *droit de suite*. Artistic production can and should constitute a source of income, and an element of recognition and emancipation of indigenous communities that are often marginalized and in a situation of dependence on local public authorities, a situation common to many countries, including Brazil.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/38/11*. 38<sup>th</sup> Session Geneva, Apr. 1 to 5, 2019. §230.

<sup>31</sup> For a detailed analysis of the first three years and four months of the Australian resale right scheme, including complaint from the market stakeholders, see AUSTRALIA. Department of Communication and the Arts. *Post-Implementation Review: Resale Royalty Right for Visual Artists Act 2009 and the resale royalty scheme*. 23 Dec. 2019. Available at: <https://www.arts.gov.au/documents/post-implementation-review-resale-royalty-right-visual-artists-act-2009-and-resale-royalty-scheme>. Last access: 23 Mar. 2021.

<sup>32</sup> Copyright Agency. Available at: <https://www.resaleroyalty.org.au/>. Last access: 10 Aug. 2020.

<sup>33</sup> FARCHY, Joëlle; GRADDY, Kathryn. *The economic implications of the artist’s resale right*. Geneva, 28 Apr. 2017. WIPO. Document SCCR/35/7, 2017. p. 27.

<sup>34</sup> See PHAM, Lan. The resale royalty right: what does it mean for indigenous artists?. *Indigenous Law Bulletin*, v. 7, n. 20, p. 21, 2010. Available at: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/journals/IndigLawB/2010/>. Last access: 21 Mar. 2021.

<sup>29</sup> Copyright Agency. Available at: <https://www.resaleroyalty.org.au/>. Last access: 23 Mar. 2021.

*Droit de suite* opponents usually argue that the very structure of the art market, its inherent lack of transparency, condemns the resale right mechanism to ineffectiveness. If the situation in Brazil could lead to believe that this is true, the Australian experience seems to show different – despite critics from the Australian art market professionals – and that this excuse is not satisfactory. In addition, this same argument could be used about regulations on anti-money laundering and combatting the financing of terrorism in the art market, and no one would take the risk of such a stand. From the comparison between Brazilian and Australian legislations, the key to an effective *droit de suite* seems to be much more in the regulations themselves than in the structure of the art market.

From the review of the international instruments and ongoing negotiations (Part II) and experiences at the national level (Part III), two observations come out: certain options in the characteristics of the resale right scheme must be made (or avoided) to ensure its effectivity nationally, and a certain homogeneity among countries is necessary to ensure that visual artists' right to a resale royalty be more or less equally guaranteed, regardless of their nationality, place of residence, and place of transaction. The framework provided by the Berne Convention does not suffice to guarantee the efficiency of the resale right scheme; more detailed implementing rules are necessary, but not just any rules, as evidenced by the choices made by the Brazilian copyright act.

## 4 Looking for Remedies: Food for Thought

In a globalized art market, where transactions have occurred across borders long before the invention of the Internet, the effective enjoyment of resale royalties by artists around the world is an issue to be dealt with as part of an international agenda. As the African Group put it during the 38<sup>th</sup> Session of the WIPO/SCCR in 2019:<sup>35</sup>

The African Group pointed out that the artist resale right in the Berne Convention was an optional provision as such protection was only guaranteed to countries that offered that reciprocal protection. Given the optional nature of resale royalty

right, regimes by nearly half of the membership recognized it, but there was a need for the resale royalty right to be mandatory. The African Group supported that the resale right proposal be included on the agenda of the SCCR for the following reasons: first, to ensure that more artists receive fair remuneration for their creation and improve fairness for artists across the globalized market regardless of where they live or where their work was sold [...]

The work of the WIPO/SCCR and the dedicated task force will be much harder than just turning compulsory Article 14ter of the Berne Convention. It will fall short if not accompanied by an improvement in the wording, more specific, leaving less space for national peculiarities. For this work, yet, the Committee and its task force will not need to start from scratch. Regarding the necessary homogeneity of the mechanism at the global level, the European Union is a good example of the level of standardization necessary for the resale royalty scheme to actually operate (A). Regarding the elements to consider when defining the core characteristics of the right, a research document from the Executive Committee of the Berne Union will prove much helpful, thirty five years after its first publication (B). This last part of the paper aims at showing how the European experience and the guidelines from the Executive Committee of the Berne Union may serve as reference to shape the resale right mechanism both at the international and at the national levels. For this reason, each deserve a thorough analysis of their relevant aspects.

### 4.1 The EU as a standard for homogenization of national legislations

The European Union may legitimately take a great role when it comes to the study of the *droit de suite*. Not only for historical reasons (the Australian example shows that a country does not need a century of practice to work it out well), but rather due to the Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the Resale Right for the Benefit of the Author of an Original Work of Art. This regulation is the first example of compulsory resale royalty scheme at the supranational level, as well as a political stand at the international level, when Recital 7 expresses the necessity “for the European Community, in the external sphere, to open negotiations with a view to making Article 14ter of the Berne Convention

<sup>35</sup> WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/38/11*. 38<sup>th</sup> Session Geneva, Apr. 1 to 5, 2019. §232.

compulsory”. Indeed, if the first move at the WIPO did come from the delegations of Senegal and Congo, the EU has consistently supported this initiative.<sup>36</sup>

Formally, the experience of the European Union with Directive 2001/84/EC has a double interest. First, during the discussions on the text, it faced strong opposition from a few countries, themselves facing strong lobbying from their national art markets, such as the United Kingdom and Austria. Still, it was finally adopted, and provided for transitional periods for its implementation by national legislations, especially for countries that did not already have it. Second, back in 2011, only 11 Member States had a resale royalty scheme in their domestic legislations, and for a few of them it was only theoretical. This is promising in the context of the current discussions at WIPO, where a reasonable number of members do not recognize the *droit de suite* nationally and certain delegations fiercely oppose any concrete progress on the subject.

Regarding the substance of the resale royalty right, the Directive 2001/84/EC shows that if the harmonization of national legislations is necessary to the effective operation of the scheme, a total identity is not. For the resale right to work efficiently for all the stakeholders (including artists, collectors, professionals of the art markets, and the States), national regulations need to share certain characteristics, which does not mean they need to be identical. In this sense, the Recitals of the Directive 2001/84/EC:

(9) The resale right is currently provided for by the domestic legislation of a majority of Member States. Such laws, where they exist, display certain differences, notably as regards the works covered, those entitled to receive royalties, the rate applied, the transactions subject to payment of a royalty, and the basis on which these are calculated. [...]

(13) Existing differences between laws should be eliminated where they have a distorting effect on the functioning of the internal market, and the emergence of any new differences of that kind should be prevented. There is no need to eliminate, or prevent the emergence of, differences which cannot be expected to affect the functioning of the internal market.

<sup>36</sup> “The Delegation [of the EU] recalled that the proposal to include the topic in the agenda of the SCCR began during SCCR 27 and was tabled at SCCR 31. For that reason, the European Union believed that should the SCCR agenda be expanded to cover additional items in the future, priority should be given to the resale right over any other topic.”, WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/39/8*. 39<sup>th</sup> Session, Geneva, Oct. 21 to 25, 2019. §297.

The WIPO/SCCR may use a similar criterion to distinguish the elements that need to be standardized and those that can be left to national legislations. Instead of the distorting effect on the functioning of the internal market, the reference could be the functioning of the globalized art market and how to ensure that the implementation of a compulsory *droit de suite* does not create competitive obstacles between States.

For instance, rates are an important element for the application of the resale right: “The effective functioning of the internal market in works of modern and contemporary art requires the fixing of uniform rates to the widest possible extent” (Recital 23). This because “It is important to reduce the risk of sales relocating and of the circumvention of the Community rules on the resale right” (Recital 24). Therefore, the Directive 2001/84/EC provides for a precise set of progressive rates, from 4% for the portion of the sale price up to EUR 50,000, to 0,25 % for the portion of the sale price exceeding EUR 500,000, with a cap of EUR 12,500 in royalties, leaving little margin to the Member States for national adjustments.

Unlike rates, Member States are given more latitude as to the person by whom the royalty is payable (Recital 25) and who should receive it, with due regard to the principle of subsidiarity (Recital 27). The Court of Justice of the European Union has already had the opportunity to assert this principle. In a judgment from 2010,<sup>37</sup> the Court ruled on the possibility for Member States to allow or not the passing of the resale royalty right to successors in title, upon the death of the artist. This case dealt with royalties due on sales realized in France of works from Spanish painter Salvador Dalí; whereas the Spanish State is sole legatee of all the rights on the painter’s works, including resale right, in line with Spanish law, French law expressly reserves the resale right to heirs, to the exclusion of legatees or successors in title. In this context, the Court of Justice acknowledged that:

30. As regards the second objective [to put an end to the distortions of competition on the market in art], it was considered indispensable to provide for harmonisation concerning works of art and sales

<sup>37</sup> CJUE (Third Chamber), Case C-518/08 (Fundación Gala-Salvador Dalí e Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) V. Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques (ADAGP) e.a.), reference for a preliminary ruling under Article 234 EC from the Tribunal de Grande Instance de Paris (France), judgment of 15 April 2010.



affected by the resale right as well as the basis for and rate of the royalty. As is clear from recital 9 in the preamble to Directive 2001/84, the European Union legislature sought to resolve a situation in which sales of works of art were concentrated in Member States in which the resale right was not applied, or where it was at a lower rate than that in force in other Member States, to the detriment of auction houses or art dealers based in the territory of the latter Member States.

31. [...] Therefore, as is apparent from recitals 13 and 15 in the preamble to that directive, there is no need to eliminate differences between national laws which cannot be expected to affect the functioning of the internal market and, in order to leave as much scope for national decision as possible, it is sufficient to limit the harmonisation exercise to those domestic provisions that have the most direct impact on the functioning of the internal market.

Therefore, France may legitimately reserves the benefit of the resale right to artist's heirs at law alone, just as much as Spain may open this benefit to testamentary legatees, the issue not being a question of resale right proper, but of succession and private international law, which fall beyond the scope of the Directive.

The same applies to the contractual freedom of the parties. In a case from 2015 opposing the auction house Christie's France and the French *Syndicat National des Antiquaires*, the Court ruled that article 1(4) of the Directive 2001/84/EC, which provides that the royalty is payable by the seller, does not preclude the parties in a transaction subject to the resale right to agree that another person would finally bear such cost, so long as it "does not affect the obligations and liability which the person by whom the royalty is payable [designated as such by national law] has towards the author".<sup>38</sup> More specifically:

28 In order to be able to provide an interpretation in the light of the silence of Directive 2001/84 in this regard [the identity of the person who must definitively bear the cost of the royalty], it is necessary to refer to the objectives pursued by the directive. On that point, although Directive 2001/84 seeks, inter alia, to bring to an end distortions of competition on the art market, that objective is circumscribed by the boundaries set out in recitals 13 and 15 thereto.

29 In particular, it is apparent from those recitals that there is no need to eliminate differences between national laws which cannot be expected to affect

the functioning of the internal market and that, in order to leave as much scope for national decision as possible, it is sufficient to limit the harmonisation exercise to those domestic provisions that have the most direct impact on the functioning of the internal market (see, to that effect, *Fundación Gala-Salvador Dalí and VEGAP*, EU:C:2010:191, paragraphs 27 and 31).

The criterion of distortion of the internal market is proper to the functioning of the European Union and, therefore, if used alone, may lead to counterproductive answers under the perspective of *droit de suite*. The issue of the management of the resale right (the procedure for its collection) is topical, left by the Directive 2001/84/EC to national legislations, with the indication that they "may provide for compulsory or optional collective management of the royalty" (article 6(2)), and that "management by a collecting society is one possibility" (Recital 28). This opens the door to options of individual management of the right, by artists themselves, which we have seen does not work in practice, and collecting societies play an important role in the effectivity and efficiency of the whole scheme. Recital 30 tries to address this concern by urging national legislations to enact "Appropriate procedures for monitoring transactions", including "a right on the part of the author or his authorised representative to obtain any necessary information from the natural or legal person liable for payment of royalties". In this sense, under article 9 of the Directive 2001/84/EC, national legislations shall provide that for a period of three years after the resale, persons entitles to receive royalty may require "any information that may be necessary in order to secure payment of royalties" from any art market professional.

This is a cause of inefficiency of the whole scheme, as it implies higher administrative costs for art market professionals that need to have the resources to face potentially great amounts of requests of information, request not necessarily in accordance with applicable regulations but still need to be answered.<sup>39</sup> More generally, the absence of collecting society in a State makes

<sup>38</sup> CJUE (Fourth Chamber), Case C-41/14 (*Christie's France SNC V. Syndicat National des Antiquaires*), request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Cour de cassation (France), judgment of 26 February 2015.

<sup>39</sup> In this sense, see DESIGN AND ARTISTS COPYRIGHT SOCIETY-DACS. *The management of artist's resale right in the UK*. Presentation at the WIPO/SCCR International Conference on Artist's Resale Right, Geneva, Apr. 2017. The DACS provides art market professionals with an artists' search tool containing 100,000 names, a royalties calculator, a pre-sale eligibility check, and the online submission of sales information, which helps lowering the administrative burden on art market professionals as low as a median time spend per quarter to 95 minutes costing £22.37.

impossible a cooperation at the international level. In a globalized art market, this lack of international cooperation is deeply detrimental to artists, as noted by the delegation of Nigeria at the WIPO/SCCR, regarding the masterpiece “Tutu” by Nigerian painter Ben Enwonwu, auctioned in London in 2018 for £1.2m:

The Delegation [of Nigeria] noted that Nigeria had gained some practical experience with the application of the artist resale right. The painting of a renowned Nigerian artist that had been described in the press as the Mona Lisa of Africa was recently auctioned in another country becoming the highest price paid for an African work of art in the auction market. Despite the existence of provisions on artist’s resale right in the copyright legislation of Nigeria and that other country, the Nigerian artist was denied the benefit of that provision in that country simply because Nigeria was not on the list of countries that enjoyed reciprocal treatment in that country.<sup>40</sup>

This shows that the process of standardization of national legislations through the adoption of a compulsory resale royalty right at the international level needs to consider rules and procedures of its own. Rules and processes that may diverge from, or supplement, the criterion of distortion of the international art market and consider the effective protection of artists. Such guidelines can result from observation of past and current practices, and, in this context, a standard document drafted in the eighties and specific to the operation of *droit de suite* may be of great help.

#### 4.2 Draft Guiding Principles Concerning the Operation of the Droit de Suite

Just as *droit de suite* itself, discussions, research and experience feedback for a more effective and uniformed scheme are all but new: as early as in 1985, model provisions were presented to the Executive Committee of the Berne Union and the Intergovernmental Committee of the Universal Copyright Convention, based on the results of a survey conducted by the Secretariat of UNESCO and the International Bureau of WIPO in national legislations.<sup>41</sup> These “Draft Guiding Principles” take the form of five rules, divided into six chap-

ters, each of which addressing a specific issue relevant to the operation of *droit de suite*:

Leaving aside the differences, however, certain factors common to all the national legislations concerned can be singled out which, by revealing the same trend, can serve as a basis for the internationalization of ‘droit de suite’ and for drawing national laws on the subject closer to one another.

[...]

It will then be possible for lawmakers, once the principle of the institution of ‘droit de suite’ has been recognized, to work out simple, universal principles of operation which will be acceptable to all in each country.<sup>42</sup>

Although more than thirty five years old, this comprehensive work of comparative law which combines legal theory and a practical approach, remains a precious analytical framework. In the next paragraphs, we will review a few of the elements identified in these Draft Guiding Principles as necessary for an effective operation of a resale royalty right worldwide, regardless of an artist original or residence. The 1985 draft addresses the issues of the works and transactions subject to resale royalty, its rate and basis for calculating, its term of applicability and beneficiaries, and the practical arrangements for its collection.

Regarding the works subject to the resale royalty, the document raises the issue of the definition of the originality of the work, and notes the great variety existing between countries, especially concerning specific types of visual art (such as, for instance, works of applied art, like tapestry or ceramics, or editions of sculptures or prints). The suggestion is to provide for an exhaustive list, noting that if on the one hand it may seem arbitrary to set a list of what is a work of art for the purposes of the resale royalty scheme, “it would certainly be much more vague and arbitrary to use general concepts such as ‘works of graphic and plastic art’ or ‘artistic works’, or to take the concept of originality alone as a general criterion for determining which works should be covered by ‘droit de suite’.”<sup>43</sup>

<sup>40</sup> WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/39/8*. 39<sup>th</sup> Session, Geneva, Oct. 21 to 25, 2019. §308.

<sup>41</sup> BERNE UNION. Executive Committee of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works. *Droit de suite: draft guiding principles concerning the operation of this right*. Paris, 17-25 June 1985, 24<sup>th</sup> Session.

<sup>42</sup> BERNE UNION. Executive Committee of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works. *Droit de suite: draft guiding principles concerning the operation of this right*. Paris, 17-25 June 1985, 24<sup>th</sup> Session. p. 3.

<sup>43</sup> BERNE UNION. Executive Committee of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works. *Droit de suite: draft guiding principles concerning the operation of this right*. Paris, 17-25 June 1985, 24<sup>th</sup> Session. p. 24.

Interestingly, neither of the examples seen above have followed this suggestion from the Draft Guiding Principles. Whereas Australia and the EU Directive have chosen a solution half-way, by including a non-exhaustive list of works, Brazil has chosen the ‘vague and arbitrary’ option of the general concept of original works of art or manuscripts. The list is especially extensive in the Australian Act, and completed by national regulations in the case of European Member States. The Brazilian way leads to practical problems, as art professionals may have doubts as to whether specific artworks are subject to the resale royalty, with no specialized body to refer to and have a formal position.

As regards the transactions subject to *droit de suite*, the second guiding principle states that it should only apply to public sales and sales made through an art dealer, regardless of the method used. This is, again, the choice of Australia and the EU. Regarding private sales proper, the authors note:

It is conceivable that, with the development of technology, and in particular of data-processing, the difficulties of keeping a check on such sales may one day be overcome. In the meantime, it does not seem opportune to extend the application of ‘droit de suite’ to sales between private persons.<sup>44</sup>

Thirty five years later, technology has indeed developed tremendously, but not precisely in a way to overcome the issue of tracing and identifying purely private sales. In this sense, the option in the Brazilian Copyright Act is clearly not adequate.

The third guiding principle calls for a 5% rate on the selling price before any deduction, not applicable “if the selling price is less than USD 50 to USD 100 or if the work is resold at a price lower than the price paid by the seller, the onus of proof resting on the latter.” The Australian Act is the closest to this mechanism, with the same fixed rate and threshold under which the royalty does not apply. The Directive 2001/84/EC sets progressive rates, a solution that is more complex but addresses better the risks of relocations of sales of artworks outside the EU. Interestingly, the Guiding Principles provide that the seller may avoid the payment of the royalty if he/she may prove that the resale price is lower than the price of acquisition, solution that seems

reasonable as the seller is the one with all the necessary information.

The fourth principle brings guidance on the term of applicability and the beneficiaries of the resale right, and especially the fact that it is inalienable and cannot be renounced. For it is certainly the most fundamental feature of the *droit de suite*, already addressed in the Berne Convention, it is not subject to much debate and is common to all the examples above.

The last principle concerns practical arrangement for the collection of the resale royalty. In particular, it provides for an obligation for intermediaries in a sale of a work of art subject to the royalty to collect this royalty and “forward it to the artist or his representative within a period of one month from the date of the sale”. This active obligation of art market professionals may come to represent a substantive administrative cost and has no equivalent in any of the examples brought earlier. Australia channels this obligation of information to the collecting society, and the European Directive provides for a right of information of the eventual beneficiaries of resale royalty. Brazil, again, is silent.

This guiding principle further provides for the joint and several liability of the seller, the buyer and the intermediary for the payment of the royalty. This liability is also determined, in a certain way, by Australian Act; it is addressed in the European Directive to be left to the Member States; and it is absent of the Brazilian Copyright Act, which stipulates for the sole liability of the seller (in private sales) or the intermediary (in sales in which art market professionals participate). If the seller may remain the ultimate person liable for the payment of the royalty, one may see the practicality of holding the buyer jointly liable, especially in situations where the seller sales the artwork out of economic distress and the buyer is in a good financial situation.

Regarding requests of information to be addressed to art market professionals, on possible transactions that may fall under the resale royalty scheme, the document reserves such outstanding powers to “a copyright agency bound to professional secrecy”. It seems a fair balance between the necessities of the operability of the resale royalty scheme, the confidential nature of the information involved, and the secrecy that is a characteristic feature of the art market. Here again, similar provisions may be found in the Australian Act, which provides for exchanges of information between art ma-

<sup>44</sup> BERNE UNION. Executive Committee of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works. *Droit de suite: draft guiding principles concerning the operation of this right*. Paris, 17-25 June 1985, 24<sup>th</sup> Session. p. 33.



market professionals and the Copyright Agency. On the contrary, Directive 2001/84/EC opens this right to any potential beneficiary and Brazil is, again, silent.

It is especially relevant that this last guiding principle is the most detailed, as it is key to the effectivity of the whole scheme.<sup>45</sup> The existence of a specialized agency for the collective management of the resale right is also central. As the document notes:

In the following countries, ‘droit de suite’ is recognized only as a principle and no special procedure for levying dues has been provided for: [...] Brazil [...]. In the absence, then, of any legislative provision, the parties concerned, *i.e.* artists, on the one hand, and those professionally involved in the art market (auctioneers and art galleries in particular), on the other hand, are left responsible for making arrangements with one another and giving practical effect to the ‘droit de suite’ system.

Even if in the most favourable cases, artists are organized into professional associations, however, the balance of power is unequal and most of the time negotiation is impossible. [...]

More generally, it is to be noted that the only countries which have effectively implemented ‘droit de suite’ are also those which, irrespective of the practical arrangements made by the legislator for the collection of the levy, have active and efficient national societies of authors: SPADEM and ADAGP in France, SABAM in Belgium, BILD-KUNST in the Federal Republic of Germany, and ARTS FUND in Hungary.<sup>46</sup>

This document is based on the situation under the former Brazilian copyright act, but it remains valid under the new Copyright Act, and is one of the main causes of the absence of ‘*practical effect to the ‘droit de suite’ system*’ in Brazil. More generally, the comparison of these Guiding Principles with the examples of Australia, Brazil and the European Union shows that in spite of being drafted more than thirty-five years ago, they remain a primary document, with observations and suggestions that are still crucial for an effective resale right scheme.

<sup>45</sup> See FARCHY, Joëlle; GRADDY, Kathryn. *The economic implications of the artist’s resale right*. Geneva, 28 Apr. 2017. WIPO. Document SCCR/35/7, 2017. p. 18: “Beyond the debate on the existence or absence of the resale right in a given geographical area, the actual implementing mechanisms are particularly important. Depending on these mechanisms, the effect of the resale right on the market as a whole may vary widely.”

<sup>46</sup> BERNE UNION. Executive Committee of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works. *Droit de suite: draft guiding principles concerning the operation of this right*. Paris, 17-25 June 1985, 24<sup>th</sup> Session. p. 61 and 69, respectively.

While Australia and the EU follow in a large part these Guiding Principles and show actual good results, Brazil mostly ignores them and its *direito de sequência* remains highly hypothetical and problematic in practice. The European Union has had to deviate from them on certain points and address pressures of national art markets, and Australia, with the most recent regulation, seems to have added the European experience to the suggestions of the Guiding Principles. It shows interestingly that despite the social and technical transformations of the last three decades – and especially the Internet and the digital economy – the issues around the effectivity of the *droit de suite* remain the same.

## 5 Concluding remarks

In their general conclusion, the Draft Guiding Principles point out that if “Some measure of uniformity might have been achieved by introducing the system of ‘droit de suite’ into an international convention”, “efforts to include ‘droit de suite’ in the Universal Convention have been unsuccessful, and the Berne Convention does no more than set out principles in this regard.” Due to original gap, one century after its creation, *droit de suite* remains highly hypothetical for many visual artists and their families, even in countries that formally recognize it.

This paper has identified to major issues to the effectivity of the resale right nowadays: a lack of definition of the core elements necessary for its operationality, and a lack of homogeneity among the countries that do apply it, which undermines the application of the principle of reciprocity. In this perspective, the national delegations at WIPO will need to discuss and agree not only on the compulsory nature of Article 14ter of the Berne Convention, but also address on the core characteristics of the resale right.<sup>47</sup> Otherwise, there will still be opposite examples as Brazil and Australia, and visual artists will continue to benefit from varying rights depending on their nationality or place of residence, which is not the case for other artists, such as musicians and

<sup>47</sup> In this sense, see, for instance, the draft international treaty on *droit de suite* proposed by Prof. RICKETSON, Sam. *Proposed international treaty on droit de suite/resale royalty right for visual artists*. June 2015. Available at: <https://www.cisac.org/services/policy/visual-artists-resale-right>. Last access: 26 Mar. 2021.

writers, for example.<sup>48</sup> For this, the experience of the European Union and the Directive 2001/84/EC will prove much helpful in determining the criteria(um) for the degree of standardization to be reached.

As such multilateral negotiations will necessarily take time to reach this ultimate goal, countries that have still not recognized the *droit de suite*, and countries where it exists but is not effective can, without waiting, build on positive experiences and existing studies. Brazil, specifically – as it is at the origin of this paper – may easily overcome the obstacles to the effectivity of its *direito de seqüência*. In this process, the Draft Guiding Principles should be seen as an essential working document, as it provides a detailed comparative study with a practical approach. A priority may be the indication of a collective society responsible for operationalizing the scheme. Such specialized agency would inter-mediate the relationship between artists and art market professionals; implement mechanisms to facilitate the management and payment of the royalty, reducing administrative costs; and, more basically, generate data to have an actual picture of the situation and allow analysis. This would not even require a major reform of the Brazilian Copyright Act, since such agencies already exist and have had their status and regime specified in 2013 by Law No. 12.853.<sup>49</sup>

## References

ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos autorais: conceito, violações e prova. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 27, p. 107-121, jan./jun. 2011.

ABRÃO, Eliane Yachouh. Sociedades de gestão coletiva de direitos autorais e as modificações trazidas pela Lei 12.853, de 18.08.2013. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 32, p. 397-402, jul./dez. 2013.

ASCENSÃO, José Oliveira. A pretensa “propriedade” intelectual. *Doctrinas Essenciais de Direito Empresarial*, v. 1, p. 1283-1306, dez. 2010.

AUSTRALIA. Department of Communication and the

Arts. *Post-Implementation Review: Resale Royalty Right for Visual Artists Act 2009 and the resale royalty scheme*. 23 Dec. 2019.

BERNE UNION. Executive Committee of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works. *Droit de suite: draft guiding principles concerning the operation of this right*. Paris, 17-25 June 1985, 24<sup>th</sup> Session.

BUSSEY, Alexander. The incompatibility of *droit de suite* with common law theories of copyright. *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, n. 1063, 2013.

DE-MATTIA, Fábio Maria. *Droit de suite ou direito de seqüência das obras intelectuais*. *Revista dos Tribunais*, v. 741, p. 58, jul. 1997.

DESIGN AND ARTISTS COPYRIGHT SOCIETY-DACS. *The management of artist's resale right in the UK*. Presentation at the WIPO/SCCR International Conference on Artist's Resale Right, Geneva, Apr. 2017.

FARCHY, Joëlle; GRADDY, Kathryn. *The economic implications of the artist's resale right*. Geneva, 28 Apr. 2017. WIPO. Document SCCR/35/7, 2017.

FERRY-FALL, Marie-Anne. *The resale right in France*. Presentation at the WIPO/SCCR International Conference on Artist's Resale Right, Geneva, Apr. 2017.

MACKAY, Erin. Australian visual artists: joining the resale rights arena. *Indigenous Law Bulletin*, v. 7, n. 5, p. 2, 2008.

MACKAY, Erin. Indigenous traditional knowledge, copyright and art: shortcomings in protection and an alternative approach. *UNSW Law Journal*, v. 32, n. 1, 2009.

PFENNIG, Gerhard. The resale right of artists (*droit de suite*). *Copyright Bulletin*, v. 31, n. 3, p. 20, Jul./Sep. 1997.

PHAM, Lan. The resale royalty right: what does it mean for indigenous artists?. *Indigenous Law Bulletin*, v. 7, n. 20, p. 21, 2010.

RICKETSON, Sam. *Proposed international treaty on droit de suite/resale royalty right for visual artists*. June 2015. Available at: <https://www.cisac.org/services/policy/visual-artists-resale-right>. Last access: 26 Mar. 2021.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Conteúdo dos direitos do autor. *Revista dos Tribunais*, v. 806, p. 11-27, dez. 2002.

<sup>48</sup> MACKAY, Erin. Australian visual artists: joining the resale rights arena. *Indigenous Law Bulletin*, v. 7, n. 5, p. 2, 2008.

<sup>49</sup> ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos autorais: conceito, violações e prova. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 27, p. 107-121, jan./jun. 2011.

- UNESCO and WIPO. Tunis model law on copyright. *Copyright*, n. 7-8, July/Aug. 1976.
- WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/36/8*. 36<sup>th</sup> Session, Geneva, May 28 to June 1, 2018.
- WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/37/9*. 37<sup>th</sup> Session, Geneva, Nov. 26 to 30, 2018.
- WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/38/11*. 38<sup>th</sup> Session Geneva, Apr. 1 to 5, 2019.
- WIPO. Draft Report from the Secretariat. *Document SCCR/39/8*. 39<sup>th</sup> Session, Geneva, Oct. 21 to 25, 2019.
- WIPO. Next steps on Other Matters proposed by the Chair. *Document SCCR/36/4*. 36<sup>th</sup> Session, Geneva, May 28 to June 1, 2018.
- WIPO. Standing Committee on Copyright and Related Rights. *Document SCCR/31//5*. 31<sup>st</sup> Session, Geneva, Dec. 7 to 11, 2015.
- WIPO. Task Force on the Artist's Resale Royalty Right. *Document SCCR/37/5*. 37<sup>th</sup> Session, Geneva, Nov. 26 to 30, 2018.



**DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO  
CULTURAL DO REGIONAL AO LOCAL**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Câmara Cascudo e o Legal Design - A Visualidade do Direito entre Provincialismo e Globalização**

**Câmara Cascudo and Legal Design - The Visuality of Law between Provincialism and Globalization**

Marcelio Toscano Franca Filho

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# Câmara Cascudo e o Legal Design - A Visualidade do Direito entre Provincialismo e Globalização\*

## Câmara Cascudo and Legal Design - The Visuality of Law between Provincialism and Globalization

Marcilio Toscano Franca Filho\*\*

### Resumo

Câmara Cascudo foi, durante grande parte de sua vida, Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em Natal. Segundo relato de seus alunos, suas aulas eram de uma riqueza e profundidade sem par, sempre repletas de referências à história e à cultura dos povos. Desde muito cedo, o interesse pelos temas da etnografia moldou a visão de Cascudo sobre o fenômeno jurídico, que, por conta disso, manifestou precoce preocupação com as formas de exteriorização do direito. No presente texto, analisa-se uma série pouco conhecida de cinco artigos intitulados “O Símbolo Jurídico do Pelourinho”, publicados em 1950, em que Cascudo apresenta esse marco arquitetônico como uma manifestação não verbal da juridicidade. Demonstram-se, também, as ligações daqueles escritos com as teorias contemporâneas a respeito do *Visual Law* e do *Legal Design*.

**Palavras-Chave:** Câmara Cascudo, História do Direito, Pelourinho, Visual Law, Legal Design.

### Abstract

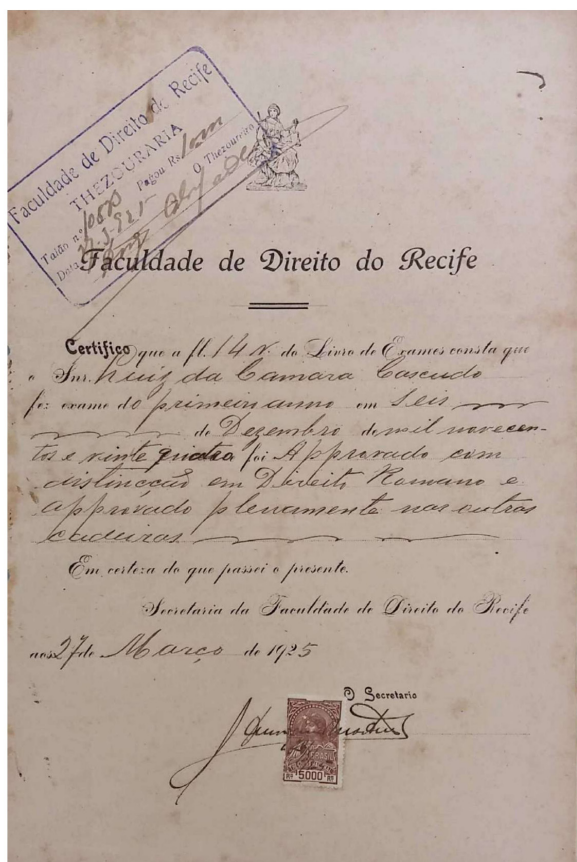
Luís da Câmara Cascudo was Professor of Public International Law at the Federal University of Rio Grande do Norte, in Natal, for a large part of his life. According to his students, his classes were of unparalleled richness and depth, always full of references to the history and culture of the peoples. The contact with the themes of ethnography shaped Cascudo's view of the legal phenomenon, which, because of this, also dealt with the forms of externalization of the Law. This text comments on a little-known series of five articles entitled “O Símbolo Jurídico do Pelourinho” (“The Legal Symbol of Pillory”), published in 1950, in which Cascudo analyzes this landmark as a non-verbal manifestation of legality. The text also seeks to demonstrate the connections of those writings with contemporary theories about Visual Law and Legal Design.

**Keywords:** Câmara Cascudo, History of Law, Visual Law, Legal Design, Pillory.

\* Recebido em 23/03/2021  
Aprovado em 26/03/2021

\*\* Membro do Executive Council da International Law Association (ILA, Londres, Reino Unido) e sócio do Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Árbitro da Court of Arbitration for Art (Rotterdam, Holanda), do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (Genebra e Singapura) e do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (Assunção, Paraguai). Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-doutorado em Direito no Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália), onde foi Calouste Gulbenkian Fellow. Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e Procurador-Chefe da Força Tarefa do Patrimônio Cultural do Ministério Público de Contas da Paraíba, onde também é Subprocurador-Geral. Foi Professor Visitante do Departamento de Direito da Universidade de Turim, Itália, aluno da Universidade Livre de Berlim (Alemanha), estagiário-visitante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e Consultor Jurídico (Legal Advisor) da Missão da ONU em Timor-Leste (UNOTIL).  
E-mail: mfilho@tce.pb.gov.br





As notas de Câmara Cascudo no Arquivo da Faculdade de Direito do Recife

## 1 Introdução: “diz-me com quem andas e eu te direi quem és”

Há 35 anos, em 30 de julho de 1986, falecia Câmara Cascudo, professor aposentado de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Um raro e precioso documento (foto) da Secretaria da Faculdade de Direito do Recife, datado de 27 de março de 1925, dá conta de que, segundo o Livro de Exames da instituição, o Sr. Luiz (sic) da Câmara Cascudo fez as provas globais do primeiro ano do curso no dia 06 de dezembro de 1924, e foi aprovado com distinção em Direito Romano e aprovado plenamente nas demais cadeiras dos estudos propedêuticos. O gosto e a vocação de Cascudo para os temas histórico-jurídicos ficavam assim evidentes desde as suas primeiras notas no curso de direito.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> O documento é este reproduzido acima. O acesso a ele não seria possível sem o auxílio do estimado Prof. Dr. Humberto Carneiro,

Em dezembro de 1928, aos trinta anos de idade, e já tendo publicado seis livros sobre variados temas<sup>2</sup>, Luís da Câmara Cascudo formou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito do Recife. No eferescente ambiente acadêmico pernambucano, o intelectual potiguar encontrou um profícuo diálogo entre a sociologia, a antropologia e a etnografia aplicadas ao estudo do direito, influenciado pela obra de intelectuais como Sílvio Romero, Tobias Barreto e Clóvis Beviláqua, integrantes da chamada “Escola do Recife”. Uma das marcas da ciência jurídica produzida ali desde o século XIX era, justamente, o seu caráter criativo, plural e antidogmático.

O interesse e o contato com os temas da cultura material dos povos — já mesmo externados em escritos anteriores à formatura em direito<sup>3</sup> — moldaram a visão de Cascudo sobre o fenômeno jurídico, que, ao longo de toda a vida, preocupou-se com as formas de exteriorização da juridicidade. Isso fica evidente, por exemplo, no testemunho de seus alunos na cátedra de Direito Internacional na Universidade Federal do Rio Grande do Norte<sup>4</sup>, em escritos como o opúsculo “Etnografia e Direito”<sup>5</sup> ou o monumental “Civilização e Cultura”<sup>6</sup>, mas sobretudo na pouco conhecida série de artigos jornalísticos “O Símbolo Jurídico do Pelourinho”<sup>7</sup>, dados a público há mais de setenta anos, em que analisa esse marco arquitetônico urbanístico como uma manifestação não verbal do direito.

coordenador do Projeto Memória Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, e da Dra. Ingrid Rique, zelosa arquivista do Arquivo da Faculdade de Direito do Recife. Ambos me facultaram um rico manancial de informações cascudianas, pela primeira vez compartilhadas.

<sup>2</sup> *Alma Patrícia* (1921), *Animais Fabulosos do Nordeste* (1923), *Histórias que o Tempo leva* (1924), *João* (1924), *López do Paraguay* (1927), além da organização e anotações da obra *Versos*, de Lourival Açucena (1927).

<sup>3</sup> Em 1921, Cascudo publicou, na *Revista do Brasil*, editada por Monteiro Lobato, o artigo “O Aboiador”, um dos seus primeiros textos ligados à análise da cultura popular. Desde 1924, ademais, mantinha uma correspondência com Mário de Andrade sobre temas relacionados ao folclore.

<sup>4</sup> LIMA, Diógenes da Cunha. *Câmara Cascudo: Um Brasileiro Feliz*. Rio de Janeiro: Lidor, 1998, passim.

<sup>5</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. *Etnografia e Direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1961.

<sup>6</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. *Civilização e Cultura*. São Paulo: Global, 2004.

<sup>7</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. O Símbolo Jurídico do Pelourinho. in *A República*, Natal/RN, edições de 08/01, 15/01, 22/01, 29/01 e 05/02 de 1950. O acesso a esses documentos só foi possível graças ao primoroso trabalho do Ludovicus – Instituto Câmara Cascudo (ICC), de Natal, e à sua desvelada e dedicada presidente, a Dra. Daliana Cascudo Roberti Leite, a quem agradeço.

A série “O Símbolo Jurídico do Pelourinho” é o principal objeto de comentário deste breve ensaio que, a troco de assinalar os múltiplos significados jurídico-políticos de um monumento de nosso patrimônio cultural e evidenciar os trinta e cinco anos da morte do Professor Câmara Cascudo, sublinha o caráter aberto e global da literatura que ele produziu, mesmo dizendo-se um “provinciano incurável”.

## 2 “Em terra de cego quem tem olho é rei”

O direito, segundo Câmara Cascudo, estava muito longe de ser, apenas, um fenômeno textual, verbocêntrico ou logocêntrico. Ao perceber o fenômeno jurídico dessa maneira, Cascudo antecipa em muitas décadas o que, no futuro, viria a ser chamado de *Visual Law* ou *Legal Design*.<sup>8</sup> É verdade que, antes de Câmara Cascudo, em meados do séc. XIX, autores estrangeiros já haviam apontado que, de fato, o direito se materializa por meio de certos símbolos não necessariamente verbais. Uma das primeiras disciplinas a sistematizar, organizar e expor um conhecimento nessa direção foi a “simbólica jurídica” (ou *iurisprudencia symbolica*), cujos principais expoentes foram o alemão August Ludwig Reyscher, os franceses Jules Michelet e Joseph Pierre Chassan e o português Theóphilo Braga.<sup>9</sup> No seu *Essai sur la Symbolique du Droit*, Chassan assim menciona a “simbólica jurídica”:

“Pour être compris et retenu par les rudes intelligences des hommes grossiers des temps primitifs, le droit a besoin d’images sensibles, de représentations figurées et de signes physiques que parlent aux yeux et à l’imagination. Ces signes réels ou animés ont reçu le nom de symboles. On les appelle ici symboles juridiques, pour caractériser mieux leur spécialité.”<sup>10</sup>

Segundo a “simbólica jurídica”, nem sempre as manifestações jurídicas foram necessariamente exterioriza-

das por palavras, mas por símbolos, gestos, cores, metáforas, rituais, liturgias, pinceladas, emblemas, gráficos ou traços. O direito exigia uma *mise-en-scène*, uma representação visual e uma coreografia. Ao longo da história, em muitas ocasiões, o direito valeu-se de símbolos e imagens para ser difundido e compreendido, sobretudo num longo período em que o analfabetismo era dominante e a imprensa, inexistente, inacessível ou custosa.<sup>11</sup>

No séc. XIX, Theóphilo Braga afirmou que “o direito se revela pelo símbolo”.<sup>12</sup> Cascudo, leitor de Braga, também sabia disso. Com efeito, o ser humano é o único animal a intermediar a relação sujeito *versus* realidade por meio de símbolos que expressam o seu pensamento e a sua comunicação, criando o seu próprio “universo simbólico”. Inclusive, o comportamento e o pensamento simbólicos constituem características tão específicas do ser humano que o filósofo Ernst Cassirer afirmou que o homem seria, sim, um “*animal symbolicum*”.<sup>13</sup>

No início século XX, os estudos dos símbolos, das imagens, dos objetos e dos emblemas, ligados ao direito e à justiça, alcançaram excepcional desenvolvimento na Europa Central, com o nascimento de uma disciplina histórico-jurídica chamada “*Rechtsarchäologie*” (“*arqueologia jurídica*”), fundada pelo Professor Karl von Amira, da Universidade de Munique. Sobretudo entre as décadas de 1910 e 1930, grandes contribuições foram dadas nessa área da “arqueologia jurídica”, por meio de obras seminais para a compreensão da imagética jurídica.<sup>14</sup> Ao lado da “*Rechtsarchäologie*”, Colette R. Brunschwig, da Faculdade de Direito da Universidade de Zurique, menciona também o “*legal folklore*” (“*Rechtliche Volkskunde*”) e a “*legal symbolics*” (“*Rechtsymbolik*”) como saberes que estudam e exploram a visualidade jurídica.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> Para uma definição desses conceitos, remeto o leitor a FRANCA FILHO, Márcio Toscano. *A Cegueira da Justiça: Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2011, passim.

<sup>9</sup> FRANCA FILHO, Márcio Toscano. *A Cegueira da Justiça: Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 23.

<sup>10</sup> CHASSAN, M. Joseph Pierre. *Essai sur la Symbolique du Droit – Précédé d’une Introduction sur la Poésie du Droit Primitif*. Paris: Vidéocq Fils Ainé, 1847, p. 1-2. Em sentido semelhante e contemporâneo: “Comme une église, le droit s’impose à coups de symboles” (PIERRAT, Emmanuel. *Antimanuel de Droit*. Rosny: Bréal, 2007, p. 86).

<sup>11</sup> DUCATO, Rossana. De Iurisprudencia Picturata: Brief Notes on Law and Visualisation. *Journal of Open Access to Law – Special Issue on “Visual Law”*. v. 7, n. 1, 2019.

<sup>12</sup> BRAGA, Theóphilo. *Poesia do Direito*. Porto: Casa da Viúva Moré, 1865, p. 3.

<sup>13</sup> CASSIRER, Ernst. *Antropologia Filosófica*. São Paulo: Mestre Jou, 1977, p. 51. No mesmo sentido: FABRIZ, Daurý César. *A Estética do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31-33.

<sup>14</sup> FRANCA FILHO, Márcio Toscano. *A Cegueira da Justiça: Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2011, p. 25.

<sup>15</sup> BRUNSCHWIG, Colette R. Visual Law and Legal Design: Questions and Tentative Answers. In: SCHWEIGHOFER, Erich et al. (eds.). *Cybergovernance: Proceedings of the 24th International Legal Informatics Symposium IRIS 2021*. Bern: Weblaw, 2021, p. 191. E também: BALTL, Hermann; WEDGWOOD, Stephen. Folklore Research and Legal History in the German Language Area. *Journal of the Folklore Institute*. v. 5, n. 2/3, 1968, p. 142-151.



### 3 “Todos os caminhos levam a Roma”

Ao que tudo indica, sem um contato formal e mais profundo com a “*Rechtsarchäologie*” (“arqueologia jurídica”), o “*Rechtliche Volkskunde*” (“folclore jurídico”), a “*Rechtsymbolik*” (“simbólica jurídica”) ou a antropologia jurídica, Cascudo parecia intuir esses modelos teóricos, em especial, naqueles cinco artigos que compõem a série “O Símbolo Jurídico do Pelourinho”, publicados no jornal “A República”, de Natal, no início de 1950.

Nesses escritos, Cascudo ressalta que o monumento vilarengo também chamado de “picota”<sup>16</sup> significava, em primeiro lugar, a representação material da integridade além-mar do direito do reino nos municípios autônomos. Ademais, o pelourinho era a marca visível de que um dado povoado era dotado de autonomia municipal, pois podia aplicar o direito do reino por meio das autoridades locais. “*Columna in loco conspicuo erecta in signo juris*”, resumiu.<sup>17</sup> Entre os muitos autores citados por Cascudo ao longo daquela série sobre o pelourinho, está, justamente, o mesmo Théophile Braga que, décadas antes, lançara as bases da “simbólica jurídica”.

Câmara Cascudo afirma que o pelourinho já existia em Portugal no século XIV, onde servia para divulgar os atos da Administração e da Justiça. Com efeito, os pelourinhos seriam bem mais antigos, com registros anteriores à civilização romana, conforme António Manuel Amaro Rosa, grande conhecedor do tema.<sup>18</sup> Por volta de 1455, Piero della Francesca pintou o tocante “O Flagelo de Cristo” e, na cena, incluiu Cristo atado a um pelourinho romano. Os *Musées Royaux d’Art et d’Histoire* de Bruxelas guardam em seu acervo uma peça muito mais antiga: uma estatueta egípcia de 35 cm de altura, esculpida em calcário entre 332 AC e 30 AC, em que são vistos dois prisioneiros supostamente estrangeiros amarrados a uma coluna (foto) — um dos mais antigos registros conhecidos de um pelourinho.



Pelourinho egípcio (332 AC – 30 AC), Musées Royaux d’Art et d’Histoire, Bruxelas.

O pelourinho ou picota lusitano já era, de certo modo, uma pequena evolução desse tipo de coluna, poste ou tronco para exposição vexatória e aplicação de violentíssimas penas físicas, mas sem as funções políticas da autonomia municipal ou de publicidade de atos oficiais, como a afixação de avisos ou editais ou a leitura de proclamas reais. Na França, por exemplo, “piloni” existiu, ao lado da força, até a Revolução Francesa substituí-lo pela guilhotina.

No Brasil, assim como em outras colônias portuguesas na África e na Ásia, o pelourinho na praça pública assumiu a dupla função de servir de local para as penas de exibição e de açoites bem como para a divulgação de atos da vida cidadina — “representava a lei” do império e era “índice material da jurisdição e independência das vilas”.<sup>19</sup> Ostentar um pelourinho traduzia a possibilidade de aplicação autônoma da justiça — era, pois, o padrão e o signo da autonomia municipal.

<sup>16</sup> Haveria algumas distinções entre pelourinho e picota segundo ROSA, António Manuel Amaro. *Os Pelourinhos da Lusitânia (1820-1974): Do Vandalismo Oitocentista à Reabilitação pelo Estado Novo*. Dissertação de Mestrado em Estudos do Património. Universidade Aberta de Portugal. Departamento de Ciências Sociais e Gestão. Lisboa, 2014, passim.

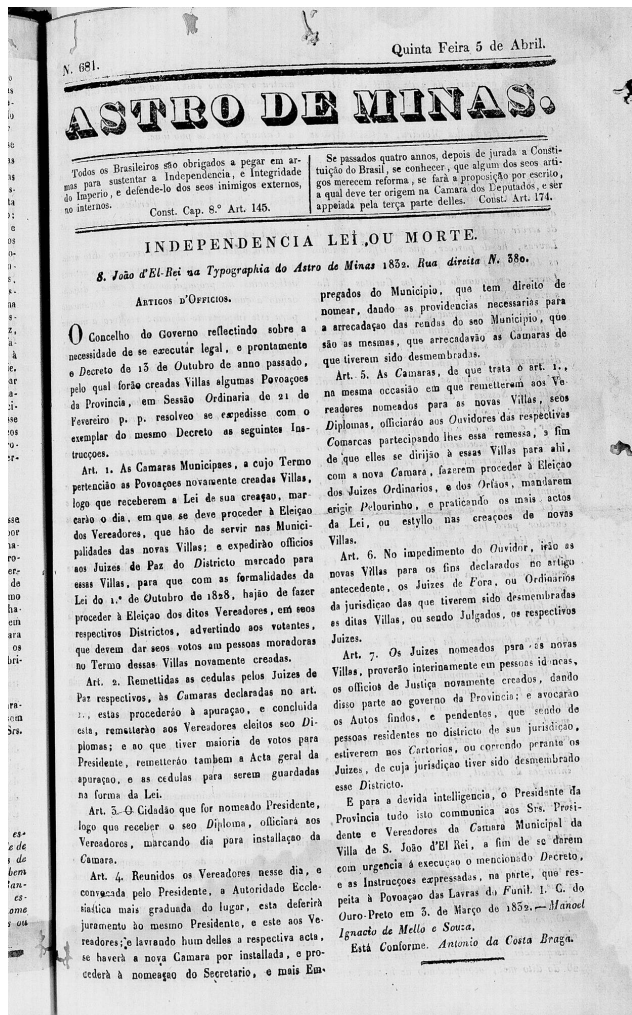
<sup>17</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. O Símbolo Jurídico do Pelourinho I. in *A República*, Natal/RN, edição de 08/01/1950.

<sup>18</sup> ROSA, António Manuel Amaro. *Os Pelourinhos da Lusitânia (1820-1974): Do Vandalismo Oitocentista à Reabilitação pelo Estado Novo*. Dissertação de Mestrado em Estudos do Património. Universidade Aberta de Portugal. Departamento de Ciências Sociais e Gestão. Lisboa, 2014, p. 11.

<sup>19</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. O Símbolo Jurídico do Pelourinho III. in *A República*, Natal/RN, edições de 22/01 e 05/02/1950.



O “Astro de Minas” foi um jornal impresso em São João del Rei (Minas Gerais) a partir de 1827. Na sua edição número 681, de 5 de abril de 1835, a primeira página trazia um decreto do Conselho do Governo, na sequência da elevação de alguns povoados da província à categoria de vilas. O decreto mostra a importância capital dos pelourinhos: o seu art. 5 mencionava que, nas novas cidades mineiras, logo em seguida à eleição dos juizes ordinários e de órfãos, dever-se-ia erigir de pronto o pelourinho municipal, como que a anunciar o novo *status* do espaço urbano.



Astro de Minas de 1835. Acervo da Biblioteca Nacional.

O pelourinho tinha múltiplas finalidades, segundo Câmara Cascudo: função penal (e nisso se aproximava do tronco, existente nas fazendas), função jurisdiccional (já que indicava a presença de magistrado comarcão), função publicitária (posto que era o principal meio de comunicação da edilidade com os munícipes) e, por tudo isso, função simbólico-jurídica (uma vez que era

um índice da autonomia jurídica da municipalidade).<sup>20</sup> Ainda hoje, nos pequenos municípios brasileiros que não possuem órgão de imprensa oficial, a jurisprudência pátria aceita como válida a publicação das leis e dos atos administrativos da municipalidade por meio da afixação em quadro de avisos na sede de prefeitura ou da Câmara Municipal — um resquício do papel que um dia teve o pelourinho. Isso tudo fazia do pelourinho ou picota um elemento de relativo orgulho político dentro da paisagem citadina, e explica porque a construção dos pelourinhos demandou, em muitos lugares, cuidadoso projeto estético. Por essas razões, ele foi retratado várias vezes em desenhos, gravuras e pinturas. Toda cidade tinha que ter o seu pelourinho em lugar de destaque, o primeiro órgão da comunicação social.

Em 1925, o pintor paulista Benedito Calixto retratou “Pelourinho e Arsenal da Marinha em Santos, 1850” (foto), hoje no acervo do Museu Paulista da Universidade de São Paulo (Museu do Ipiranga). Ao contrário das dolorosas e conhecidas cenas de pelourinho pintadas por Jean-Baptiste Debret, por exemplo, chama atenção, no quadro de Calixto, a função publicitária da construção: um homem lê um edital ou uma sentença afixada na estrutura santista.



Benedito Calixto, “Pelourinho e Arsenal da Marinha em Santos, 1850”, 1925, Museu do Ipiranga.

Nos seus cinco artigos, Cascudo menciona os pelourinhos de Olinda, Recife e Natal. Lisboa, Porto e Coimbra também tiveram pelourinhos notáveis — referidos nas artes visuais e na literatura. O pelourinho da cidade de João

<sup>20</sup> De certa forma, funções semelhantes são apontadas por ROSA, António Manuel Amaro. *Os Pelourinhos da Lusitânia (1820-1974): Do Vandalismo Oitocentista à Reabilitação pelo Estado Novo*. Dissertação de Mestrado em Estudos do Património. Universidade Aberta de Portugal. Departamento de Ciências Sociais e Gestão. Lisboa, 2014, passim.

Pessoa, onde habito, ficava na região da atual Praça Rio Branco, no centro histórico. Pelourinhos houve de pedra e madeira, em distintos modelos, uns mais rústicos, outros bastante rebuscados. Um exemplo bastante inusitado é o pelourinho do Soajo, no norte de Portugal. A edificação de pedra rústica porta um chapéu tricórnio e tem um expressivo rosto esculpido em sua parte mais alta (foto).<sup>21</sup>



**Pelourinho do Soajo (1514), em Portugal. Foto: Joseolgon/Wikipédia**

<sup>21</sup> Há uma história em quadrinhos que se passa ao redor do pelourinho do Soajo: RUY, José. *O Juiz de Soajo*. Lisboa: Âncora, 2014. Mais informações técnicas sobre esse pelourinho, além de outras imagens, podem ser obtidas na base de dados do Sistema de Informação para o Patrimônio Arquitetônico de Portugal (SIPA), disponível em <http://www.monumentos.gov.pt/>.

Cascudo indicou que, no Brasil, os crimes que levavam ao pelourinho eram os delitos contra a economia popular, a tranquilidade e o decoro públicos. Os crimes estavam descritos nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas: “ladrões no peso dos víveres”, “quem punha substância estranha ao pão para aumentar-lhe o volume”, “quem vendia peixe deteriorado” e “carne em mau estado”, perturbação do sossego e da ordem, vadiagem, crimes contra animais, as blasfêmias públicas, a “tavalagem bulhenta” (jogo), lesão corporal, porte ilegal de armas, homem vestido de mulher e mulher vestida de homem, os escravos criminosos etc.<sup>22</sup> Os mártires políticos iam para a forca ou eram fuzilados ou esquartejados; a maior parte dos escravos era duramente punida nas senzalas e nos troncos das fazendas, sem direito sequer a julgamento.<sup>23</sup>

#### 4 “Onde Judas perdeu as botas”

O pelourinho, como já mencionado, não foi uma invenção nacional. Já havia pelourinhos nas cidades portuguesas e em muitas colônias lusitanas, durante a expansão marítima. No direito comparado, é possível encontrar monumentos mais ou menos semelhantes aos pelourinhos luso-brasileiros na história jurídico-política de diversos outros países europeus. Na Espanha, por exemplo, foram chamados também de “picota” ou de “rollo” ou “rollo de justicia”, e estavam espalhados em muitas cidades do reino. No Reino Unido, o “stock”, o “whipping-post” e o “pillory” estavam ligados às penas corporais. Na França, existiu, como já indicado, o “pilori”, “échelle” ou “carcan”. Na Itália, por seu turno, havia a “berlina”, a “gogna” e a “colonna infame” ou “colonna della giustizia”, todas com finalidades semelhantes. Na Alemanha, existiam o pelourinho propriamente dito (“Pranger”), as estátuas de Rolando<sup>24</sup> (“Prangermännchen”) e as cruzeiras de mercado (“Marktkreutz”), onde os criminosos eram expostos à expiação pública.

<sup>22</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. O Símbolo Jurídico do Pelourinho III. in *A República*, Natal/RN, edição de 22/01 de 1950.

<sup>23</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. O Símbolo Jurídico do Pelourinho III. in *A República*, Natal/RN, edição de 22/01 de 1950.

<sup>24</sup> O corajoso Rolando (ou Roldão) é um personagem da literatura oral medieval. Teria sido um sobrinho de Carlos Magno, morto numa batalha contra os mouros. Entre outros feitos, matou Marsílio, o rei mouro de Zaragoza. Cascudo fala dessa figura em CASCUDO, Luís da Câmara. *Mouros, Franceses e Judeus: Três Presenças no Brasil*. São Paulo: Global, 2001.



A pena para determinado delito poderia ser, por exemplo, meia hora de exposição no pelourinho local. Também na Bélgica houve o “kaak”. Polônia, Romênia, Suécia, Dinamarca, Áustria, Holanda e a antiga Tchechoslováquia tiveram, do mesmo modo, estruturas mais ou menos equivalentes aos pelourinhos.<sup>25</sup>

No importante acervo digitalizado de iconografia e arqueologia jurídicas do Prof. Karl Frölich (1877-1953), hoje conservado no *Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie*, em Frankfurt, há um exemplo curioso e singular de pelourinho (*Pranger*), encontrado na cidade austríaca de Heidenreichstein (foto).<sup>26</sup> A estrutura, datada do séc. XVII, é dotada de um sino, possivelmente para potencializar a função comunicativa e publicitária do pelourinho, e de um longo braço que empunha a espada da justiça (*Freiungsarm*), em alusão à sua função simbólico-jurídica.



**O pelourinho de Heidenreichstein, na Áustria: Espada e sino. Arquivo do Prof. Karl Frölich.**

<sup>25</sup> ROSA, António Manuel Amaro. *Os Pelourinhos da Lusitânia (1820-1974): Do Vandalismo Oitocentista à Reabilitação pelo Estado Novo*. Dissertação de Mestrado em Estudos do Património. Universidade Aberta de Portugal. Departamento de Ciências Sociais e Gestão. Lisboa, 2014, p. 24-29.

<sup>26</sup> <http://sfr.rg.mpg.de/sf/10201>. A coleção iconográfica do Prof. Karl von Amira também está disponível online e há exemplos muito interessantes de pelourinhos em <https://amira.digitale-sammlungen.de/>. O Prof. Gernot Kocher, do Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen, da Universidade de Graz, na Áustria, também mantém um banco de dados sobre iconografia jurídica em <https://gams.uni-graz.at/context:rehi>.

Enquanto o sino poderia convocar os cidadãos para a execução de uma sentença ou uma assembleia na praça, marcar o toque de recolher ou informar um incêndio, a espada de dois gumes se referia à força, ao poder que a justiça deve ter para impor e fazer cumprir seus julgamentos. É uma imagem, sem dúvida, duplamente significativa.<sup>27</sup>

Esse braço armado com a espada era signo da “Freiung” (era um “*Freiungszeichen*”), a liberdade para que uma cidade pudesse ter um mercado ou feira e para aplicar, autonomamente, o direito por juízes locais. Em outras palavras, o “*Freiungsarm*” (o braço da liberdade) indicava um sinal constitutivo de jurisdição ou um “*luogo di immunità giudiziarie e fiscali*”.<sup>28</sup> Fora dos pelourinhos, é encontrado, por exemplo, em alguns emblemas, em mercados e certos edifícios públicos e em rara heráldica familiar.<sup>29</sup>

Em outras localidades austríacas, podem ser vistos pelourinhos com braços armados com espadas da justiça (“*Arm der Gerechtigkeit*”), embora sem qualquer sineta, campainha ou campã. Sinos isolados, também, podem ser vistos, instalados longe dos pelourinhos, em algumas cidades. Esse sino tinha alguns apelidos: “*Bierglocke*” (sino da cerveja) ou “*Weinglocke*” (sino do vinho), porque marcava o toque de recolher e a proibição de venda dessas bebidas nas tabernas, ou ainda *Wächterglocke* (sino de guarda), já que era um sinal de alerta.<sup>30</sup>

A *Deutsche Fotothek Dresden*, por exemplo, guarda um outro registro que, apesar de bem mais antigo que o pelourinho de Heidenreichstein, não traz nenhum sino: o pelourinho da cidade austríaca de Spittal an der Drau, construído em 1529 (foto). Nele também se vê o braço da justiça com a espada (o tal “*Freiungszeichen*”) coroando a coluna de pedra, em referência à autonomia da jurisdição e aos elevados poderes judiciários.

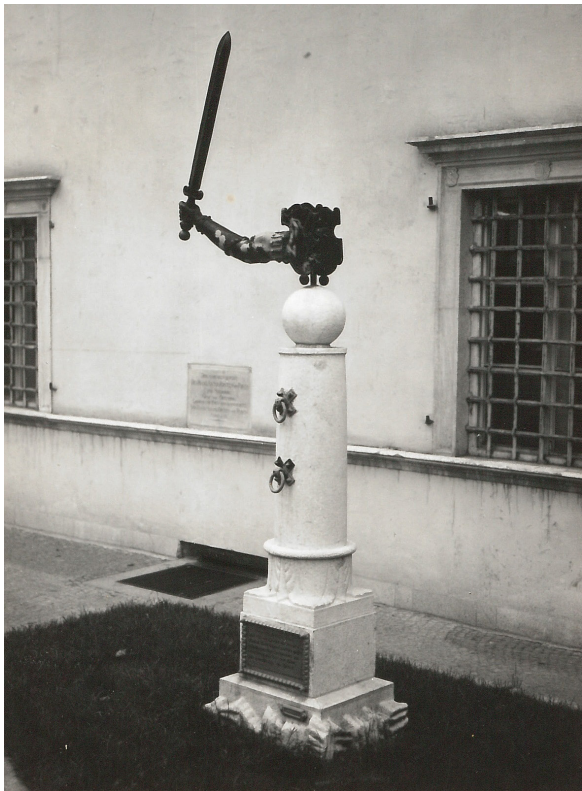
<sup>27</sup> STEININGER, Hermann. Pranger und Makrtsäulen im Waldviertel. *Waldviertel*. v. 17 (28), n. 7/9, 1968, p. 147-159.

<sup>28</sup> WIPFLER, Esther P. Freiung. In: *Reallexikon zur Deutschen Kunstgeschichte*, Bd. X (2010), Sp. 700-715; in: RDK Labor, URL: <https://www.rdklabor.de/w/?oldid=95494> [19.03.2021].

<sup>29</sup> ZUGSCHWERT, Helga. Marktfreiungen in der Steiermark. In: *Blätter für Heimatkunde*. v. 81, 2007 p. 19-29. Concretamente, uma conversa com o eminente Professor Georges Martyn, da Universidade de Gent, Bélgica, uma das maiores autoridades mundiais em História do Direito, indicou-me a fachada da Câmara Municipal de Laxenburg (Alemanha) e a parede da farmácia “Het Sweert” (“A Espada”), em Hasselt (Flandres, Bélgica), uma farmácia do século XVIII que, antes, desde o séc. XVI, era uma espécie de albergue onde se reuniam os vereadores.

<sup>30</sup> STEININGER, Hermann. Pranger und Makrtsäulen im Waldviertel. *Waldviertel*. v. 17 (28), n. 7/9, 1968, p. 147-159.





O pelourinho de Spittal an der Drau, na Áustria, de 1529, na Deutsche Fotothek Dresden.

Construções de certa forma semelhantes (com o braço armado de espada, mas sempre sem o sino) podem ser vistas, ainda, nos centros das cidades de Retz, Hadres, Enzersdorf im Thale, Seefeld-Kadolz, Wullersdorf, Pinkafeld, Donnerskirchen, Draßmarkt, Doellersheim, Peggau, Groß Gerungs, Kefermarkt, Ulrichskirchen e Bockfließ, todas na Áustria. Essa profusão de braços armados nos pelourinhos austríacos é um fenómeno restrito àquela zona central da Europa. Algo assim sequer é visto em outras regiões germanófonas como Alemanha, Suíça, Luxemburgo e Liechtenstein, por exemplo. Se houve, os pelourinhos foram destruídos e não chegaram até os dias de hoje.

O banco de dados do Sistema de Informação para o Patrimônio Arquitetônico de Portugal (SIPA) contém a catalogação de mais de quatrocentos pelourinhos em Portugal<sup>31</sup>. Por caprichos que as musas da história ainda não desvendaram, em um único caso, há a presença do tal braço da justiça, num pelourinho lusitano. Trata-se

<sup>31</sup> O Sistema de Informação para o Patrimônio Arquitetônico de Portugal (SIPA) pode ser consultado em <http://www.monumentos.gov.pt/>. SOUSA, Eliana Susana Miranda de. Vila do Conde no início da Época Moderna: Construção de uma nova centralidade. Dissertação de Mestrado em Arqueologia na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2013, p. 99.

do pelourinho quinhentista de Vila do Conde (foto), de 1538, situado no norte do país. Sabe-se, apenas, que ele é contemporâneo dos pelourinhos de Spittal an der Drau e outras construções na Áustria (séc. XVI), mas se desconhece o seu autor ou suas motivações.



Pelourinho de Vila do Conde, Portugal: o braço armado da justiça. Foto: Bildarchiv Foto Marburg.

Em boa hora, o Dr. António Manuel Amaro Rosa, maior especialista lusitano em pelourinhos, advertiu-me que existem, é verdade, mais dois pelourinhos quinhentistas que, nessa perspetiva, aproximar-se-iam do de Vila do Conde: seriam o de Nisa (foto), no Alentejo, zona sul do país, que é encimado por uma espada (mas sem o braço), e o de Campo Maior (foto), também no Alentejo, que é rematado por uma estatueta da Justiça que segura uma balança e uma espada.



Pelourinhos de Nisa e Campo Maior no Alentejo. Foto: SIPA

O pelourinho de Campo Maior nos remete às estátuas de Rolando (“*Prangermännchen*”), encontradas na Alemanha ou mesmo às fontes da Justiça (“*Gerechtigkeitsbrunnen*”) vistas na Suíça e na Alemanha. De todo modo, importa ter em conta também que nem todos os pelourinhos portugueses conseguiram chegar até aos nossos dias.

Atravessemos o oceano Atlântico. Hoje, quem passar pelo centro da cidade histórica de Mariana, em Minas Gerais, encontrará — certamente surpreso — um pelourinho não com um, mas com dois braços. A espada da justiça está na mão direita, enquanto a balança da justiça fica na mão esquerda. Se, como visto, um pelourinho ornamentado com uma espada já era raro na Europa e, em particular, em Portugal, um pelourinho com uma espada e uma balança no Brasil seria, então, algo raríssimo. Que razões teriam conduzido o seu autor àquela concepção? Câmara Cascudo não menciona o pelourinho mineiro.

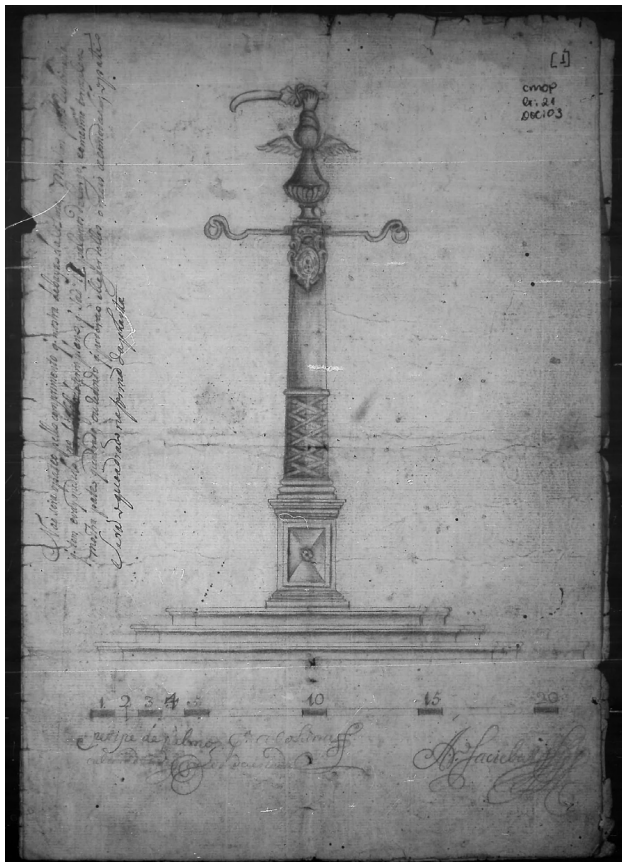


Pelourinho de Mariana (MG). Foto: Leandro Neumann Ciuffo/Wikipedia.

É preciso registrar, todavia, que o pelourinho de Mariana foi erguido em 1750 e demolido em 1871. O atual pelourinho (foto) foi construído em 1970 a partir da “*assemblage*” de peças encontradas nos depósitos e almoxarifados do município, não necessariamente conectadas com o pelourinho anterior. É, pois, resultado de uma aglomeração de diversos elementos esculturais, conforme me confirmaram os eminentes Professores Moacir Rodrigo de Castro Maia (UFRJ) e Carlos Magno de Souza Paiva (UFOP). Trata-se, pois, de um “falso histórico” e, por mais bonito e curioso que seja, o pelourinho de Mariana não tem a mesma eloquência monumental dos pelourinhos austríacos e lusitanos acima indicados. A semiótica visual há de ser distinta.



Totalmente diverso é o valor de um registro encontrado nos arquivos da Câmara Municipal de Ouro Preto, antiga Vila Rica. Ali se encontra uma solicitação de pagamento pela obra do novo pelourinho da cidade, constando, em anexo, um esboço do projeto desenvolvido.<sup>32</sup> A data do pedido é 20 de abril de 1748. O projeto construído era um pelourinho de cuja crista constava um braço armado com uma espada, em tudo semelhante a um “Freyungsarm” austríaco. Eis o projeto do pelourinho de Vila Rica:



Pelourinho de Ouro Preto, antiga Vila Rica (1748). Arquivo Público Mineiro.

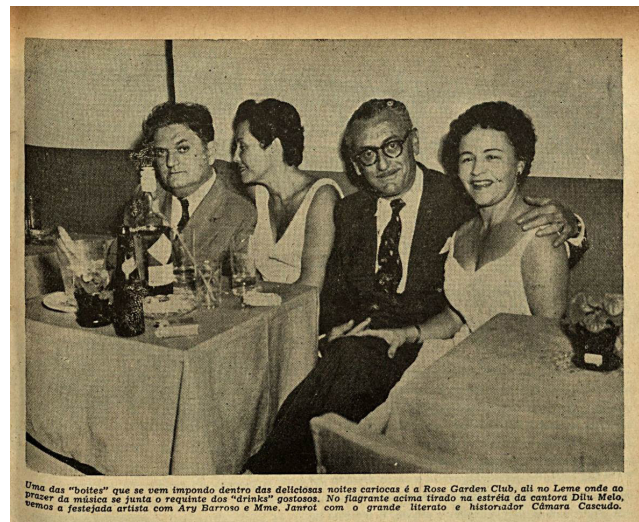
## 5 Considerações finais: “aCésar o que é de César”

Todas as divagações feitas até aqui reforçam que, de fato, o direito não é apenas texto. A linguagem do direito é sinestésica, multissensorial. O pelourinho, por exemplo, era quase um corpo de delito, de onde se pode

<sup>32</sup> <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/cmop/brtacervo.php?cid=1109>.

extrair toda uma retórica visual, localizada na interseção entre poder, direito e imagem. Numa cidade do século XVI, sem imprensa ou outros meios de comunicação, a presença de um pelourinho era o que mais próximo se conseguia ter da própria presença do Estado.

Hoje, quando lemos escritos sobre teorias visuais do direito, arqueologia jurídica, antropologia jurídica ou folclore jurídico, é impossível não enxergar inúmeras afinidades com a sofisticada literatura produzida pelo intelectual múltiplo e transtemporal que habitava aquele casarão localizado entre os bairros potiguares da Ribeira e da Cidade Alta, o homem elegante que era capaz de apreciar, com o mesmo entusiasmo, as histórias divertidas de Ary Barroso em uma noitada numa boate da moda (em cena flagrada pela Revista Fon-Fon, foto) e, com grande exultação, densas discussões filológicas sobre a literatura germânica medieval ou conversas com vaqueiros, feirantes, lavadeiras e pescadores.



Revista Fon-Fon. Acervo da Biblioteca Nacional.

Esse erudito, entrincheirado em Natal mas global *avant la lettre*, a quem o povo de sua terra apelidou de “o homem que sabe de tudo”, sabia, sobretudo, que o saber é miscigenado e não comporta ser apartado em disciplinas que não dialogam. Com isso, aproximava-se de grandes juristas como os irmãos Jacob e Wilhelm Grimm ou Giovanni Bonifacio. Os irmãos Grimm se notabilizaram por recolher a literatura oral alemã nos seus famosos “*Kinder- und Hausmärchen*”, enquanto Cascudo cometeu proeza semelhante em volumes inesquecíveis “*Lendas brasileiras*”, “*Contos Tradicionais do Brasil*” e “*Geografia dos Mitos Brasileiros*”. Em 1616, é publicado “*L’arte de’ cenni*” (“*A Arte dos Gestos*”), do jurista trevisano Giovanni Bonifacio; séculos mais



tarde, Cascudo publicaria o seu “História dos Nossos Gestos”.

Ao prefaciá-lo o seu próprio clássico “Coisas que o Povo Diz”, sobre os ditados populares, Cascudo fez questão de mencionar uma quadra do amigo Ademar Tavares:

“A verdade Popular

Nem sempre ao sábio condiz

Mas há verdade serena

Nas coisas que o povo diz”<sup>33</sup>

Tinha toda razão. É desse mesmo povo a sabedoria cuja autoria se perde nos ventos da memória: “Quem só sabe direito sequer direito sabe”.

## Referências

- BALTL, Hermann; WEDGWOOD, Stephen. Folklore Research and Legal History in the German Language Area. *Journal of the Folklore Institute*. v. 5, n. 2/3, 1968, p. 142-151.
- BRAGA, Theóphilo. *Poesia do Direito*. Porto: Casa da Viúva Moré, 1865.
- BRUNSCHWIG, Colette R. Visual Law and Legal Design: Questions and Tentative Answers. In: SCHWEIGHOFER, Erich et al. (eds.). *Cybergovernance: Proceedings of the 24th International Legal Informatics Symposium IRLS 2021*. Bern: Weblaw, 2021.
- CASCUDO, Luís da Câmara. *Civilização e Cultura*. São Paulo: Global, 2004.
- CASCUDO, Luís da Câmara. *Mouros, Franceses e Judeus: Três Presenças no Brasil*. São Paulo: Global, 2001.
- CASCUDO, Luís da Câmara. *Coisas que o Povo diz*. Rio de Janeiro: Bloch, 1968.
- CASCUDO, Luís da Câmara. *Etnografia e Direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1961.
- CASCUDO, Luís da Câmara. O Símbolo Jurídico do Pelourinho. In: *A República*, Natal/RN, edições de 08/01, 15/01, 22/01, 29/01 e 05/02 de 1950 (sem página).
- CASSIRER, Ernst. *Antropologia Filosófica*. São Paulo: Mestre Jou, 1977.
- CHASSAN, M. Joseph Pierre. *Essai sur la Symbolique du Droit - Précédé d'une Introduction sur la Poésie du Droit Primitif*. Paris: Videcoq Fils Ainé, 1847.
- DUCATO, Rossana. De Jurisprudencia Picturata: Brief Notes on Law and Visualisation. *Journal of Open Access to Law - Special Issue on “Visual Law”*. v. 7, n. 1, 2019.
- FABRIZ, Daury César. *A Estética do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A Cegueira da Justiça: Diálogo Iconográfico entre Arte e Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2011.
- LIMA, Diógenes da Cunha. *Câmara Cascudo: Um Brasileiro Feliz*. Rio de Janeiro: Lidador, 1998.
- PIERRAT, Emmanuel. *Antimanuel de Droit*. Rosny: Bréal, 2007.
- ROSA, António Manuel Amaro. *Os Pelourinhos da Lusitânia (1820-1974): Do Vandalismo Oitocentista à Reabilitação pelo Estado Novo*. Dissertação de Mestrado em Estudos do Património. Universidade Aberta de Portugal. Departamento de Ciências Sociais e Gestão. Lisboa, 2014.
- SOUSA, Eliana Susana Miranda de. Vila do Conde no início da Época Moderna: Construção de uma nova centralidade. Dissertação de Mestrado em Arqueologia na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2013.
- STEININGER, Hermann. Pranger und Makrtsäulen im Waldviertel. *Waldviertel*. v. 17 (28), n. 7/9, 1968, p. 147-159.
- VISMANN, Cornelia. Image and Law - a Troubled Relationship. *Parallax*. v. 14, n. 4, 2008, p. 1-9.
- ZUGSCHWERT, Helga. Marktfreiungen in der Steiermark. In: *Blätter für Heimatkunde*. v. 81, 2007 p. 19-29.
- WIPFLER, Esther P. “Freiung”. In: *Reallexikon zur Deutschen Kunstgeschichte*, Bd. X (2010), Sp. 700–715. In: RDK Labor, URL: <<https://www.rdklabor.de/w/?oldid=95494>> [19.03.2021].

<sup>33</sup> CASCUDO, Luís da Câmara. *Coisas que o Povo diz*. Rio de Janeiro: Bloch, 1968, p. 11.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A política da União Europeia no turismo:** o turismo cultural e a sustentabilidade do patrimônio industrial para integração do bloco europeu

**The European Union's policy in tourism:** cultural tourism and the sustainability of industrial heritage in integration

Maraluce Maria Custódio

Fernando Barotti dos Santos

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# A política da União Europeia no turismo: o turismo cultural e a sustentabilidade do patrimônio industrial para integração do bloco europeu\*

## The European Union's policy in tourism: cultural tourism and the sustainability of industrial heritage in integration

Maraluce Maria Custódio\*\*

Fernando Barotti dos Santos\*\*\*

### Resumo

O presente artigo estuda como a integração política e econômica da União Europeia influencia o turismo e como o turismo, enquanto atividade econômica, pode promover desbordamento do bloco econômico. A pesquisa demonstra relevância, pois elucida como a cultura, com base na ótica patrimonial de uma sociedade, pode contribuir para o desenvolvimento regional e social europeu. O estudo tem como marco teórico as legislações referentes ao bloco europeu e de outros organismos internacionais que os países são signatários. Estuda-se o modelo de integração europeu, com base no turismo cultural, observando-se sua ocorrência e seu contorno pelo sistema da entidade supranacional. Por fim, foca-se no turismo industrial, especificamente no patrimônio industrial, para demonstrar como esse turismo pode reforçar a integração da União Europeia. Desenvolveu-se a pesquisa sob a metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que a política turística aplicada ao patrimônio industrial é uma forma de integração eficaz, promovendo a união, e o sentimento de pertencimento europeu pela comunidade.

**Palavras-chave:** Integração Política. União Europeia. Turismo Cultural. Patrimônio Industrial. Pertencimento.

### Abstract

This article studies how the political and economic integration of the European Union influences tourism and how tourism, as an economic activity, may promote the overflow of the economic bloc. Research elucidates how culture, from a society's heritage perspective, can contribute to regional and social development. The theoretical framework of the study is the legislation referring to the European bloc and other international organizations, to which the countries are signatories. The European integration model is studied, based on tourism, observing its occurrence and its contour through the supranational entity system. Finally, it focuses on industrial tourism,

\* Recebido em 15/08/2020  
Aprovado em 26/03/2021

\*\* Doutora em Geografia na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em programa de cotutela com a Université d'Avignon. Mestre em Direito pela UFMG e em Direito Ambiental pela Universidad International de Andalucía (UNIA). Graduada em Direito pela UFMG. Professora da graduação e professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da ESDHC (Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável). E professora efetiva de Direitos Difusos da UEMG Diamantina.  
E-mail: maralucem@yahoo.com

\*\*\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Professor Assistente da PUC-Minas. Assessor do Ministério Público Federal de Minas Gerais lotado no gabinete do 26º Ofício. Pesquisador nas áreas de Filosofia do Direito, Hermenêutica, Direito e Memória, Patrimônio Cultural, Paisagem, Direito e Sociedade. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1558-5550>.  
E-mail: fernando\_barotti@hotmail.com



specifically on industrial heritage, to demonstrate how such tourism can strengthen the integration of the European Union. Research was developed under the legal-theoretical methodology and deductive reasoning, with bibliographic and documentary research. At the end the article concludes that the tourism policy on the industrial heritage is a form of effective integration, promoting unity, and the feeling of European belonging by the community.

**Keywords:** Political Integration. European Union. Cultural Tourism. Industrial Heritage.

## 1 Introdução

O turismo é atividade cultural desenvolvida inicialmente para a contemplação, pois o turista se dirige a locais que não sejam o de residência, com fim de conhecer e descobrir aquela localidade, que pode ser de interesse por diversas facetas, como por exemplo, política, tradições, artes etc. Ao longo do tempo, tal atividade se tornou muito rentável para os mais diversos países.

Diversos segmentos turísticos foram pensados para o fomento econômico e não são poucos os países que investem em turismo, seja apresentando sua culinária, belezas naturais, arquitetura, religiosidade ou tradições. Cada país adota sua legislação própria, financiamentos e políticas públicas de fomento turístico, de forma que o turismo passa a ser visto como legítima atividade econômica.

Com a globalização, a expansão de migrações e deslocamentos turísticos, houve a necessidade de acordos internacionais para realização da unificação de certas medidas de visitação, de fronteiras e recepção dos visitantes temporários. Em destaque, a Europa conseguiu, com maior êxito, a promoção internacional do turismo, em relação à sua proposta de unificação e integração europeia.

Dessa forma, o presente artigo estuda como integração da União Europeia incrementou o desenvolvimento do turismo na região, e como essa atividade econômica permitiu o fortalecimento da integração do bloco comunitário. Para isso, analisou a estrutura política e jurídica do organismo supranacional, na condição de políticas turísticas e regulamentação da matéria por suas comissões e órgãos decisórios. A pesquisa não visa elucidar uma região específica, ou país, mas sim mostrar como

a política comunitária, de gestão continental consegue organizar o turismo cultural e trazer a integridade com base na identidade cultural, em uma região que agrega um pluralismo de tradições e elementos culturais.

O artigo enfoca o turismo cultural, segmento que, na comunidade europeia, desenvolve-se com a intenção de unificar e integrar contextos, países, políticas, economia, legislação, culturas e sociedades. A cultura, como concepção imaterial, consegue ser produzida com base em elementos e estruturas já presentes, demonstrando, apenas, como as diversas culturas e tradições pertencem ao mesmo sentimento europeu.

A pesquisa apresentada neste texto se centra na análise do fomento ao turismo industrial, que põe em destaque antigos prédios e áreas que abrigavam indústrias dos mais variados setores. Em razão de fatores como a globalização e a expansão econômica, as empresas migram desses antigos aglomerados em busca de maiores espaços e incentivos econômicos. O processo de desindustrialização proporciona espaços vazios, em deterioração pelo não uso, promove a perda de sentido, reconhecimento e importância, gerando uma perda econômica na região que pode ser recuperada, em parte, pelo turismo industrial.

Logo, a patrimonialização desses lugares promove uma revalorização da sociedade para com essas áreas, que foram revitalizadas, e apresentam-se como parte da história da industrialização europeia. O patrimônio cultural é um elemento que comporta, em si, sentimento, identidade, e aspectos históricos arquitetônicos e estéticos de uma região, de um estado ou de uma pequena localidade. Os bens culturais figuram como um espelho de um momento social, que necessita de atenção e proteção, por outro lado, seu compartilhamento, consegue unificar narrativas que, porventura, se mostram distante.

Dentre vários papéis desempenhados pela União Europeia e sua política de integração, a inserção de um sentimento europeu se mostra oportuna para diminuir tensões, diluir fronteiras, estabelecer um tráfego em todas as áreas da comunidade. Ao passo que também promove as economias dos países. Tal intenção promove não somente a ecologia dos espaços, o seu reuso, mas também conta e contextualiza uma narrativa comum de um continente onde surgiu a Revolução Industrial. Consequentemente, se promove a integração política, social e jurídica da União Europeia, demonstrando essa raiz histórica comum aos membros desta.

O trabalho conta com pesquisa bibliográfica, raciocínio dedutivo, com metodologia jurídico-teórico, para explicar o modo de gestão, organização e legislação de atores estatais e interestatais, relativo à União Europeia e a seu processo de integração. O marco teórico deste trabalho constitui as legislações internacionais em âmbito da União Europeia. Ainda se estuda o turismo cultural, suas balizas internacionais e comunitárias e analisa-se o turismo em contexto do patrimônio industrial na Europa demonstrando sua importância como elemento importante na integração do bloco europeu.

## 2 Turismo como integração entre sociedade e cultura

O turismo é uma atividade econômica cultural humana com a finalidade de contemplação e conhecimento de locais que não sejam o de domicílio. Pode ser economicamente rentável, pois o turismo, tanto em nível internacional quanto nacional, promove interdependência entre agentes públicos e privados, estrangeiros ou não para regulamentar suas atividades. Turismo se associa à ideia de repouso, à diversão, esportes, à cultura e à natureza<sup>1</sup>. O turismo, compreende-se como um fenômeno de estada realizada por pessoa fora de seu domicílio, por período consecutivo inferior a um ano, com fins de lazer, negócios ou outra atividade que atenda a esses requisitos<sup>2</sup>.

Apesar de ser um conceito formatado em nível internacional pela Organização Mundial do Turismo, existem outras definições sobre o tema na doutrina científica da área, que ampliam ou reduzem o alcance e a definição de turismo. A partir de Hunziker e Krapf<sup>3</sup>, traduz Badaró<sup>4</sup> que

turismo é o conjunto das relações e dos fenômenos produzidos pelo deslocamento e permanência de pessoas fora do seu local de domicílio, sempre que os ditos deslocamento e permanências não estejam motivados por uma atividade lucrativa.

Com efeito, independentemente das conceituações

legais e científicas, o turismo promove o acesso à cultura de outros povos ou grupos, à natureza, à comunicação, bem como o intercâmbio de experiências. Por isso, o Código de Ética Mundial para o Turismo preconiza que o turismo seja experimentado com abertura de espírito e a aprendizagem, com tolerância e sustentabilidade<sup>5</sup>. Dessa forma,

o turismo, a natureza e a cultura estão intimamente associados, pois a base dos deslocamentos turísticos está vinculada aos atrativos que contenham tais particularidades, assim como a ordenação da oferta das localidades deve estar alicerçada nos aspectos que atuem como caracterizadores das mesmas. Estabelecer ações de planejamento, ordenação e coordenação do turismo e da cultura significa envolver a comunidade receptora nas decisões, para que, posteriormente, se possa proceder a uma adequada promoção da localidade e criar condições de propiciar o desenvolvimento harmônico e equilibrado da atividade turística.<sup>6</sup>

O Código de Ética Mundial para o Turismo propõe um engajamento do turismo cultural. Logo, as relações simbólicas, as transformações que afetam direta e indiretamente os bens culturais não são percebidas em sua totalidade. A realidade é que a tomada do patrimônio cultural como objeto disponível ao turismo, sua refuncionalização turística, para esse setor, promove intervenções positivas e negativas, que necessitam ser pensadas para serem implementadas. A adequação dos usos desses objetos ligados a uma história, tradição ou a um povo, mas que ao mesmo tempo pertence a outro contexto socioespacial e contemporâneo, precisa ser considerada em relação ao estabelecimento do plano turístico.<sup>7</sup>

O manejo do turismo cultural permite a aproximação entre uma sociedade e o patrimônio cultural. Como aponta Sotratti, o estabelecimento de rotas turísticas, além da valorização dos bens culturais, permite o desenvolvimento mercadológico desses bens atraindo consumidores internos e externos. “A interpretação do

<sup>1</sup> OMT. *Código de ética mundial para o turismo*. Brasil: Ministério do Turismo, 1999.

<sup>2</sup> OMT. *Código de ética mundial para o turismo*. Brasil: Ministério do Turismo, 1999.

<sup>3</sup> HUNZIKER, Walter; KRAPF, Kurt. *Grundriss der allgemeinen Fremdenverkehrslehre*. Verlag: Polygraph, 1942.

<sup>4</sup> BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda. *Direito do turismo: história e legislação no Brasil e no exterior*. Senac, 2002. p. 20.

<sup>5</sup> OMT. *Código de ética mundial para o turismo*. Brasil: Ministério do Turismo, 1999.

<sup>6</sup> BAH, Miguel. *Fatores ponderáveis no turismo: sociais, culturais e políticos*. Curitiba: Protex, 2004. p. 33.

<sup>7</sup> SOTRAITI, M. A. Turismo cultural e patrimônio cultural: aproximações e contrastes. In: MARAFON, G. J.; SOTRAITI, M. A.; FACCIOLI, M. (org). *Turismo e território no Brasil e na Itália: novas perspectivas, novos desafios* [online]. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014. p. 22-40.

patrimônio no turismo cultural acrescenta valor ou intensifica a experiência do turista em determinado atrativo, uma vez que alia o entretenimento ao conhecimento mais profundo dos bens culturais”.<sup>8</sup>

O projeto turístico deve envolver atores públicos, privados, sociais, estabelecer o ponto de confluência, as externalidades, a valoração, os fenômenos advindos da promoção turística à localidade. O turismo, por seu possível impacto positivo no desenvolvimento econômico de uma região, promove a integração de diversos setores empresariais, e amplia o encontro com novas culturas, ambientes, políticas, gastronomia, música, arquitetura, o que fomenta interesses por conhecer e contemplar outro lugar.

Uma política turística deve se fundamentar com base na integração da sustentabilidade e da cultura, fomentando o desenvolvimento econômico, a troca de culturas, sem o limite de alcance às leis. Os acordos internacionais e políticas públicas devem observar a aplicação desses preceitos básicos.

### 3 A política integrada da União Europeia no ramo do turismo

A integração política de uma região é uma possibilidade de dissolver barreiras, dentre elas a de circulação de pessoas, o que incentiva o turismo e, por consequência, a troca cultural. A integração é interessante, pois fomenta a economia, ao facilitar a entrada de bens, serviços e pessoas, o que, indiretamente, já fomenta a área turística e promove, ainda mais, regiões conhecidas ou cria novos pontos de turismo. A integração, apesar de atrativa e em longo prazo, possibilita benefícios, requer cuidados e empenho, e não pode ser entendida e aplicada como um processo simples e rápido.

A integração deve ser pacífica e voluntária, pois consiste em uma aparente dissolução de fronteiras e de transferência de competências, até então exclusivas e soberanas de um Estado para um poder supranacional, que realiza uma articulação, que busca estar em harmonia com a vontade da maioria dos países europeus, res-

peitando suas necessidades e possibilidades. Objetiva-se o desenvolvimento em conjunto. Assim, estabelecem-se instituições supranacionais comuns a todos os membros “de modo a estabelecer uma ordem jurídica capaz de aplicar, executar e controlar a devida observância pelas próprias instituições e pelos órgãos nacionais”<sup>9</sup>.

A integração não perfaz um processo linear, nem se aplica, com plena observância, às premissas teóricas formuladas por especialistas. Devem ser observadas para compor a integração “[...] as diferenças substanciais entre as normas culturais, as experiências históricas, as estruturas sociais, a localização geoestratégica e os regimes políticos dessas regiões do mundo [...]”<sup>10</sup>. Logo, não são todas ou quaisquer competências pertencentes aos países que serão objetos de cessão à entidade supranacional, serão atribuições pontuais, que possuem abrangência dilatada ou que permitam regular e interferir em todos os membros, aprofundando, progressivamente, o processo de integração, não ignorando suas especificidades que se destacam em relação à inserção da legislação comum à legislação pátria de cada país.

São as instituições, a ordem jurídica, as competências, as políticas comunitárias, geradas com base na sujeição voluntária dos Estados membros, a essa supranacionalidade, que deverão dirimir e regular assimetrias e desigualdades entre os países signatários. Na atualidade, a integração performada pela União Europeia (UE) é a mais bem-sucedida dos modelos tentados ou existentes no mundo.

A integração se inicia com base na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), uma união econômica e política dos principais materiais para desenvolvimento industrial e social, e agora regional.

Ao Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço seguiram-se o Tratado da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e o Tratado da Comunidade Europeia de Energia Atômica, ambos celebrados em 1957. Assim, três comunidades

<sup>8</sup> SOTRATTI, M. A. Turismo cultural e patrimônio cultural: aproximações e contrastes. In: MARAFON, G. J.; SOTRATTI, M. A.; FACCIOLI, M. (org). *Turismo e território no Brasil e na Itália: novas perspectivas, novos desafios* [online]. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014. p. 22-40. p. 34.

<sup>9</sup> DIZ, Jamile B. M.; CARNEIRO, Caio C. (Re)visitando o primado das normas de direito europeu: a evolução histórica da primazia e seus primeiros desdobramentos jurisprudenciais. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 04, n. 49. p. 255-284, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2294/1424>. Acesso em: 7 jun. 2018.

<sup>10</sup> SCHMITTER, Philippe C. A experiência da integração europeia e seu potencial para a integração regional. *Lua Nova*, São Paulo, n. 80, p. 9-44, 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452010000200002>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452010000200002&lng=en&nrm=iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452010000200002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 7 jun. 2018.



se estruturaram no continente europeu, as quais instituíram um Conselho e uma Comissão únicos, a congregar todas elas. Por meio do Tratado de Bruxelas, firmado em 1965, formou-se aparato orgânico composto por quatro instituições seminais à fase ulterior de integração: o Parlamento, a Corte de Justiça, o Conselho e a Comissão únicos, que compunham o então nascente Mercado Comum Europeu. Todavia, o grande passo para a formação da vindoura União Europeia foi dado com a assinatura, em 1986, do Ato Único europeu. Tratava-se de acordo internacional sinalado entre os doze Estados-membros da Comunidade Europeia, visando ao aprofundamento da integração econômica e lançando as bases para a póstera integração política, que culminou no advento do Tratado de Maastricht (1992) e na consolidação definitiva da União Europeia.<sup>11</sup>

Entre 2007 e 2009, ocorreram as últimas mudanças no desenho institucional da União Europeia, atualizando e desbordando de competências e instituindo o euro como moeda em vários países signatários. O Tratado de Funcionamento da União Europeia de 2007 (TFUE) e o Tratado de Lisboa de 2009 (TUE) trazem, em seus textos, rol de princípios relativos à transferência de poderes ao órgão supranacional e delimitam quais as competências atribuídas à União Europeia, de forma a consolidar os acordos de integração que tinham sido assinados até aquele momento. Os pactos firmados visam, também, “[...] impedir que o exercício dessas competências não exceda os limites que os Estados signatários conferiram à atuação do bloco supranacional”<sup>12</sup>.

O estabelecimento de uma organização comunitária, como a União Europeia, dá ao ente supranacional o poder de decisão, em conjunto com os membros signatários. Dessa forma há a uniformização e harmonização de políticas e legislações no bloco, sem rupturas ou discordâncias prejudiciais aos interesses da comunidade europeia.

As medidas de harmonização são de competência da União, devendo ser aprovadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia,

conjuntamente, representam o principal órgão decisório da União Europeia. Por um lado, o Parlamento Europeu, com a escolha dos seus representantes por meio de eleições diretas, para exercer as responsabilidades legislativas, orçamentárias e supervisionar as políticas nacionais, a fim de exercer o controle democrático das instituições. De outro lado, o Conselho da União Europeia tem a competência para aprovar e coordenar as políticas comunitárias.<sup>13</sup>

No rol de competências expressas no Tratado Funcionamento da União Europeia (TFUE), está a possibilidade de legislar sobre o desenvolvimento do turismo. É no artigo 6º alínea d) do TFUE<sup>14</sup> que se estabelece a competência para adotar ações de apoio, coordenação ou complementar ações de Estados signatários sobre o turismo. O TFUE desdobra o tema em um título próprio, em seu texto. No artigo 195º<sup>15</sup>, encontram-se as diretrizes bases para o fomento do turismo, ressaltando a necessidade de uma codecisão entre Parlamento Europeu e o Conselho (Conselho da União Europeia), pois são atores supranacionais capazes de legislar.

A importância da decisão em conjunto é demonstrar e efetivar na comunidade o papel democrático das instituições, a integração e a participação ampla. Esse sistema organizado em Parlamento e Conselho são análogos ao sistema bicameral e a atores externos à organização dos Estados-membros. “O Parlamento dispõe, assim, de meios para influenciar a preparação de textos legislativos através de programas comunitários”<sup>16</sup>; ele é diretamente eleito pelos cidadãos para exercerem funções, sobretudo, legislativas. O Conselho é a instância com

<sup>13</sup> SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 355-373, 2016. p. 366.

<sup>14</sup> Artigo 6º. A União dispõe de competência para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros. São os seguintes os domínios dessas ações, na sua finalidade europeia: a) Proteção e melhoria da saúde humana; b) Indústria; c) Cultura; d) Turismo; e) Educação, formação profissional, juventude e desporto; f) Proteção civil; g) Cooperação administrativa.

<sup>15</sup> Artigo 195º. [...] 2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as medidas específicas destinadas a completar as ações desenvolvidas nos Estados-Membros para realizar os objetivos enunciados no presente artigo, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.

<sup>16</sup> No original : Le Parlement se voit ainsi doté de moyens d’influencer l’élaboration des textes législatifs par des programmes communautaires.

<sup>17</sup> KRÄMER, Ludwig; KROMAREK, Pascale. Droit communautaire de l’environnement. 1er oct. 1991 - 31 déc. 1993. *Revue Juridique de l’Environnement*, n. 2-3, p. 209-248. 1994. p. 212.

<sup>11</sup> DIZ, Jamile B. M.; CARNEIRO, Caio C. (Re)visitando o primado das normas de direito europeu: a evolução histórica da primazia e seus primeiros desdobramentos jurisprudenciais. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 04, n. 49. p. 255-284, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2294/1424>. Acesso em: 7 jun. 2018.

<sup>12</sup> DIZ, Jamile B. M.; CARNEIRO, Caio C. (Re)visitando o primado das normas de direito europeu: a evolução histórica da primazia e seus primeiros desdobramentos jurisprudenciais. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 04, n. 49. p. 255-284, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2294/1424>. Acesso em: 7 jun. 2018.

representantes designados pelos Estados, sua competência é de regular as políticas da Comunidade, regulamentando as ações a serem realizadas pela Comunidade Europeia como bloco<sup>18</sup>.

A materialização de uma codificação no campo do direito comunitário europeu dá-se principalmente por meio de Regulamentos e Diretivas, atos legislativos estabelecidos, respectivamente, no art. 288º do TFUE<sup>19</sup>. O Regulamento<sup>20</sup> estabelece princípios, define condições para que os signatários, em observância à posição da União Europeia, os implementem; os regulamentos, quando aprovados, são vinculativos e eles ostentam atributos da supranacionalidade normativa, a saber: primazia, aplicabilidade imediata e efeito direto<sup>21</sup>. “Os regulamentos estabelecem regras, impõem obrigações ou conferem direitos a todos que se incluam ou passem a incluir na categoria de seus destinatários”<sup>22</sup>.

A Diretiva<sup>23</sup>, por sua vez, assemelha-se à competência concorrente, que fixa objetivos gerais suprana-

cionais, a serem seguidos pelos Estados-membros. No entanto, compete a cada país elaborar sua própria legislação para executar os objetivos<sup>24 25</sup>.

As diretivas vinculam os Estados-Membros quanto aos objetivos a serem alcançados dentro de um determinado prazo, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios a utilizar. As diretivas têm de ser transpostas para o direito interno de cada país de acordo com os seus procedimentos específicos.<sup>26</sup>

A diretiva precisa ser internalizada pelos Estados-membros, um ato obrigatório a ser realizado em prazos estipulados e nos termos da própria diretiva. Esta não deve ser confundida com o instituto jurídico da recepção normativa. Constitui-se como um ato voluntário do ordenamento jurídico, realizando um filtro entre as normas já postas a serem inseridas no novo modelo jurídico do país. A internalização, ainda, vincula os signatários da comunidade a comunicarem, periodicamente, a comissão sobre as medidas tomadas para execução dos objetivos das diretivas internamente.<sup>27</sup>

Todo esse longo processo de integração descrito, deságua, necessariamente, no turismo, bem como interfere no seu desenvolvimento em âmbito da comunidade e nas políticas intergovernamentais. Desde o Tratado de Roma em 1957, o turismo é considerado uma ação comunitária, com adoção de medidas em prol do mercado comum e da paridade de desenvolvimento econômico. Em 1987, com a assinatura do Tratado Único Europeu, houve a eliminação de entraves para o livre fluxo de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, consequentemente o turismo cresceu e foi considerado essencial para o êxito da integração<sup>28</sup>.

Em 1990 surge a Diretiva 90/314/CEE referente às viagens, férias e circuitos organizados. Esta funciona como uma regulamentação dos direitos dos consumi-

<sup>18</sup> JANS, Jan H.; VEDDER, Hans. *European environmental law: after Lisbon*. Apollo Books, 2012.

<sup>19</sup> Artigo 288º. Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios [...].

<sup>20</sup> Artigo 14º. Sem prejuízo do disposto no artigo 4º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93º, 106º e 107º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respetivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)*. 2007. p. 54.

<sup>21</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)*. 2007.

<sup>22</sup> MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 536-563, 2016. p. 542.

<sup>23</sup> Artigo 23º. [...] O Conselho, deliberando de acordo com um processo legislativo especial e após consulta ao Parlamento Europeu, pode adotar diretivas que estabeleçam as medidas de coordenação e de cooperação necessárias para facilitar essa proteção. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)*. 2007. p. 58.

<sup>24</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)*. 2007.

<sup>25</sup> Como apontam Machado, Vidal e Café (2017, p. 23) “[...] tem-se assistido a um movimento de aumento do nível de harmonização na transposição das regras entre os Estados-membros, que acaba por subverter a definição deste instrumento legislativo da União, transformando estas diretivas praticamente em regulamentos”.

<sup>26</sup> MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 536-563, 2016. p. 543.

<sup>27</sup> MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 536-563, 2016.

<sup>28</sup> ESTOL, Judith; FONT, Xavier. European tourism policy: its evolution and structure. *Tourism Management*, v. 52, p. 230-241, 2016.

dores, que também pertence ao rol de competências, nos acordos de integração<sup>29</sup>. O objetivo foi impulsionar o setor do turismo, harmonizando as leis, garantindo proteção à nível supranacional aos consumidores e a interesses econômicos, sendo uma forma de alcançar o mercado interno, em paralelo, a expansão e coesão política do Mercado Único<sup>30</sup>.

O Tratado de Maastricht, assinado em 1993, foi pouco significativo na política de desenvolvimento do turismo, apesar de reconhecer a necessidade de uma ação intergovernamental em relação ao tema e permitir que as instituições atuassem com maior legitimidade. Com o começo da vigência do Tratado de Amsterdã de 1999, elaborou-se relatório que buscava promover ações com base em ações mais ecológicas, os chamados “Livros Verdes”, o que conduziu a indústria do turismo a buscar adequações a nova demanda de sustentabilidade e proteção ambiental trazidas pela ECO-92.

Em 2003, destaca-se, seguindo a política de desenvolvimento do turismo, apresentada no Regulamento n.º 138/2004, que discorria sobre as contas econômicas da agricultura na comunidade. Apesar de versa sobre o plano rural, o regulamento definiu critérios para o turismo rural, o agro turismo e serviços deles derivados. “Trata-se, nomeadamente, da transformação de produtos agrícolas na própria exploração, da silvicultura, da serração de madeira, do turismo etc.”<sup>31</sup>

Somente a partir de 2007, quando os tratados que reformou a União Europeia foram finalmente implementada a política do turismo, houve claramente formulada, promovido pela Comissão Europeia (CE). O fato de ter demorado tanto foi em parte porque os Estados-Membros relutavam em renunciar a parte de suas competências domésticas para a UE e em parte devido à natureza do turismo. [...] Os papéis do Parlamento Europeu (PE) e do Conselho da União Europeia (CONSELHO) são relevantes para a discussão, pois são as duas

<sup>29</sup> CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados do. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 158, p. 59-64, 23 jun. 1990.

<sup>30</sup> ESTOL, Judith; FONT, Xavier. European tourism policy: its evolution and structure. *Tourism Management*, v. 52, p. 230-241, 2016.

<sup>31</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 138/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de dezembro de 2003, sobre as contas económicas da agricultura na Comunidade (Texto relevante para efeitos do EEE). *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 033, p. 1-87, 05 fev. 2004.

instituições envolvidas no processo legislativo.<sup>32 33</sup>

A demora em proporem um profícuo projeto do turismo resultou na Agenda 2007, que delineia uma abordagem mais sustentável, estabelecendo metas, objetivos, princípios a serem seguidos, para alcançar um turismo competitivo e sustentável em face dos recursos naturais e culturais<sup>34</sup>. Com promoção da Agenda 2007:

a rede proporcionou importante alavancagem para a formulação da política turística e, ainda assim, importante, a declaração de “participação voluntária” das regiões foi a única garantia que a CE tinha de consolidar um modelo turístico europeu, uma vez que o turismo permaneceu uma medida comunitária e, portanto, a implementação da Agenda 2007 não era obrigatória.<sup>35 36</sup>

Contudo, aos poucos, essa agenda sustentável ganha um caráter vinculativo, por via dos Regulamentos e Diretivas. O Regulamento n.º 1073/2009, ao estabelecer regras de acesso ao mercado internacional dos serviços de transportes de veículos automotores, conferiu ao turismo o dever de observar as normas ambientais, utilizando meios de transportes que respeitem o meio ambiente<sup>37</sup>.

Em 2011, a Diretiva 2011/92/EU abordou a avaliação dos efeitos de projetos públicos e privados no meio ambiente, especialmente os que possam ter alguns impactos consideráveis nele. Dentre os projetos elencados no texto

<sup>32</sup> *No original: Only since 2007, when the treaties which reformed the European Union were finally implemented, has there been clearly formulated tourism policy, promoted by the European Commission (EC). That it should have taken so long was partly because Member States were reluctant to relinquish part of their domestic powers to the EU and partly because of the nature of tourism. [...] The roles of the European Parliament (EP) and the Council of the European Union (COUNCIL) are relevant to the discussion as they are both institutions involved in the legislation process.*

<sup>33</sup> ESTOL, Judith; FONT, Xavier. European tourism policy: its evolution and structure. *Tourism Management*, v. 52, p. 230-241, 2016.

<sup>34</sup> ESTOL, Judith; FONT, Xavier. European tourism policy: its evolution and structure. *Tourism Management*, v. 52, p. 230-241, 2016.

<sup>35</sup> ESTOL, Judith; FONT, Xavier. European tourism policy: its evolution and structure. *Tourism Management*, v. 52, p. 230-241, 2016. p. 238.

<sup>36</sup> *No original: The network provided important leverage for the formulation of tourism policy and yet, importantly, the ‘voluntary participation’ statement by the regions was the only guarantee the EC had of consolidating a European tourism model, since tourism remained a Community measure, and therefore the implementation of Agenda 2007 was not compulsory.*

<sup>37</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 1073/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro de 2009, que estabelece regras comuns para o acesso ao mercado internacional dos serviços de transporte em autocarro e que altera o Regulamento (CE) n.º 561/2006 (Texto relevante para efeitos do EEE). *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 300, p. 88-105, 14 nov. 2009.



do Anexo II, aparece a atividade turística que, por pressuposto, encontra-se submetido à Diretiva em razão da dimensão do projeto, localização, dos efeitos cumulativos a outros projetos, ao uso de recursos naturais, produção de resíduos, poluição e risco<sup>38</sup>. No mesmo ano, aprova-se o Regulamento n.º 692/2011 que estabelece o plano supranacional para o desenvolvimento, produção e difusão de relatórios contendo estatísticas europeias sobre o turismo<sup>39</sup>. Os relatórios descrevem e analisam as ocupações de alojamentos, periodicidade, características dos deslocamentos turísticos e dos visitantes, pontos de visitação, gastos e afins. Por fim, tem-se o Regulamento n.º 1255/2011 (revogado em 2014 pelo Regulamento n.º 508/2014) que aprofunda a política de integração marítima, utilizando o turismo costeiro, marítimo e insular, de forma sustentável<sup>40</sup>.

Com os dados estatísticos, apresentados em 2012 para o Parlamento e o Conselho Europeu, a previsão da UE era de um crescimento do turismo na região:

o turismo tornou-se um dos maiores geradores de emprego e de rendimentos na União Europeia e um motor essencial de crescimento económico e desenvolvimento. A contribuição global das viagens e do turismo para o emprego é estimada em 18,8 milhões de postos de trabalho em 2011 e é provável que venha a aumentar para 20,4 milhões até 2022. Os visitantes estrangeiros gastaram cerca de 423 mil milhões de dólares em 2011 e prevê-se que este valor aumente para 547 mil milhões em 2023.<sup>41</sup>

As informações foram usadas para ampliar políticas da Comunidade em relação ao turismo, com a elaboração de novas abordagens e incentivos para a concretização do crescimento da atividade nos anos subsequentes. Destaca-se que, a partir desses elementos, iniciou-se a

revisão e uniformização dos procedimentos de emissão de vistos, principalmente, para os países, de fora da Comunidade, que possuem grande número de solicitações, despertando substancialmente interesse pelo fluxo turístico e a economia.

Com o Regulamento n.º 549/2013, aprimorou-se o sistema europeu de contas satélites, propostas na integração política para uma contabilidade comum, quadros comparativos e apuração de resultados dos investimentos. No âmbito do turismo, as contas satélites fornecem uma visão dos recursos, utilizações de bens e serviços para os segmentos de turismo, bem como da sua relevância para o emprego nacional, intergovernamental, com base na adequada aplicabilidade da sustentabilidade<sup>42</sup>.

Ao longo do processo político e jurídico de integração europeia, outras medidas pontuais e pequenas atualizações foram realizadas, não configurando modificações profundas no campo dos acordos comunitários. À medida que a integração se concretiza, cada vez precisa-se menos de instrumentos vinculantes e de primazia para concertar e delimitar políticas comunitárias.

A expansão da integração turística permitiu, com certo êxito, nova perspectiva econômica, ecológica e de lazer, propiciando benefícios aos segmentos turísticos, quanto ao acesso, e a procura deste tipo de lugares turísticos para visitação. Os países recebem, hoje, além dos visitantes domésticos e internacionais, os de países da Comunidade, em razão de uma abertura de fronteira e dos serviços aduaneiros. O turismo cultural, por exemplo, tornou-se acessível e essencial para a economia, com o fortalecimento dos espaços europeus e a produção de novas rotas turísticas e difusão, incrementando o reconhecimento cultural.

## 4 Turismo cultural na Europa como integração entre a cultura e o ecológico

A Europa é uma região de alta demanda turística, dados apresentados na resolução de 2014-2019 pelo Parlamento Europeu apontam a região como o primei-

<sup>38</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 26, p. 1-21, 28 jan. 2012.

<sup>39</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 692/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 2011, relativo às estatísticas europeias sobre o turismo e que revoga a Diretiva 95/57/CE do Conselho Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 192, p. 17-32, 22 jul. 2011.

<sup>40</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 1255/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro de 2011, que estabelece um programa de apoio ao aprofundamento da política marítima integrada Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 321, p. 1-10, 5 dez. 2011.

<sup>41</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 26, p. 1-21, 28 jan. 2012.

<sup>42</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2013, relativo ao sistema europeu de contas nacionais e regionais na União Europeia Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 174, p. 1-727, 26 jun. 2013.

ro destino turístico no mundo<sup>43</sup>. A justificativa para a elevada procura é, principalmente, por ser a região histórica, berço da civilização ocidental, de uma estética, filosofia, de produção cultural, artística, política e social, exportada ao longo de séculos para outras regiões. Tudo isso pode ser designado com base no termo cultura, indicando tanto um produto ou processo:

no primeiro caso, cultura significa o resultado do conjunto de atividades artísticas e culturais, na forma de produtos tangíveis ou não. Nele, a cultura consiste em edifícios, músicas, danças, pinturas, festivais, entre outros produtos. No segundo caso, cultura assume amplitude antropológica, referindo-se ao modo de vida de uma determinada população. Neste sentido, pode-se dizer que existe uma cultura brasileira, pernambucana, paulistana, entre diversas outras. [...] Na literatura analítica, podem ser distinguidos dois conjuntos de definições sobre turismo cultural. O primeiro define turismo cultural a partir da demanda (motivos, percepções e experiências de viagem), enquanto o segundo foca aspectos da oferta (consumo de atrações previamente classificadas como culturais). As definições baseadas na demanda apresentam turismo cultural sob o foco das motivações de viagem e percepções e experiências pessoais dela oriundas. Neste sentido, não são os atributos de espaços ou objetos, mas as interpretações dadas à experiência turística, que definem se ela pode ou não ser classificada como cultural. Trata-se de um conceito baseado na demanda por experiências culturais, a partir do repertório e das circunstâncias de cada turista.<sup>44</sup>

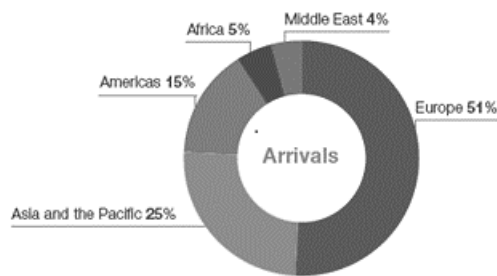
Segundo dados da OMT de 2019, a Europa recebe 51% do deslocamento turístico no mundo, sendo responsável por metade das chegadas internacionais do mundo, seguidas pela Ásia e Pacífico, com 1 em cada 4 chegadas.

<sup>43</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *COM/2014/086 final*. Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: Uma estratégia europeia em prol do crescimento e do emprego no setor do turismo costeiro e marítimo. Eur-Lex. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1595271880681&uri=CELEX:52001DC0665>. Acesso em: 7 jun. 2018.

<sup>44</sup> KÖHLER, André Fontan; DURAND, José Carlos García. Turismo cultural: conceituação, fontes de crescimento e tendências. *Turismo-Visão e Ação*, v. 9, n. 2, p. 185-198, 2007. p. 187.

**Gráfico 1 - Chegadas de estrangeiros a Europa no ano de 2018**

**Europe accounts for half of the world's international arrivals, followed by Asia and the Pacific with 1 in 4 arrivals**



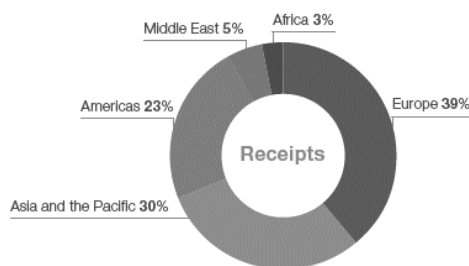
International tourist arrivals, 2018 (% share)

Fonte:<sup>45</sup>. UNWTO, 2019, p. 6.

De acordo, ainda, com outros dados levantados pela OMT, a Europa representa 39%, mais de um terço, das receitas internacionais de turismo, como se vê no gráfico 2. Evidencia-se que a densa procura pela região pode ser decorrente da sua política turística que permite o trânsito de pessoas, facilita o processo de vistos e acesso a informações essenciais.

**Gráfico 2 - Destinos dos turistas no Mundo em 2018**

**Europe represents almost 40% of international tourism receipts, followed by Asia and the Pacific with almost one third**



International tourism receipts, 2018 (% share)

Source: World Tourism Organization (UNWTO).

Fonte:<sup>46</sup>. UNWTO, 2019, p. 6.

A Europa é o destino turístico mais procurado no mundo, representando 51% da procura, conforme indicativos da Resolução do Parlamento Europeu (2015), e com perspectiva de crescimento nos próximos anos. O turismo cultural é reconhecido como um dos segmentos turísticos de importância global, principalmente para o continente europeu, que, em previsões feitas pela OMT, poderá aumentar muito mais do que outros tipos

<sup>45</sup> UNWTO. *International Tourism Highlights*. 2019 Edition. Madrid: World Tourism Organization, 2019. DOI: <https://www.e-unwto.org/doi/book/10.18111/9789284421152>. p. 6.

<sup>46</sup> UNWTO. *International Tourism Highlights*. 2019 Edition. Madrid: World Tourism Organization, 2019. DOI: <https://www.e-unwto.org/doi/book/10.18111/9789284421152>. p. 6.

de segmentos turísticos<sup>47</sup>.

O turismo cultural representa um turismo de bom investimento dentro do próprio setor, pois as expressões culturais dos povos podem ser valorizadas, preservadas e inseridas na produção econômica. Entretanto, o interesse nesse tipo de turismo não é presente em todos os grupos sociais, visto a pluralidade política, econômica e cultural da União Europeia, o que pode acarretar um impacto negativo como a transformação de bens culturais em objeto de consumo e desejo turístico e a ruptura com a identidade local e originalidade de desses bens. Há, por parte da construção política de um turismo cultural, a preocupação em preservar as tradições e a diversidade cultural: “[...] a valorização de bens culturais materiais e consagrados como patrimônio cultural como os principais atrativos turísticos a serem estruturados, organizados e promovidos pelos gestores públicos e privados do turismo”<sup>48</sup>.

O turismo cultural envolve bens tangíveis e/ou intangíveis, móveis e/ou imóveis ou habilidades humanas, de valor histórico, artístico, como monumentos históricos, museus, arquitetura, folclore, lendas e contos, comida, vestuários e o modo vida de uma região. Suas origens remetem a visitas da aristocracia europeia, instigado pela curiosidade, em experimentar o ter conhecimento das antigas culturas que formatam a sociedade atual, como se vê:

as origens do turismo cultural no mundo ocidental remetem ao Séc. XVII, quando membros da aristocracia britânica viajavam pela Europa continental, principalmente por cidades e sítios históricos ligados à cultura clássica, como parte integrante de sua formação educacional, no que se convencionou chamar Gran Tour. Esta viagem, de acordo com Towner (1985), obedecia a um duplo objetivo: educação e prazer. Apesar de iniciado no século XVII, o turismo cultural permaneceu restrito a uma pequena parcelada sociedade até os anos 1970 e 1980, quando deixou de ser atividade exclusiva de uma elite rica e educada para se transformar em um segmento do mercado turístico mundial.<sup>49</sup>

O turismo cultural é um consumo do passado, da história e das memórias, materializadas em objetos, mo-

numentos, documentos, arquivos, espaços e paisagens históricas. É também a identificação de tradições, culturas, antigas e contemporânea de um país ou região. O turismo cultural propõe-se a estabelecer uma experiência entre o ambiente cultural, o natural, o visitante e o visitado, representadas em objetivos técnicos e internacionais como os encontrados na Carta do Turismo Cultural<sup>50</sup>.

O turismo cultural é aquela forma de turismo que tem por objetivo, entre outros fins, o conhecimento de monumentos e sítios histórico-artísticos. Exerce um efeito realmente positivo sobre estes tanto quanto contribui — para satisfazer seus próprios fins — a sua manutenção e proteção. Esta forma de turismo justifica, de fato, os esforços que tal manutenção e proteção exigem da comunidade humana, devido aos benefícios socioculturais e econômicos que comporta para toda a população implicada.

Portanto, esse tipo de segmento turístico tem como objetivo o enriquecimento do conhecimento, apresentando heranças, memórias e histórias de vida de outros povos, o que possibilita conhecer as diferenças e semelhanças entre seres humanos. A vivência antropológica que o turismo cultural instiga, poder adquirir ou revelar referências culturais que poderiam até então ser ignoradas.

Uma política pública para o turismo cultural permite o resgate da cultura local; a conservação manutenção e restauro de monumentos, documento e arquiteturas; valorização das tradições locais ou regionais; preservação do patrimônio cultural; o desenvolvimento e a educação social. Esse desenvolvimento do turismo cultural é observado pela União Europeia:

o ambiente natural e o patrimônio cultural, nomeadamente arquitetônico, são os recursos do turismo Europeu. São as paisagens variadas, os locais históricos e os monumentos artísticos da Europa que constituem o seu interesse turístico. As ações desenvolvidas com o fim de salvaguardar este patrimônio comum representam, portanto, também um interesse mais diretamente econômico.<sup>51</sup>

O turismo cultural permite à União Europeia propor ao turista uma forma perene e diversificada de lugares a se conhecer, ao passo, que mantém a produtividade, a economia local e regional. Pois como incentivo turístico

<sup>47</sup> NIEMCZYK, Agata. Cultural tourists: “An attempt to classify them”. *Tourism Management Perspectives*, v. 5, p. 24-30, 2013.

<sup>48</sup> MARAFON, G. J.; SOTRATTI, M. A.; FACCIOLI, M. (org.) *Turismo e território no Brasil e na Itália: novas perspectivas, novos desafios* [online]. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014. p. 25.

<sup>49</sup> KÖHLER, André Fontan; DURAND, José Carlos Garcia. Turismo cultural: conceituação, fontes de crescimento e tendências. *Turismo-Visão e Ação*, v. 9, n. 2, p. 185-198, 2007. p. 189.

<sup>50</sup> ICOMOS. *Carta de Turismo Cultural*. 1976. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/>. Acesso: 21 jun. 2020.

<sup>51</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Para uma política Comunitária do Turismo, primeiras orientações (n.º 84 /C 115/02). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. C 115, p. 2-28, 30 abr. 1984. p. 194.



e planejamento supranacional, cidades ou espaços antes desconhecidos ou pouco explorados podem se tornar relevantes pela sua culinária, pela sua arquitetura única, pelo modo de falar, cantar, das artes ou por seu contexto histórico. O encorajamento, fora de estações turísticas famosas, poderia ser favorecido por uma política de preços adequada, por uma recepção mais personalizada e intimista com a localidade, promovendo uma experiência mais viva e real para o visitante<sup>52</sup>. Já para as localidades notórias, pela efervescência de visitas, podem-se aplicar novas tecnologias, espaços, e roteiros para a manutenção de visitas.

A promoção do turismo cultural pela União Europeia se permeia com os benefícios percebidos por Bahl<sup>53</sup>: incitando ao resgate cultural, o reconhecimento, o pertencimento dos hábitos e costumes; a conservação, manutenção e restauração de espaços e objetos tradicionais; revalorização e revitalização da tradição; desenvolvimento de programas educacionais e a participação da comunidade local e/ou regional.

Independentemente de qual região se proporá o fomento ao turismo, deve-se vincular tal proposta ao pensamento ambiental e a sustentabilidade, satisfazendo exigências, tanto dos acordos firmados quanto de cidadãos e visitantes.

Os objetivos a atingir são: prevenir e minimizar a incidência do turismo no ambiente e no território de destino; gerir o crescimento dos transportes; incentivar uma indústria atenta a nível local e um turismo responsável, enquanto fator de desenvolvimento sociocultural. As ações de coordenação e de parceria a todos os níveis, a partilha de informações e uma abordagem voluntária, bem como a adoção de medidas para aumentar a competitividade das empresas europeias, são consideradas essenciais, a título preliminar. Os peritos atribuem à Comissão um papel importante em matéria de aplicação. Os instrumentos propostos são: – uma cooperação política e um órgão baseado na parceria, construídos a partir de uma abordagem consensual, a fim de identificar e definir os alvos prioritários para a realização dos princípios em matéria de turismo sustentável; – um órgão técnico (“observatório do turismo”) que forneça o saber-fazer e a experiência e proceda regularmente à vigilância e à produção de relatórios com base em indicadores fiáveis.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Para uma política Comunitária do Turismo, primeiras orientações (n.º 84 /C 115/02). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. C 115, p. 2-28, 30 abr. 1984.

<sup>53</sup> BAHL, Miguel. *Fatores ponderáveis no turismo: sociais, culturais e políticos*. Curitiba: Prottexto, 2004.

<sup>54</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *COM/2001/0665 final*. Comuni-

Um dos principais programas produzidos é o “Cidades Europeias da Cultura”, uma política cultural criada em 1985, antes mesmo da formatação atual da UE, que promove como capitais da cultura europeia diversas cidades da Comunidade. É uma forma de incrementar o turismo, a economia e a integração política de forma pontual e orgânica, aproximando povos europeus, conduzindo a descoberta de afinidades culturais e incentivando o deslocamento de cidadãos da Comunidade e de fora dela. A escolha de cidades como Atenas e Florença, como primeiras capitais culturais, delinea os objetivos políticos de reavivar a narrativa de uma civilização europeia, de ilustrar como a herança cultural, deixada por esses momentos, estão presentes na comunidade<sup>55</sup>.

Em 1990, altera-se o programa para a inclusão de estados não participantes da comunidade, com base na primazia de serem países que tivessem abertura cultural e democrática. Outras mudanças referem-se à possibilidade de duas cidades partilharem, no mesmo ano, o título de cidade cultural, não devendo concentrar-se próximas em uma mesma área, manter o balanceamento entre grandes e pequenas cidades alvos e a inserção de uma perspectiva ecológica e sustentável nas cidades antes, durante e depois desse projeto.

Para além disso, os programas culturais apresentados pelas cidades passaram a ter, necessariamente, uma dimensão europeia, facto que suscita interpretações diversas, mas que deveria assentar sempre na cooperação. Ou seja, cada cidade deve organizar um programa de eventos culturais que realce também o património comum [...]<sup>56</sup>.

Em 2006 o programa insere novas recomendações, a sustentabilidade é uma dessas, que prevê sua aplicação durante todo o manejo do programa, nas instalações, nos eventos, ou seja, nas fases de candidatura e implementação, até o final do projeto. O Programa das Capitais Culturais proposta pela UE proporciona novos conhecimentos interligações e cooperações nos setores culturais, que já contam com uma adesão até 2033.

O investimento no turismo cultural se dá pela valorização de monumentos, como forma de reafirmar a

cação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao comité económico e social e ao Comité das Regiões - Uma abordagem cooperativa para o futuro do turismo europeu. Eur-Lex. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1595273246057&uri=CELEX:52014DC0086>. Acesso em: 7 jun. 2018.

<sup>55</sup> PORTELINHA, Ruthia. *A dimensão cultural da integração europeia: capitais europeias da cultura*. 2009. Tese (Doutorado). 2009.

<sup>56</sup> PORTELINHA, Ruthia. *A dimensão cultural da integração europeia: capitais europeias da cultura*. 2009. Tese (Doutorado). 2009. p. 59.

importância de uma cultura europeia e por consequência fazer com que as pessoas busquem conhecer esses locais e as obras. É uma forma de personificar o espírito europeu (comunitário) em patrimônios, sejam eles famosos ou não, mas que possam constituir e agregar uma identidade europeia. Logo, “[...] não se trata de apresentar, de dar uma informação neutra, mas de tocar, pela emoção, uma memória viva”<sup>57</sup>

Os monumentos que traçam uma concepção, um sentimento de pertencimento europeus, são, também, uma política de integração, de valorização daquela localidade, mas de implementar uma união, uma vontade de construir essa unidade. Assim:

a dimensão afetiva do patrimônio é também um de seus elementos constituintes, manifesta sob diferentes formas que revelam diferentes apropriações e, portanto, sentidos que se tem do passado. Patrimônio aqui se aproxima do conceito de lugares de memória, que para Nora são esses espaços de condensação de uma memória coletiva, parecem reter o que na verdade comprovam não mais existir. Ao mesmo tempo, é na experiência, no jogo social, que são investidos de sentido os lugares de patrimônio, ou o patrimônio em si.<sup>58</sup>

E aqui se destacam duas ações que promovem esse simbolismo de sentimento comunidade europeia: a Marca do Patrimônio Europeu e a Casa da História Europeia. O primeiro foi estabelecido no âmbito da Decisão n.º 1194/2011 que reúne sítios notáveis com um valor europeu simbólico, significativos na história, na cultura da Europa e na integração europeia, podendo ser monumentos; localizações naturais; subaquáticas; arqueológicas; industriais ou urbanas; paisagens culturais; lugares de memória; patrimônio imaterial. A estratégia objetiva o reforço do diálogo intercultural, o sentimento de pertença e valorização nacional e regional.<sup>59</sup>

A Casa da História Europeia, inaugurada em 2017, é o museu da Europa e para a Europa, é o espaço de imersão na história continental e dos rumos atuais que a cercam, apresentando a história da integração política do continente, é a Europeização do patrimônio. É

<sup>57</sup> CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Unesp, 2017. p. 18.

<sup>58</sup> FERREIRA, Maria Letícia Mazzucchi. Patrimônio: as várias dimensões de um conceito. *História em Revista*, UFPel, Pelotas, v. 10, 2004. p. 2.

<sup>59</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão n.º 1194/2011/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011, que cria uma ação da União Europeia relativa à Marca do Patrimônio Europeu. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 303, p. 1-9, 22 nov. 2011.

[...] a concretização de práticas culturais aliadas à criação de narrativas supranacionais, ou meta — narrativas, a materialização de uma consistente política que frequentemente se designa de Europeização, tendente a reforçar os princípios de integração da União Europeia<sup>60</sup>

Por fim, em 2017, por meio da Decisão (UE) 2017/864, em conjunto do Parlamento Europeu e do Conselho, estabeleceu-se, para o ano seguinte (2018), o Ano Europeu do Patrimônio Cultural. Nas razões da Decisão, o patrimônio cultural representa uma abordagem integrada à memória, a identidade, o diálogo, a coesão e a criatividade da Europa, pois revela a importância cultural, ambiental, social e econômica, o diálogo intercultural e elemento vital para a cooperação internacional<sup>61</sup>.

A União Europeia investe no turismo, principalmente o cultural, como forma política de integração da comunidade e o desenvolvimento econômico e captação de receita. Percebe-se que há uma diversidade de mecanismos e atividades implementadas para atingir seus objetivos. O turismo cultural é um produto interessante, pois é economicamente viável e rentável, de valorização de uma localidade, de um país ou da região, logo, sempre há interesse pela proteção cultural, pelo desenvolvimento de novas fontes de cultura, monumentos, paisagem, para ampliar as rotas turísticas.

Em relação às mais recentes formas de produto cultural objeto de um turismo cultural, se destaca o patrimônio industrial, uma forma de valorização da história e da memória do desenvolvimento industriário, iniciado no continente europeu.

## 5 Patrimônio industrial e turismo: a preservação da história da industrialização na Europa

O patrimônio histórico cultural é um produto turístico que resguarda fragmentos e representação de uma civilização, protegendo e divulgando suas tradições,

<sup>60</sup> QUINTANILHA, Inês. *Casa da História Europeia: ensaio para uma visita guiada ao Museu Pan-Europeu*. 2019. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/98124>. p. 263-264.

<sup>61</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2017/864 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017, sobre o Ano Europeu do Patrimônio Cultural (2018). *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 131, p. 1-9, 20 maio 2017.

culinária, vestimentas, estética ou arquitetura. Mas vai além disso, já que se configura instrumento importante para a proteção da cultura, e pelo turismo, ainda garante interação entre indivíduos e a cultura local, garantindo o direito de acesso, àquela cultura, às presentes e futuras gerações. Atualmente, o patrimônio cultural que se protege, em especial pelas Convenções Internacionais da UNESCO, são os monumentos reconhecidos, paisagens notórias por sua beleza e elementos significativos para a história mundial.

Os monumentos representam, por vontade ou não da sociedade, aquilo que traz à lembrança o passado, ou resquício de algo a ser lembrado, como as ruínas, os relatos de guerra, o contraste entre as velhas e as novas construções. A história, imagens das suas vitórias, derrotas, conquistas e fracassos, da sua evolução ou de personagens que marcaram e ainda permanecem na mente são partes das memórias coletivas. O patrimônio cultural é relevante do ponto de vista histórico-social, pois percebe os vestígios, relatos silenciosos do passado eivados permanência e relevância. Portanto, o patrimônio cultural consiste em muito mais do que um objeto estético:

passa-se a valorizar não somente os vestígios de um passado distante, mas também a contemporaneidade, os processos, a produção. Nesse contexto, por exemplo, não mais apenas os conjuntos urbanos homogêneos, representativos de um determinado período histórico, passaram a ser merecedores de proteção ou atenção oficial. O patrimônio cultural, considerado em toda a amplitude e complexidade, começa a se impor como um dos principais componentes no processo de planejamento e ordenação da dinâmica de crescimento das cidades e como um dos itens estratégicos na afirmação de identidades de grupos e comunidades, transcendendo a ideia fundadora da nacionalidade em um contexto de globalização.<sup>62</sup>

A nova concepção do que seja ou do alcance que o patrimônio cultural pode ter ou ser levou a desdobramentos de bens a serem tutelados, preservados. Novos espaços, objetos, tradições passam a ser vistos atualmente como relevantes, porque, justamente, conseguem trazer um sentimento de identidade, se faz parte de uma sociedade ou do vestígio da narrativa vivenciada de uma civilização ao longo do tempo. Dentre vários, o patrimônio industrial, como elemento histórico, destacando-se, sobretudo, na Europa.

<sup>62</sup> SANTOS, Cecília Rodrigues dos. Novas fronteiras e novos pactos para o patrimônio cultural. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 43-48, abr. 2001. p. 44.

O *patrimônio industrial* compreende os vestígios da cultura industrial que possuem valor histórico, tecnológico, social, arquitetônico ou científico. Estes vestígios englobam edifícios e maquinaria, oficinas, fábricas, minas e locais de processamento e de refinação, entrepostos e armazéns, centros de produção, transmissão e utilização de energia, meios de transporte e todas as suas estruturas e infra-estruturas, assim como os locais onde se desenvolveram atividades sociais relacionadas com a indústria, tais como habitações, locais de culto ou de educação.<sup>63</sup>

Patrimônio industrial insere-se no contexto de industrialização agregada ao sentido histórico, cultural e social a ser reconhecida, visando ao desenvolvimento do turístico cultural. Tal patrimônio invoca o momento da Revolução Industrial como um marco, que traz consequências políticas, econômicas e sociais que perduram ou se reformulam ao longo dos séculos. O processo industrial, promovido, inicialmente, na região europeia, produz incontáveis números de fábricas, técnicas, aparelhos e os mais diversos objetos.

A partir de meados do século XVIII, as economias da Grã-Bretanha e de outros países se preocuparam cada vez mais com “indústria”, um termo que já havia indicado uma virtude e passou a significar a produção de bens em larga escala. Algumas cidades passaram a ser dominadas por fábricas e canais e ferrovias que entregavam suas matérias-primas e levavam seus produtos. Uma proporção crescente da população da Europa passou a morar em cidades. Essa “revolução industrial” foi um processo autossustentável. Suas consequências moldaram a sociedade em todas as nações europeias nos séculos 19 e 20, e suas implicações globais estão determinando nosso futuro.<sup>64 65</sup>

### O crescimento industrial, o crescimento do merca-

<sup>63</sup> TICCIH. *Carta de Nizhny Tagil sobre o patrimônio industrial*. 17 jul. 2003. Moscou, Comissão Internacional para a Conservação do Patrimônio Industrial. Disponível em: <https://ticcihbrasil.com.br/cartas/carta-de-nizhny-tagil-sobre-o-patrimonio-industrial/>. Acesso em: 15 maio 2020.

<sup>64</sup> *No original: From the mid-18th century the economies of Great Britain and of some other countries became increasingly concerned with 'industry', a term that had previously indicated a virtue and came to mean the production of goods on a large scale. Some cities came to be dominated by factories, and by the canals and railways that delivered their raw materials and took away their products. An increasing proportion of the people of Europe came to be city-dwellers. This 'industrial revolution' was a self-sustaining process. Its consequences have shaped society in every European nation through the 19th and 20th centuries, and its global implications are determining our future.*

<sup>65</sup> TRINDER, Barrie. *The Industrial Revolution in Europe*. European route of industrial heritage. Disponível em: [https://www.erih.net/fileadmin/Mediendatenbank/Downloads/Essays/Barry\\_Trinder\\_The\\_Industrial\\_Revolution\\_en.pdf](https://www.erih.net/fileadmin/Mediendatenbank/Downloads/Essays/Barry_Trinder_The_Industrial_Revolution_en.pdf). Acesso em: 7 jul. 2020.



do consumidor, a ampliação do número de fabricas, a internacionalização e a globalização do mercado consumidor migram essas empresas para outros países e continentes. Como impacto negativo existe: o abandono dos espaços industriais para novos e mais modernas estruturas, com fins de crescimento e expansão. Os antigos galpões ficam sem uso, desalojados de função e atividades, se tornam esqueletos arquitetônicos, rompendo vínculos e referência produzidos durante anos naquela localidade.

A desindustrialização é o fenômeno produtor de zonas industriais degradadas em virtude do encerramento ou transferência das atividades

[...] sendo uma redução persistente da participação do emprego industrial no emprego total de um país ou região. Com base nesse conceito, os assim chamados países desenvolvidos ou do “primeiro mundo” teriam passado por um forte processo de desindustrialização a partir da década de 1970; ao passo que a América Latina teria passado pelo mesmo processo na década de 1990 [...]<sup>66</sup>.

Rompe-se o vínculo entre sociedade (entorno) e as indústrias, o que gera perda da referência cultural da comunidade. Para garantir esse vínculo e a recuperação da referência social, foi preciso, ao longo do tempo, estudar formas de realocar, ressignificar os espaços industriais e descobrir as histórias por trás deles, antes não percebidas. A forma pensada para proteger esses espaços significativos para as comunidades que se desenvolveram em seu entorno foi ressignificar o patrimônio industrial como patrimônio cultural, que efetivamente é, resguardando sua história e importância, mas os conectando com os novos valores mundiais de proteção ambiental. Tais signos propõe uma nova destinação para o espaço, bem como uma maior integração e contato entre meio ambiente natural e cultural, o entorno, o estado e sociedade, auxiliando uma reformulação do vínculo perdido com a desindustrialização.

O processo de cura, da ferida à cicatriz, não é linear nem automático. Em vez disso, como na cura psicológica individual, o processo pode ser cíclico, pode acontecer em etapas, e até mesmo exigir trabalho ativo. Traz passados difíceis à frente com tanta frequência quanto leva para longe deles, e velhas feridas podem reabrir. Assim, enquanto uma

cicatriz carrega a capacidade potencial de curar, recuperar e reconciliar, este não é um desfecho evidente, especialmente porque a cicatriz metafórica se aplica aos processos de cura nas esferas social, cultural e política, e não na biológica. Além disso, a metáfora da cicatriz oferece uma maneira de superar as muitas dicotomias da mudança — antes e depois, vencedores e perdedores, progresso e declínio — e criar integralidade em vez disso. É orgânico e criado com base em significados passados emaranhados com pontos de vista presentes. Por causa dessa perspectiva integrativa, e por reconhecer temporalidades não lineares, a cicatriz pode ser considerada como uma alternativa a uma abordagem palimpsestual.<sup>67</sup>

Considerar esses rastros industriais articulados como uma função memorativa, histórica e cultural é um processo que permite dar nova finalidade e readequação dos espaços industrializados. Os objetos produzidos e deixados como herança das revoluções industriais transformam-se em patrimônio cultural. A ecologia atravessa o panorama cultural, pois projeta, em espaços e objetos, a recomposição de sentido social, sem deixar de preservar, manter e instituir noções e critérios ambientais o máximo possível, ou seja, a retomada de um vínculo cultural, perpassado pela interação social urbana com o meio ambiente.

O patrimônio industrial é uma categoria de patrimônio cultural. “O trato do patrimônio nos remete a herança acumulada ao longo dos anos, tanto por indivíduos quanto por grupos, que reconhecem num determinado bem singularidades especiais, seja de valor econômico, afetivo ou simbólico”<sup>68</sup>. O patrimônio industrial, dessa forma, lida, especificamente, com a ressignificação, a reapropriação e revalorização dos vestígios industriais, decorrentes do processo desindustrialização ou da manutenção narrativa da industrialização, de espaços e seu

<sup>67</sup> *No original: The process of healing, from wound to scar, is neither linear nor automatic. Instead, as in individual psychological healing, the process may be cyclical, can happen in stages, and even demand active work. It brings difficult pasts to the fore as often as it leads away from them, and old wounds may reopen. Thus, while a scar bears the potential capacity to heal, recover, and reconcile, this is not a self-evident outcome, especially since the metaphorical scar applies to processes of healing in the social, cultural, and political spheres, rather than the biological one. Furthermore, the scar metaphor offers a way to overcome the many dichotomies of change—before and after, winners and losers, progress and decline — and create integrality instead. It is organic and created on the basis of past significances entangled with present standpoints. Because of this integrative perspective, and because it acknowledges nonlinear temporalities, the scar can be regarded as an alternative to a palimpsestual approach.*

<sup>68</sup> MESQUITA, Zandor Gomes. O patrimônio industrial como elemento da paisagem cultural e a paisagem cultural conformando o patrimônio industrial: uma relação conceitual. *Espaço e Cultura*, n. 40, p. 27-48, 2016. p. 28.

<sup>66</sup> OREIRO, José Luis; FEIJO, Carmem A. Desindustrialização: conceituação, causas, efeitos e o caso brasileiro. *Rev. Econ. Polit.*, São Paulo, v. 30, n. 2, p. 219-232, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-31572010000200003>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31572010000200003&lng=en&nrm=iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572010000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 jul. 2020.

entorno que receberam empresas fabris, que mantêm a sua existência e seu vínculo ou que foram abandonados.

A experiência do patrimônio industrial não se restringe, exclusivamente, à materialidade dos espaços e objetos,

seu conceito vai além, sendo parte constituinte da vida de homens e mulheres comuns, que lhe confere valor identitário e, através de seus estudos, faz-se possível compreender o tipo de industrialização (e tecnologia) de uma época, assim como o modo de vida da classe trabalhadora correspondente. Os vestígios materiais das atividades produtivas tais como, fábricas antigas, ferramentas e edificações que as abrigam, têm uma excepcional importância não só para o arquiteto, construtor e engenheiro, mas também para o historiador, sociólogo, arqueólogo, ou seja, todos os estudiosos que tenham o desenvolvimento da sociedade como foco de pesquisa, pois através destes testemunhos materiais se faz possível compreender as transformações ocorridas em uma sociedade e a maneira pela qual estas se deram.<sup>69</sup>

O fenômeno da desindustrialização ocorre em todos os países que foram industrializados, na Europa isso tem maior destaque, pois é o continente onde se origina todo esse processo. Por isso, é nesse mesmo continente que a patrimonialização da memória industrial se formata. Do ponto de vista político, no processo de integração europeu, a valorização desse patrimônio cultural industrial é uma forma de relatar, expor, até mesmo de revisitar uma essência comum a comunidade, toda região, mesmo que os países tenham se industrializado em momentos e de formas diferentes, fomenta-se uma europeização do acervo cultural.

Os promotores do turismo do patrimônio industrial têm buscado melhorar a imagem dos antigos sítios industriais e incentivar a valorização da tradição industrial. Os temas do patrimônio industrial abrangem os restos materiais da indústria, como complexos fabris, edifícios e arquitetura, plantas, máquinas ou comunidades inteiras com uma base industrial considerável. Goodall e Beech sugerem que o patrimônio industrial consiste em três grandes categorias: edifícios fabris, fontes de energia utilizadas por máquinas industriais e meios de transporte de materiais. A Carta Nizhny Tagil para o Patrimônio Industrial, adotada pelo Comitê Internacional para a Conservação do Patrimônio Industrial (TICCIH) na Rússia em 2003, ampliou o escopo dos sítios industriais; além de edifícios, máquinas, oficinas, usinas, fábricas, minas e armazéns, inclui também locais onde “a energia é

gerada, transmitida e utilizada, transporte e toda a sua infraestrutura, além de locais utilizados para atividades sociais relacionadas à indústria como habitação, culto religioso ou educação”<sup>70,71</sup>

Dar nova destinação a esses espaços é contar uma história coletiva, demonstrar que, desde sempre, esses países seguem um mesmo norte. A revitalização das áreas desindustrializadas promove reconexão social, reconhecimento, identidade e vínculo com o meio.

Assim, é preciso abrir-se para outras ideias, como a criação de áreas de lazer, shows, manutenção da paisagem da mina como representação histórica da sociedade, turismo, ou mesmo a recuperação ambiental. Mantendo assim viva a memória de um elemento que participou da sociedade, portanto tempo, estando enraizada no que é ser membro daquela sociedade [...] <sup>72</sup>

Ao proteger o patrimônio industrial e o ressignificar, este deve se adequar as novas demandas ambientais, realizando um alinhamento entre o passado industrial e o presente preocupado com a proteção ambiental. A preservação e a manutenção desses objetos e áreas fabris, por si, já contribuem para o menor impacto ambiental, em razão do aproveitamento da estrutura existente.

A cidade de Manchester, berço da revolução industrial, foi pioneira neste caminho de reconversão, procurando projetar-se como cidade europeia da cultura, não só em busca de turismo e investimento estrangeiro, mas também para contornar a hegemonia londrina. Glasgow e Edimburgo insistiram igualmente na sua qualidade de cidades europeias, no sentido de passar ao lado da dominação cultural de Londres.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> MESQUITA, Zandor Gomes. O patrimônio industrial como elemento da paisagem cultural e a paisagem cultural conformando o patrimônio industrial: uma relação conceitual. *Espaço e Cultura*, n. 40, p. 27-48, 2016. p. 33.

<sup>70</sup> No original: *Promoters of industrial heritage tourism have sought to improve the image of old industrial sites and encourage appreciation for the industrial tradition. The subjects of industrial heritage encompass the material remains of industry, such as factory complexes, buildings and architecture, plants, machinery or entire communities with a considerable industrial base. Goodall and Beech (2006) suggest that industrial heritage consists of three broad categories: factory buildings, power sources used by industrial machinery and means of transporting materials. The Nizhny Tagil Charter for the Industrial Heritage, adopted by the International Committee for the Conservation of the Industrial Heritage (TICCIH) in Russia in 2003, has broadened the scope of industrial sites; in addition to buildings, machinery, workshops, mills, factories, mines and warehouses, it also includes places where 'energy is generated, transmitted and used, transport and all its infrastructure, as well as places used for social activities related to industry such as housing, religious worship or education'*

<sup>71</sup> XIE, Philip Feifan. *Industrial heritage tourism*. Channel View Publications, 2015. p. 39.

<sup>72</sup> CUSTÓDIO, Maraluce Maria; RIBEIRO, José Cláudio Junqueira. Paisagem minerária como elemento de construção do sentimento de pertencimento ao estado de minas gerais. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 87-121, out. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v16i35.1613>. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1613/24786>. Acesso em: 13 ago. 2020.

<sup>73</sup> PORTELINHA, Ruthia. *A dimensão cultural da integração europeia:*

Ainda no Reino Unido, a *Bankside Power Station*, uma central termelétrica construída em 1947, com as atividades encerradas em 1981, foi reaberta em 2000 como um museu de arte contemporânea. “O Tate Modern em Londres, instalado numa antiga usina elétrica no bairro de Bankside, registrou 4,65 milhões de visitantes em 2009, mais do que o Centro Pompidou e o MoMA de Nova York”<sup>74</sup>.

Na França e na Bélgica, quando o projeto Cidade Europeia da Cultura foi implementado, várias fabricas e sítios históricos transformaram-se em *Maisons Folies* (Casas de Festas), produzindo convívio entre moradores e artistas, com áreas de espetáculos, workshops, exposições e multimídia. Em Lille, uma antiga estação ferroviária, desativada em 2001, transformou-se em uma dessas casas de recepções de eventos culturais, abrigando hoje bares, restaurantes e um cinema<sup>75</sup>.

Em Luxemburgo, quando da sua segunda participação no programa das cidades em 2007, “o gigantesco edifício industrial *Halle des Soufflantes* foi igualmente reconvertido, para acolher a exposição *All we Need* que se debruçou sobre os desafios da globalização e do desenvolvimento sustentável”<sup>76</sup>.

A Suécia também promoveu transformação nos seus espaços industriais “em termos de infraestruturas, os principais legados da Cidade Europeia da Cultura foram a criação do centro de exposições Tensta Konsthall e a transformação da primeira fábrica de Alfred Nobel em galeria de arte: a *Skulpturens Hus* (Casa da Escultura)”<sup>77</sup>.

A cidade de Guimarães, em Portugal, também mobilizou a revitalização das suas zonas industriais, transformando a zona de couros, um quarteirão que concentrava fábricas de curtumes. Em um cyber centro com pousadas, centros científicos para a tender as demandas do projeto e promover intervenções na antiga área industrial<sup>78</sup>.

No âmbito do Ano Europeu do Patrimônio Cultural instaurou-se políticas ambientais, arquitetônicas e de

planejamento. A iniciativa promoveu, no ano de 2018, a transformação do patrimônio industrial da Europa, dando novos usos. Com restauração inteligente e reutilização adaptativa, os prédios e locais antigos recebem novas concessões, vida e trazem dinamismo econômico e social às cidades e regiões<sup>79</sup>. O turismo contribuiu com a imagem das áreas industriais, apresentando as histórias, a evolução tecnológica transcorridas ao longo de décadas, informações operacionais, emissão de mapas e publicações, organização de visitas guiadas e promoção de eventos especiais.

Muitos projetos combinam a conservação e a interpretação de locais industriais com outras atividades recreativas como um meio eficaz de garantir sua sobrevivência a longo prazo. Gradualmente, o movimento para promover o patrimônio industrial como um recurso para recuperar identidades locais, construir uma narrativa histórica da glória industrial e comercializar a identidade e a história para os turistas se espalhou e teve amplo apoio popular. A adaptação às atrações dos visitantes não apenas fornece às relíquias de um passado industrial novos usos sustentáveis, mas também oferece parcerias com empresas comerciais para melhorar a economia local. Otgaar sugere que, desde a década de 1980, vários países, regiões e cidades identificaram o turismo industrial como um segmento relevante de seu mercado turístico, associado a um crescente interesse dos turistas por experiências únicas e autênticas. Vários países europeus, incluindo França, Alemanha, Itália e Espanha, desenvolveram ‘inventários históricos do patrimônio industrial’ para registrar seu patrimônio e se preparar para o desenvolvimento comercial. Por fim, o turismo mostra os benefícios de integrar o patrimônio industrial à vida profissional contemporânea.<sup>80 81</sup>

<sup>79</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2017/864 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017, sobre o Ano Europeu do Patrimônio Cultural (2018). *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 131, p. 1-9, 20 maio 2017.

<sup>80</sup> *No original: many projects combine the conservation and interpretation of industrial sites with other recreational activities as an effective means of ensuring their long-term survival. Gradually, the movement to promote industrial heritage as a resource for reclaiming local identities, constructing a historical narrative of industrial glory and marketing both identity and history to tourists has become widespread and has enjoyed broad grass-roots support. Adaptation into visitor attractions not only provides the relics of an industrial past with sustainable new uses, but it also offers partnerships with commercial enterprise to improve the local economy. Otgaar suggests that since the 1980s, various countries, regions and cities have identified industrial tourism as a relevant segment of their tourism market coupled with a growing interest from tourists for unique and authentic experiences. Several European countries, including France, Germany, Italy and Spain, have developed ‘historic industrial heritage inventories’ in order to record their heritage and prepare for commercial development. Ultimately, tourism shows the benefits of integrating industrial heritage with contemporary working life.*

<sup>81</sup> XIE, Philip Feifan. *Industrial heritage tourism*. Channel View Publications, 2015. p. 39.

capitais europeias da cultura. 2009. Tese (Doutorado). 2009. p. 21.

<sup>74</sup> BENHAMOU, Françoise. *Economia do patrimônio cultural*. Edições Sesc, 2016. p. 57.

<sup>75</sup> PORTELINHA, Ruthia. *A dimensão cultural da integração europeia: capitais europeias da cultura*. 2009. Tese (Doutorado). 2009.

<sup>76</sup> PORTELINHA, Ruthia. *A dimensão cultural da integração europeia: capitais europeias da cultura*. 2009. Tese (Doutorado). 2009. p. 68.

<sup>77</sup> PORTELINHA, Ruthia. *A dimensão cultural da integração europeia: capitais europeias da cultura*. 2009. Tese (Doutorado). 2009. P. 75.

<sup>78</sup> PORTELINHA, Ruthia. *A dimensão cultural da integração europeia: capitais europeias da cultura*. 2009. Tese (Doutorado). 2009.



O parque *Landschaftspark Duisburg-Nord* é um desses patrimônios culturais, com designer sustentável, que permite uma maior integração dentro das diretrizes europeias de conservação, sustentabilidade e função cultural. Localizado em Duisburg Nord, na Alemanha, era um antigo complexo siderúrgico da *Thyssen Hochofenwerk Meiderich* (Grupo ThyssenKrupp) construído em 1901. Foi desativado em 1985 e se tornou um patrimônio industrial, possuindo visitação noturna com iluminação preparada para receber os visitantes.

O declínio das indústrias pesadas precipitou uma crise econômica, além de mudanças sociais e uma perda de significância cultural na região, houve impactos negativos no meio ambiente com a desativação, como significativa poluição e o abandono desses espaços. Deixou uma paisagem degradada com leitos ferroviários, chaminés, montes de escória, solos poluídos, ruínas industriais<sup>82</sup>.

O antigo sítio industrial em 1991, com base no olhar de Latz + Partner (Peter Latz), foi transformado em atração turística cultural. *Landschaftspark Duisburg-Nord*, inaugurado em 1994, foi projetado sob o passado industrial. O parque mantém o ambiente industrial, mas com equipamentos, iluminação e instalações adequados para locomoção, visitação e integração<sup>83</sup>. O turismo nesse parque cumpre diversas funções, tais como: compensação e retorno do equilíbrio ao ambiente natural degradado, proteção de espécies ameaçadas de extinção e biótopos valiosos.

O objetivo principal das atrações turísticas do patrimônio industrial é educar ou atender a instituições educacionais e turistas independentes. É também uma forma ativa e articulada de uma integração política e um estabelecimento do sentimento de unidade europeia. O patrimônio industrial possui múltiplas formas de valor educacional inerente, que podem e são usadas para ajudar as gerações futuras a aprender sobre a história, as condições inseguras e exploradoras dos trabalhadores das fábricas durante décadas e as consequências ambientais da indústria pesada que fazem parte dessa memória<sup>84</sup>.

As mudanças temporais e espaciais experimentadas

pelos polos industriais são expressivas e fazem pressões para o redesenvolvimento. O turismo é meio econômico de revitalizar o legado industrial e integrar a remediação e o projeto paisagístico industrial, cultural e ambiental. Ele vai além da recuperação das áreas industriais degradadas, de seus resíduos e locais urbanos contaminados, inclui-se no desenvolvimento do turismo uma abordagem interdisciplinar para manter a sustentabilidade das economias locais.

Na Europa, o turismo cultural nas áreas industriais, preservadas e ressignificadas, é fonte dominante no turismo, por sua herança histórica e a possibilidade de experiências diversas quando visitados.<sup>85</sup> O Parlamento Europeu enfatiza que o desenvolvimento do patrimônio industrial da Europa, também, poderia beneficiar destinos secundários e contribuir para alcançar um setor turístico mais sustentável, por meio da preservação, transformação e reabilitação das instalações industriais.

O patrimônio industrial tornou importante ao implementar novas formas de turismo nos níveis local, regional ou nacional, suas muitas facetas aguçam as atividades políticas, como a legitimação ao apelar pela continuidade do passado no presente. O patrimônio industrial fornece os recursos para o desenvolvimento do turismo, mas, mais amplamente funciona como uma base de recursos de articulações para uma ampla gama de atividades econômicas, sociais e políticas da comunidade, quando reinsere significado e remodela aquele espaço para atender a sustentabilidade e a integração por meio do turismo e da cultura comum.

## 6 Considerações finais

A partir do processo de integração europeu descrito, a observância deste em relação às políticas turísticas e ao financiamento para preservar o patrimônio industrial como um símbolo identitário europeu, pode-se concluir que a integração é importante para a sustentabilidade desse tipo de bem turístico, bem como ele permite aprofundar de forma subjetiva a união dos países e das sociedades participantes do bloco.

O turismo torna-se uma importante atividade econômica, associando a antiga ideia de contemplação, la-

<sup>82</sup> STILGENBAUER, Judith. *Landschaftspark Duisburg Nord-Duisburg, Germany [2005 EDRA/Places Award--Design]. Places*, v. 17, n. 3, 2005.

<sup>83</sup> HEMMINGS, Sarah; KAGEL, Martin. *Memory gardens: aesthetic education and political emancipation in the "Landschaftspark Duisburg-Nord"*. *German Studies Review*, p. 243-261, 2010.

<sup>84</sup> XIE, Philip Feifan. *Industrial heritage tourism*. Channel View Publications, 2015.

<sup>85</sup> XIE, Philip Feifan. *Industrial heritage tourism*. Channel View Publications, 2015.

zer, repouso e diversão ao desenvolvimento de lucro e receita para localidades, países e regiões. O fenômeno turístico expandiu-se a tal ponto que a regulamentação de entrada, saída, fronteiras e outros aspectos migratórios para os visitantes passaram, também, a serem regulados por organismos internacionais.

As organizações internacionais permitem avaliar a condução do turismo mundial, revelando que é o continente europeu que recebe metade dos turistas do mundo inteiro. Ao mesmo tempo, a Europa se destaca por representar mais de um terço das receitas internacionais de turismo, logo, revela-se que esse continente merece atenção a respeito da atuação turística.

O turismo na Europa se destaca por ser uma importante atividade para a região, faz parte da política de integração política da União Europeia, sendo uma das competências de regulamentação do organismo supranacional. Outrossim, essa política comunitária permite a expansão turística e o desenvolvimento de vários segmentos, propondo uma unidade e integração mais forte no bloco. Para isso, a entidade supranacional utiliza mecanismos criados em acordo entre os países signatários para regular os temas de sua competência, ao passo que alarga de forma discreta e profunda suas atribuições.

Uma forma mais específica de promover uma integração, que atinja sociedade, países e o bloco, é o turismo industrial. O patrimônio industrial é vestígio de história e memórias de um processo de industrialização que surgiu na Europa, relativo ao período das primeiras revoluções industriais. Essas áreas, hoje, desativadas em decorrência de novas industrializações, da globalização e modernização tecnológica, ou seja, a desindustrialização, expõe um lugar abandonado, sem valor ou vínculo social.

Par isso a retomada à valorização desses espaços é de extrema importância, pois, fomenta novamente aquela localidade, promove a sustentabilidade por reaproveitar o espaço, promove a construção de uma narrativa história e de representatividade social. Por outro lado, o investimento nessas regiões revitalizadas é financiado por políticas públicas da União Europeia, que consegue integrar, de forma sutil e eficaz, os países do bloco, além de desenvolver o turismo e a economia de áreas já estruturadas ou que são potencialmente viáveis.

Portanto o patrimônio industrial estabelece-se como uma importante ferramenta de fomento turístico e de integração da União Europeia.

## Referências

AZEVEDO, Esterzilda Berenstein de. Patrimônio industrial no Brasil. *Arq.urb*, n. 3, p. 11-22, 11 dez. 2010.

BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda. *Direito do turismo: história e legislação no Brasil e no exterior*. Senac, 2002.

BAHL, Miguel. *Fatores ponderáveis no turismo: sociais, culturais e políticos*. Curitiba: Protexito, 2004.

BENHAMOU, Françoise. *Economia do patrimônio cultural*. Edições Sesc, 2016.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Unesp, 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *COM/2001/0665 final*. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao comité económico e social e ao Comité das Regiões - Uma abordagem cooperativa para o futuro do turismo europeu. Eur-Lex. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1595273246057&uri=CELEX:52014DC0086>. Acesso em: 7 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *COM/2014/086 final*. Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: Uma estratégia europeia em prol do crescimento e do emprego no setor do turismo costeiro e marítimo. Eur-Lex. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1595271880681&uri=CELEX:52001DC0665>. Acesso em: 7 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Para uma política Comunitária do Turismo, primeiras orientações (n.º 84 /C 115/02). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. C 115, p. 2-28, 30 abr. 1984.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2017/864 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017, sobre o Ano Europeu do Patrimônio Cultural (2018). *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 131, p. 1-9, 20 maio 2017.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão n.º 1194/2011/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011, que cria uma ação da União Europeia relativa à Marca do Patrimônio Europeu. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 303, p. 1-9, 22 nov. 2011.

- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projetos públicos e privados no ambiente Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 26, p. 1-21, 28 jan. 2012.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. o 1073/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro de 2009, que estabelece regras comuns para o acesso ao mercado internacional dos serviços de transporte em autocarro e que altera o Regulamento (CE) n. o 561/2006 (Texto relevante para efeitos do EEE). *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 300, p. 88-105, 14 nov. 2009.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 138/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de dezembro de 2003, sobre as contas económicas da agricultura na Comunidade (Texto relevante para efeitos do EEE). *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 033, p. 1-87, 05 fev. 2004.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 692/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 2011, relativo às estatísticas europeias sobre o turismo e que revoga a Diretiva 95/57/CE do Conselho Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 192, p. 17-32, 22 jul. 2011.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2013, relativo ao sistema europeu de contas nacionais e regionais na União Europeia Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 174, p. 1-727, 26 jun. 2013.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 1255/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro de 2011, que estabelece um programa de apoio ao aprofundamento da política marítima integrada Texto relevante para efeitos do EEE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 321, p. 1-10, 5 dez. 2011.
- CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados do. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 158, p. 59-64, 23 jun. 1990.
- CUSTÓDIO, Maraluce Maria; RIBEIRO, José Cláudio Junqueira. Paisagem minerária como elemento de construção do sentimento de pertencimento ao estado de minas gerais. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 87-121, out. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v16i35.1613>. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1613/24786>. Acesso em: 13 ago. 2020.
- DIZ, Jamile B. M.; CARNEIRO, Caio C. (Re)visitando o primado das normas de direito europeu: a evolução histórica da primazia e seus primeiros desdobramentos jurisprudenciais. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 04, n. 49, p. 255-284, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2294/1424>. Acesso em: 7 jun. 2018.
- ESTOL, Judith; FONT, Xavier. European tourism policy: its evolution and structure. *Tourism Management*, v. 52, p. 230-241, 2016.
- FERREIRA, Maria Letícia Mazzucchi. Patrimônio: as várias dimensões de um conceito. *História em Revista*, UFPel, Pelotas, v. 10, 2004.
- HEMMINGS, Sarah; KAGEL, Martin. Memory gardens: aesthetic education and political emancipation in the "Landschaftspark Duisburg-Nord". *German Studies Review*, p. 243-261, 2010.
- HUNZIKER, Walter; KRAPP, Kurt. *Grundriss der allgemeinen Fremdenverkehrslehre*. Verlag: Polygraph, 1942.
- ICOMOS. *Carta de Turismo Cultural*. 1976. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/>. Acesso: 21 jun. 2020.
- JANS, Jan H.; VEDDER, Hans. *European environmental law: after Lisbon*. Apollo Books, 2012.
- KÖHLER, André Fontan; DURAND, José Carlos Garcia. Turismo cultural: conceituação, fontes de crescimento e tendências. *Turismo-Visão e Ação*, v. 9, n. 2, p. 185-198, 2007.
- KRÄMER, Ludwig; KROMAREK, Pascale. Droit communautaire de l'environnement. 1er oct. 1991 - 31 déc. 1993. *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 2-3, p. 209-248. 1994.
- MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 536-563, 2016.



- MESQUITA, Zandor Gomes. O patrimônio industrial como elemento da paisagem cultural e a paisagem cultural conformando o patrimônio industrial: uma relação conceitual. *Espaço e Cultura*, n. 40, p. 27-48, 2016.
- NIEMCZYK, Agata. Cultural tourists: “An attempt to classify them”. *Tourism Management Perspectives*, v. 5, p. 24-30, 2013.
- OMT. *Código de ética mundial para o turismo*. Brasil: Ministério do Turismo, 1999.
- OREIRO, José Luis; FEIJO, Carmem A. Desindustrialização: conceituação, causas, efeitos e o caso brasileiro. *Rev. Econ. Polit.*, São Paulo, v. 30, n. 2, p. 219-232, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-31572010000200003>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31572010000200003&lng=en&nr m=iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572010000200003&lng=en&nr m=iso). Acesso em: 10 jul. 2020.
- PORTELINHA, Ruthia. *A dimensão cultural da integração europeia: capitais europeias da cultura*. 2009. Tese (Doutorado). 2009.
- QUINTANILHA, Inês. *Casa da História Europeia: ensaio para uma visita guiada ao Museu Pan-Europeu*. 2019. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/98124>.
- SANTOS, Cecilia Rodrigues dos. Novas fronteiras e novos pactos para o patrimônio cultural. *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 43-48, abr. 2001.
- SCHMITTER, Philippe C. A experiência da integração europeia e seu potencial para a integração regional. *Lua Nova*, São Paulo, n. 80, p. 9-44, 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452010000200002>. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452010000200002&lng=en&nr m=iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452010000200002&lng=en&nr m=iso). Acesso em: 7 jun. 2018.
- SOTRATTI, M. A. Turismo cultural e patrimônio cultural: aproximações e contrastes. In: MARAFON, G. J.; SOTRATTI, M. A.; FACCIOLI, M. (org). *Turismo e território no Brasil e na Itália: novas perspectivas, novos desafios* [online]. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014. p. 22-40.
- STILGENBAUER, Judith. Landschaftspark Duisburg Nord-Duisburg, Germany [2005 EDRA/Places Award-Design]. *Places*, v. 17, n. 3, 2005.
- TICCIH. *Carta de Nizhny Tagil sobre o patrimônio industrial*. 17 jul. 2003. Moscou, Comissão Internacional para a Conservação do Patrimônio Industrial. Disponível em: <https://ticcihbrasil.com.br/cartas/carta-de-nizhny-tagil-sobre-o-patrimonio-industrial/>. Acesso em: 15 maio 2020.
- TRINDER, Barrie. *The Industrial Revolution in Europe*. European route of industrial heritage. Disponível em: [https://www.erih.net/fileadmin/Mediendatenbank/Downloads/Essays/Barry\\_Trinder\\_The\\_Industrial\\_Revolution\\_en.pdf](https://www.erih.net/fileadmin/Mediendatenbank/Downloads/Essays/Barry_Trinder_The_Industrial_Revolution_en.pdf). Acesso em: 7 jul. 2020.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia (TUE)*. 2009.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)*. 2007.
- UNWTO. *International Tourism Highlights*. 2019 Edition. Madrid: World Tourism Organization, 2019. DOI: <https://www.e-unwto.org/doi/book/10.18111/9789284421152>.
- XIE, Philip Feifan. *Industrial heritage tourism*. Channel View Publications, 2015.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural**

**Dialogue between the Inter-American Court and the European Court of Human Rights on the human right to cultural identity**

Juan Jorge Faundes

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural\*

## Dialogue between the Inter-American Court and the European Court of Human Rights on the human right to cultural identity

Juan Jorge Faundes\*\*

### Resumen

Este artículo defiende que el derecho humano a la identidad cultural es un derecho común, aplicable a los pueblos indígenas y a otras minorías culturales, en América y en Europa. Con el propósito de demostrarlo: i) conceptualiza el derecho humano a la identidad cultural y presenta sus fuentes en el Derecho Internacional de los derechos humanos; ii) revisa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce la aplicabilidad de tal derecho, principalmente, a los pueblos indígenas; iii) identifica precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su razonamiento en relación a la aplicabilidad del mismo derecho a grupos minoritarios; y iv) finalmente, plantea un marco de posibilidades y límites para un diálogo jurisprudencial en torno al derecho humano a la identidad cultural. La metodología utilizada para el estudio de jurisprudencia corresponde al método de derecho comparado, en un sentido horizontal, aplicado en el nivel de los sistemas regionales de derechos humanos europeo e interamericano. Las fuentes jurídicas se estudian sistémicamente (sistema universal, regionales de derechos humanos y fuentes especiales sobre derechos culturales). Complementariamente, se utiliza investigación bibliográfica en los aspectos conceptuales y doctrinarios.

**Palabras-claves:** Derechos Humanos. Identidad cultural. Cortes. Dialogo.

### Abstract

This article argues that the human right to cultural identity is a common right that protects indigenous peoples and other cultural minorities in America and Europe. In order to demonstrate it, the paper: i) defines the human right to cultural identity and presents its sources in the International Law of Human Rights; ii) reviews the jurisprudence of the Inter-American Court Inter-American Court of Human Rights, which recognizes its applicability mainly to indigenous peoples; iii) exposes relevant precedents of the European Court of Human Rights and its reasoning in relation to the same right and its applicability to minority groups; iv) finally, proposes a framework

\* Recibido em 28/07/2020  
Aprovado em 22/03/2021

\*\* Académico Docente Investigador - ADI  
Facultad de Derecho, Sede Temuco Instituto  
de Investigaciones en Derecho Claustro Doc-  
torado en Derecho Universidad Autónoma de  
Chile Doctor en procesos sociales y políticos en  
América Latina.  
E-mail: juanjorgef@gmail.com



of possibilities and limits for a jurisprudential dialogue among the two courts on the matter. About methodology, in the study of jurisprudence are used tools the comparative law method, in a horizontal sense, applied at the level of the regional European and Inter-American human rights systems. The legal sources are studied systemically (universal system, regional human rights and special sources on cultural rights). Complementarily, bibliographic research is used in the conceptual and doctrinal aspects.

**Keywords:** Human Rights. Cultural identity. Indigenous peoples. Courts. Dialog.

## 1 Introducción

En este trabajo revisamos el proceso de conformación de un derecho humano a la identidad cultural, como, un derecho común americano-europeo que ampara los derechos de los pueblos indígenas y de otras minorías culturales en América y Europa. En este sentido, primero, nos preguntamos sí, hermenéuticamente, la jurisprudencia sobre el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la jurisprudencia sobre derechos culturales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) pueden dialogar considerando sus fuentes en común y los eventuales razonamientos compartidos en sus respectivas decisiones<sup>1</sup>. Segundo, para avanzar en una respuesta a tal pregunta, proponemos una definición del derecho, revisamos sus fuentes e identificamos sus estándares en la respectiva jurisprudencia de estas cortes.

Al respecto, nuestra hipótesis, considera, en primer término, que la existencia de un derecho humano a la identidad cultural podrá ser afirmada, sí, a lo menos, puede sostenerse que este derecho constituye una categoría compartida por el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En segundo término, en cuanto al derecho en sí y solo en abstracto, estimamos que los presupuestos sustantivos

y los estándares planteados por la Corte IDH, genéricamente, contienen un núcleo normativo que permitiría amparar el derecho a la identidad cultural de minorías étnicas, nacionales y religiosas, tanto en el ámbito americano como en el europeo. Pero, en concreto, esa conclusión está sujeta a un conjunto relevante de limitaciones que esperamos develar en este trabajo. De esta forma, nuestro objetivo será identificar los elementos en común que conforman el derecho humano a la identidad cultural a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH.

Metodológicamente, para el estudio de jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH se usan herramientas del método de derecho comparado, en un sentido horizontal<sup>2</sup>, aplicado en el nivel de los sistemas regionales de derechos humanos europeo e interamericano. En este aspecto, el objeto de estudio se centrará en las decisiones de la Corte IDH y del TEDH, las cuales seleccionaremos en base a su contenido normativo referente al derecho a la identidad cultural<sup>3</sup>. En concreto, realizaremos un estudio en base a una selección de casos paradigmáticos de la Corte IDH y del TEDH con la finalidad de visualizar ejemplarmente las tendencias relevantes en ambas cortes referentes al objeto de estudio<sup>4</sup>. Para ello, analizamos las sentencias seleccionadas, las fuentes universales comunes, especiales y regionales, las categorías formuladas en cada caso, sus posibles y recíprocas influencias, así como alcances y brechas en

<sup>2</sup> SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 293-294.

<sup>3</sup> Sobre niveles y objeto de comparación. MANCERA COTA, Adrián. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 41, n. 121, p. 213-243, 2008.

<sup>4</sup> No estudiamos los casos de demandas de pueblos indígenas europeos (Comunidades del Pueblo Sammi de Rusia, Noruega, Finlandia y Suecia), presentadas -en su momento- ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y ante el TEDH conforme la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) porque ellas no han sido admitidas. Luego, si bien se puede teorizar sobre el amparo de los derechos de los pueblos indígenas bajo las categorías que venimos revisando para minorías étnicas y grupos vulnerables, desde una relectura del derecho de propiedad, nuestra metodología parte desde el estudio de decisiones pronunciadas por el TEDH. Estudios sobre esta cuestión. KOIVUROVA, Timo. Jurisprudence of the European Court of human right: regarding indigenous peoples: retrospect and prospect. *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 18, p. 1-37, 2011; DESMET, Ellen. Conservación y pueblos indígenas: un análisis socio-jurídico. *Cuadernos Deustos de Derechos Humanos*, Bilbao, n. 75, 2014; Beqiraj, Julinda. Indigenous peoples' cultural identity under EU Law and the ECHR: a non-trade interest or a human right? In: HIPPOLITO, Francesca; IGLESIAS, Sara (ed.). *Protecting vulnerable groups: the european human rights framework*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2015. p. 159-179.

<sup>1</sup> Sobre la idea de un derecho común euro americano. GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012; GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo. (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

torno al reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural a pueblos indígenas y otros grupos como minorías nacionales, religiosas o culturales<sup>5</sup>.

Asimismo, la revisión de las fuentes jurídicas es sistemática, realizando el análisis en base a sistemas normativos, estudiando las fuentes internacionales, las de carácter general (universales de derechos humanos), las regionales de derechos humanos (europea y americana), y las especiales (derechos culturales, minorías étnicas, pueblos indígenas y otros grupos vulnerables diferenciados).

Complementariamente, en los aspectos conceptuales y doctrinarios, se utiliza investigación bibliográfica.

Así, en este trabajo: i) conceptualizamos el derecho humano a la identidad cultural y presentamos sus fuentes en el Derecho Internacional de los derechos humanos; ii) revisamos la jurisprudencia de la Corte IDH que reconoce el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus estándares; iii) estudiamos precedentes paradigmáticos del TEDH y su razonamiento en relación con el derecho a la identidad cultural y los grupos minoritarios; iv) planteamos un marco de posibilidades y límites para un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y el TEDH en torno al derecho humano a la identidad cultural.

<sup>5</sup> Pueblos indígenas, minorías nacionales y grupos vulnerables son categorías no asimilables. Sin embargo, es posible establecer el contenido normativo en común de los diversos instrumentos internacionales que amparan sus respectivos derechos de base cultural, sin que ello implique forzar una homogeneización antropológica, política ni jurídica de estos grupos. Sobre la comparación de estos grupos. TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica. *The pluralist papers*, n. 3, 2015. Disponible en: [http://www.jupls.eu/images/JPs\\_WP\\_RT\\_Ponencia\\_2015.pdf](http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf) Acceso en: 22 jul. 2020. Sobre grupos vulnerables, entre otros, BELTRÃO, Jane Felipe et al. *Derechos humanos de los grupos vulnerables: guía de prácticas*. Barcelona: DHEs, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014; MARINO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos (coords.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26. p. 22-23; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, año 19, n. 1, p.17-43, 2020; MELLO, Patrícia Perrone Campos; LACERDA, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvana (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.

## 2 El derecho humano a la identidad cultural

La identidad cultural corresponde al conjunto de referentes culturales con los que “una persona o un grupo se autodefine, se manifiesta y desea ser reconocido”<sup>6</sup>. Luego, el derecho a la identidad cultural se despliega en dos dimensiones: como derecho a la identidad y como derecho a la cultura. En cuanto a su naturaleza y titulares: como derecho individual, protege al individuo y su identidad en la comunidad<sup>7</sup>; como derecho colectivo, resguarda a la comunidad<sup>8</sup>. La dimensión individual es la que alcanza más aceptación<sup>9</sup>, especialmente en el contexto europeo; mientras su perspectiva colectiva es la que suscita mayores debates<sup>10</sup>. Nosotros sostendremos que ambas perspectivas pueden integrar una visión compartida, europea-americana, de los derechos humanos, más allá de sus límites y delimitaciones<sup>11</sup>.

Entonces, para proponer una definición, siguiendo preliminarmente a la Corte IDH<sup>12</sup>, el derecho a la iden-

<sup>6</sup> RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006.

<sup>7</sup> DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006; DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014. p. 48-49.

<sup>9</sup> ELÓSEGUI, María. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI: hacia una ciudadanía inclusiva*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2012. p. 4-56.

<sup>10</sup> DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014; HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento: respuesta a Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento? un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006. p. 89-148. p. 131-132; FAUNDES, Juan. Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Perfiles Latinoamericanos*, n. 49, p. 303-323, jun. 2017.

<sup>11</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53. p. 26.

<sup>12</sup> Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (fondo), 25 noviembre 2000). Corte IDH. *Caso de la Comunidad (Sumo) Anvas Tigni Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones, costas), 31 agosto 2001. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (reparaciones), 19 noviembre de 2004. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moimona vs. Suriname* (excepciones

idad cultural se describe como un derecho de naturaleza colectiva y de titularidad de las comunidades, pueblos indígenas, grupos afrodescendientes y sus respectivos miembros<sup>13</sup>. Este derecho contiene, así, tanto el deber de protección de las manifestaciones identitarias y culturales, como, en especial, la obligación del Estado y de sus operadores de comprender los comportamientos de cada pueblo o comunidad a la luz de su visión del mundo, de los significados que ellos dan a sus comportamientos, sin imponer los significados o pre-comprensiones de la cultura hegemónica, a la cual pertenece regularmente el intérprete<sup>14</sup>. Entonces, preliminarmente, desde esta perspectiva, podemos definir genéricamente el derecho humano a la identidad cultural como:

El Derecho de todo colectivo, grupo o minoría, caracterizado étnica y o culturalmente, y de sus miembros, a conservar su propia cultura, su patrimonio cultural tangible o intangible, su presente y su memoria histórica; y a ser reconocidos como diferente en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Comprende el derecho a que se respeten sus conocimientos, creencias, artes, moral, religión, sistema normativo, prácticas y cosmovisión; y el

preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakey Axá vs. Paraguay* (fondo, reparaciones, costas), 17 junio 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 29 marzo 2006. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 noviembre de 2007. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 24 agosto 2010. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012. Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), 29 mayo 2014. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018. Para el estudio de estos precedentes en perspectiva del derecho fundamental a la identidad cultural. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

<sup>13</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020. p. 81-82.

<sup>14</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019. p. 514-516. FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, feb. 2019. p. 56-59.

derecho de sus integrantes a pertenecer a su cultura, a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente y o a no ser asimilado por ésta<sup>15</sup>.

Como dijimos nuestro objeto es identificar el núcleo normativo común a partir del cual se podría sostener un potencial diálogo americano europeo de derechos humanos en torno al derecho a la identidad cultural y, en consecuencia, la existencia del derecho en un marco general más amplio al interamericano. Metodológicamente optamos por recurrir a los instrumentos internacionales de derechos humanos como fuentes normativas y a la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH. Por ello, prescindimos aquí de la extensa fundamentación sobre la existencia del derecho a la identidad cultural en abstracto, aunque sabemos que en un desarrollo integral de esta categoría es imprescindible<sup>16</sup>. De igual forma, prescindimos de varios debates importantes sobre los alcances de este derecho y su dimensión colectiva<sup>17</sup>, así como de las diversas comprensiones del concepto mismo de cultura<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, feb. 2019. p. 51-78. Dicho trabajo, a su vez, recoge elementos de las definiciones de: DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014. p. 48-49; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006; FOrNET BETANCOURT, Raúl. *Tareas y propuestas de la filosofía intercultural: sobre el concepto de identidad*. Concordia: Reihe Monographien Band 49, 2009. p. 47-54. Una definición del derecho fundamental a la identidad particular respecto de los pueblos indígenas en específico. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

<sup>16</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

<sup>17</sup> DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014. DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014; ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. ELÓSEGUI, María. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI: hacia una ciudadanía inclusiva*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2012; RUIZ RICO, Gerardo; RUIZ, Juan José. *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales: la jurisprudencia nacional y europea: identidad religiosa en sociedades multiculturales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

<sup>18</sup> Sobre las críticas al concepto de cultura. v CLAROS, Luis; VI-



## 2.1 Conformación del derecho humano a la identidad cultural desde sus fuentes en el Derecho Internacional de los derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), señala que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (art. 22) y que “tiene derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad” (art. 27.1). En particular, la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural del año 2001 define cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 1 dispone que en virtud del derecho a la libre determinación los pueblos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Luego, en armonía con los instrumentos precedentes, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prescribe que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este artículo, en su génesis no fue ideado para la protección de grupos, sin embargo hoy se admite ampliamente como fuente del derecho a la identidad cultural y que comprende la protección de minorías<sup>19</sup>. En

AÑA, Jorge. La interculturalidad como lucha contrahegemónica. Fundamentos no relativistas para una crítica de la de la cultura. In: VIANA, Jorge *et al.* *Interculturalidad crítica y descolonización: fundamentos para el debate*. La Paz: Convenio Andrés Bello, 2009. p. 117-118. FAUNDES, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba: Appris, 2020. FAUNDES, Juan Jorge; LE BONNIEC, Fabien. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Brazilian Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 144-179, 2020.

<sup>19</sup> ANDRADE, María. *Derechos de minorías nacionales y de pueblos indígenas: comparación entre los gitanos en España y los Mapuche en Chile*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019. p. 87-88.

particular, también se ha sostenido que integra el *corpus iuris* de humanos derechos de los pueblos indígenas<sup>20</sup>, en armonía con el Convenio N°169 de la OIT (Cv. 169 o Convenio N°169) y con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), que revisaremos.

En particular, también encontramos otros instrumentos que consideran en específico la protección de derechos culturales y la identidad cultural, tales como: la **Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, Convención de Paris (2003)**, la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992), la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural (2001) y la **Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003)**.<sup>21</sup>

Las fuentes generales de Derecho Internacional precedentes pueden conformar un primer nivel normativo, común, americano y europeo, en torno al derecho humano a la identidad cultural<sup>22</sup>. Pero dichas fuentes requieren ser articuladas con los instrumentos regionales que dan aplicación a estos mandatos, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y otros instrumentos especializados. En el marco europeo encontramos el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad (Convenio Faro, 2005) y el Convenio Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995 (FCNM). El último, ampara el derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales a “mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural” (art. 5).

<sup>20</sup> FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

<sup>21</sup> Un desarrollo más extenso de estas fuentes. DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014; OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural. In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 175-190.

<sup>22</sup> DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

Dentro de los documentos especializados sobre pueblos indígenas encontramos el Convenio N°169 de la OIT, que contempla que los gobiernos “deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respecto a su integridad” (art. 2.1); lo que incluye medidas que “promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (art. 2.2). El Convenio también establece que los pueblos indígenas son titulares del derecho de “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art. 7.1). Por su parte, la DNUDPI recoge y protege diversas expresiones y alcances del derecho humano a la identidad cultural (arts. 2, 9, 11, 25, 31 y 33). Y finalmente, la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 (DADPI), que reconoce un amplio conjunto de derechos vinculados a la identidad cultural, entre otros, señala que los pueblos indígenas, colectivamente, “tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible” (art. 13).

De esta forma, sintetizando las fuentes internacionales referidas, en relación a un posible derecho común euro-americano que proteja la identidad cultural, provisoriamente, desde ya, podemos establecer algunas cuestiones centrales. En primer lugar, los instrumentos universales, como la DUDH, el PDCP y el PIDEDEC, no contemplan expresamente el DFICPI. No obstante, sí es posible justificar la existencia del derecho humano a la identidad cultural desde dichos instrumentos internacionales generales, los cuales amparan a diversos grupos vulnerables y minorías<sup>23</sup>. Tal esfuerzo lo visualizamos

<sup>23</sup> RUSSO, Anna; WENCES, Isabel. De los derechos de los “miembros de las comunidades” a los derechos de la “comunidad y sus miembros”: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: WENCES, Isabel; SANTOLAYA, Pablo (coords.). *La América de los Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

en la jurisprudencia de la Corte IDH y en alguna medida también en la del TEDH.

Entonces, el primer nivel de reconocimiento abarca, genéricamente, derechos culturales minorías, nacionales, étnicas y religiosas u otros grupos vulnerables.

**En un segundo plano normativo**, las diversas fuentes generales, referentes a derechos de minorías o que amparan derechos culturales, deben articularse con los tratados base de los sistemas regionales de derechos humanos. En Europa, el CEDH con instrumentos especializados, como el FCNM y el Convenio Faro; o bien, la CADH con la DADPI en América.

Además -como veremos-, para el ámbito interamericano, el derecho a la identidad cultural logra concreción, en un tercer plano más específico, en que se articula el derecho reconocido en las fuentes generales y regionales con otros instrumentos que amparan en particular a los pueblos indígenas y afrodescendientes. De esta forma, se vincula la justificación del derecho a la identidad cultural con otras fuentes más específicas, como el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI. Sin embargo, **el Convenio 169 de la OIT (de alcance general y vinculante para los 22 estados que lo han ratificado, en su mayoría de América Latina<sup>24</sup>) tampoco contempla expresamente el derecho a la identidad cultural. Mientras, la DNUDPI, que sí contiene un reconocimiento expreso del derecho a la identidad cultural, no es vinculante.**

**En consecuencia, si bien es posible afirmar la existencia del derecho humano a la identidad cultural desde las fuentes de alcance general en el Derecho Internacional (universales, regionales), junto a las específicas para los pueblos indígenas u otras minorías nacionales, religiosas o culturales, en todos los casos, es imprescindible un esfuerzo hermenéutico por parte de las cortes regionales, de argumentación y articulación de las fuentes para identificar los titulares del derecho, la naturaleza de este y sus alcances específicos en cada respectivo contexto.**

**La labor interpretativa indicada, en el marco regional interamericano, ha sido desarrollada por la Corte IDH, a la luz de la CADH. Y, en el caso euro-**

<sup>24</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. Conforme el reporte actualizado de la OIT.

peo, la referida tarea hermenéutica la ha realizado el TEDH conforme la CEDH. Como veremos, ambas cortes internacionales de derechos humanos han reconocido el derecho humano a la identidad cultural, pero sus respectivas fundamentaciones, si bien no son opuestas, son disímiles y los alcances del amparo otorgado también ha sido diverso.

### 3 La jurisprudencia de la Corte IDH y el DFICPI<sup>25</sup>

En este segundo capítulo revisamos un conjunto de precedentes destacados de la Corte IDH conforme los cuales ha ido configurando hermenéuticamente el derecho a la identidad cultural. Para ello, primero, es necesario señalar sintéticamente cuáles son los criterios hermenéuticos que sigue la Corte IDH. En segundo término, se estudian las decisiones en concreto que, a la luz de la perspectiva interpretativa indicada, ha resuelto las cuestiones sobre el derecho a la identidad cultural. Para ello, los casos son categorizados conforme los derechos que ha ido reconociendo y/o categorizando en la

<sup>25</sup> Aunque los trabajos que sintetizan la jurisprudencia interamericana sobre derechos de los pueblos indígenas son muchos, solo hemos encontrado los siguientes que traten el derecho a la identidad cultural. AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. In: VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Mariela. *La justicia constitucional e internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: UNAM, MPI, IIDC, 2010. p. 3-84. p. 23, 33. ESTUPIÑAN, Rosmelin; IBÁÑEZ, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. In: BELTRÃO, Jane Felipe et al. *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. manual. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. p. 301-336. p. 325-326; MORALES, Mariela. La vulnerabilidad como principio transnacional: aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE democrático. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional: interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México: Editorial Porrúa, IMDPC, 2016. p. 295-334. p. 323-326; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006. Por su parte, Schettini rescata el concepto de derecho a la “vida digna” y la especial titularidad de sujetos de derechos colectivos de los pueblos indígenas, asociados a sus derechos territoriales y a los recursos naturales. SCETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista internacional de derechos humanos SUR*, v. 9, n. 17, dic. 2012. En el listado precedente no figuran nuestros trabajos en la materia que son referidos a lo largo de este estudio.

materia, los que se integran con las cuestiones de la interdependencia, del desarrollo progresivo de los DESC y la obligación de actuación diligente, formuladas por la Corte IDH. Tercero, se sintetiza el razonamiento de la Corte en estos casos.

#### 3.1 La doctrina interpretativa de la Corte IDH

La base hermenéutica que usa la Corte IDH es el control de convencionalidad<sup>26</sup>. Se trata de una categoría elaborada por la Corte IDH para exigir el cumplimiento de sus decisiones a los estados parte del SIDH<sup>27</sup>. En general, bajo la idea del control de convencionalidad se plantea el imperativo de adecuación de la normativa doméstica a la CADH, en particular, de los derechos reconocidos o desarrollados evolutivamente por la Corte IDH, que permean los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y sus constituciones<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017; MARINONI, Luiz; MAZZUOLI, Valerio. Control de convencionalidad: un panorama Latino-Americano Brasil/Argentina/Chile/México/Perú/Uruguay. Brasília: Gazeta Jurídica, ABDPC, 2013; VARELLA, Marcelo; MONEBHURRUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 47-209.; FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenéutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015.

<sup>27</sup> Como *leading case* v. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 26 septiembre de 2006.

<sup>28</sup> En doctrina se plantean diversas propuestas y conceptos para la sistematización y comprensión de este control e interacción. “Bloque de constitucionalidad”. NOGUEIRA, Humberto. *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus Editorial, 2014. “El Estado abierto” o la “estatalidad abierta”. MORALES, Mariela. El estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES, Mariela (ed.). *Ius constitutionale commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014. p. 265-299. “*Ius Constitutionale Commune Americano*”. VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: Textos básicos para su comprensión. Querétaro (México): Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2017; VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES, Mariela (coords.). *Derechos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. *Constitucionalis-*



La Corte IDH postula una perspectiva robusta del control de convencionalidad y el cumplimiento de la CADH. Al respecto, se ha sostenido que el control ejercido por la Corte opera como “una concepción unitaria de las instancias normativas internacionales y nacionales de derechos humanos que dan un contenido material a principios constitucionales e internacionales respecto de estos derechos para resolver los casos en el fuero nacional”<sup>29</sup>. Conjuntamente, la Corte IDH, realiza una “interpretación evolutiva” de los derechos humanos<sup>30</sup> que tiene como directriz el principio *pro homine* o “pro-persona”. En general, puede afirmarse, a lo menos, que este enfoque opera desde un consenso mínimo de que los derechos humanos constituyen un límite para los estados, lo que configura una interacción de diversos alcances entre las cortes internacionales de derechos humanos y las nacionales<sup>31</sup>.

---

mo en red: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas como filtro hermenéutico para la tutela de la ocupación tradicional de la tierra. In: ROSSITO, Flávia Donini *et al.* *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339; MELLO, Patrícia Perrone Campos; LACERDA, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.

<sup>29</sup> NASH, Claudio. La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales. 2008. 357 pp. Tesis de doctorado. Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2008. pp. 73, 245-246.

<sup>30</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones, costas), 31 agosto 2001.

<sup>31</sup> En doctrina las visiones sobre la intensidad de dicho control son muy diversas: para algunos no existe un control propiamente tal que alcance el derecho interno, más allá de la responsabilidad internacional en el plano internacional. VIO GROSSI, Eduardo. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del control de convencionalidad a la supranacionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 21, p. 93-112, 2015. Para otros, se trata de un control fuerte que se equipara al control de constitucionalidad, BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como tribunal constitucional. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-35; LEGALE, Siddharta. La constitución interamericana: los 50 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL, 46., 2019, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro: CJI, 2019. p. 121-169. p. 121-169. También encontramos proposiciones que sostienen la idea más armónica de un diálogo entre cortes nacionales y e internacionales: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ,

Bajo la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH se instala como un tribunal que ha procurado elevar los estándares de derechos humanos en los estados miembros de la OEA, lo que ha sido particularmente *intenso* en relación con los derechos de los pueblos indígenas.

### 3.2 Los precedentes de la Corte IDH en torno al derecho a la identidad cultural

Si bien encontramos precedentes de Corte IDH sobre el derecho a la identidad cultural desde la década de 1990, para los fines de este trabajo presentamos algunos casos relevantes en relación a este derecho, particularmente desde 2001 en adelante cuando la Corte Interamericana asume un reconocimiento explícito de los derechos de los pueblos indígenas bajo el amparo de la CADH.<sup>32</sup>

La Corte IDH sostiene que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva cuya titularidad corresponde a las comunidades y pueblos indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática<sup>33</sup>. Así, afirma el núcleo normativo del derecho que, concretamente, se materializa en el amparo de las formas de vida de estos pueblos, su lengua, mecanismos de resolución de conflictos, religión, formas de organización y toma de decisión, la relación con sus tierras, territorios, recursos naturales y *habitat*, entre otros aspectos. Al mismo tiempo, el derecho a la identidad cultural se despliega de forma interdependiente<sup>34</sup> con otros derechos humanos

---

Alejandro; MORALES, Mariela. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI, 2017. p. 155-174; PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017.

<sup>32</sup> Para una revisión detallada de toda esta jurisprudencia. FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 107-144.

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012.

<sup>34</sup> FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

que se vinculan a tales dimensiones, materiales e intangibles, como el derecho a la vida en sentido colectivo, a la igualdad, a la libertad religiosa, a la participación, a la propiedad y al goce efectivo, en sí, de tales derechos.

### 3.2.1 El derecho de propiedad y los derechos territoriales de los pueblos indígenas como base de la identidad cultural (artículo 21 CADH)

#### a) Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua (2001)<sup>35</sup>:

En el Caso de la “Comunidad Magna (Sumo) Awas Tigni” (2001)<sup>36</sup> las comunidades Miskita de la Costa Atlántica de Nicaragua demandaron la vulneración de sus derechos territoriales, reconocidos por las leyes domésticas, a partir de la falta de demarcación de su territorio y su afectación concreta por el otorgamiento de diversas concesiones de explotación sobre los mismos espacios.

En el caso dijo la Corte que:

[...] el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal [...]. (párr. 148).

[...] entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (párr. 149).

Así, esta sentencia de la Corte IDH constituye un *leading case* para el reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas en el SIDH. La decisión, a partir de la interpretación evolutiva del derecho de propiedad (art. 21 CADH), como inclusivo de la pro-

<sup>35</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones, costas), 31 agosto 2001.

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones, costas), 31 agosto 2001.

iedad comunal de los pueblos indígenas, ampara dicha propiedad como la base material indispensable para el ejercicio del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

### 3.2.2 El derecho a la identidad cultural en interdependencia con los derechos de propiedad y a la vida en sentido amplio

#### a) Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)<sup>37</sup>, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006)<sup>38</sup> y el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)<sup>39</sup>:

En estos casos, la CIDH alegó ante la Corte IDH que las comunidades indígenas Yakye Axa (2005), Sawhoyamaxa (2006), ambas del Pueblo Enxet-Lengua y la comunidad Xákmok Kásek (2010) y sus respectivos miembros, vieron afectado su derecho de propiedad ya que el Estado de Paraguay no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de dichas comunidades. Se denunció que, pese a que en cada caso se encontraba su solicitud de reivindicación territorial en tramitación (desde 1993, 1991 y 1990, respectivamente), tales solicitudes no habían sido resueltas satisfactoriamente. Ello generó la imposibilidad a estas comunidades y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, lo que los mantenía en estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, amenazando de forma continua su supervivencia e integridad.<sup>40</sup>

En el caso de la Comunidad *Yakye Axa vs. Paraguay* dijo la Corte:

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta [...] la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras. (párr... 124).

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo [que se

<sup>37</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005 (fondo, reparaciones, costas), p. 55.

<sup>38</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 24 agosto 2010.

<sup>39</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 24 agosto 2010.

<sup>40</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005 (fondo, reparaciones, costas), párr.2.

conforma] a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran [...] porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. (cons. 135).

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. 147.”<sup>41</sup>.

La Corte dejó planteado que puede resultar necesaria una restricción al derecho a la propiedad privada de particulares “para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana” (cons. 148.b).

En el Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa V.s. Paraguay* observó que dada “la significación especial” que tiene la tierra para los pueblos indígenas, “toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales” acarrea el menoscabo de valores relevantes y el peligro consecuente “de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones” (cons. 222). Agregó en el Caso de la Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010) que:

[...] la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. <sup>42</sup> (cons. 174.).

[...] cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. <sup>43</sup> (cons. 175).

En relación con el amplio significado de la conexión con la tierra de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, dijo la Corte IDH en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa V.s. Paraguay* (2006) que para los pueblos indígenas la tierra tiene una “significación especial”, por lo que “toda denegación al goce o ejerci-

cio de los derechos territoriales” acarrea el menoscabo de valores relevantes y el peligro consecuente “de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones” (cons. 222).

La Corte IDH observó que los miembros de la Comunidad *Xákmok Kásek* sufrieron diversas afectaciones a su identidad cultural que se produjeron fundamentalmente por la pérdida de su territorio y de los recursos naturales que ahí se encuentran (arts. 1.1 y 21.1 de la CADH). Declaró también que dichas

**Afectaciones son una muestra más de la insuficiencia de la visión meramente ‘productiva’ de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas. (cons. 182.)<sup>44</sup>**

En el sentido anterior, agregó en la sentencia del caso de la Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010) que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo”, que se encuentra en estrecha relación con sus tierras y recursos naturales, las que “constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (cons. 174.).

De esta forma, la Corte afirma una concepción del derecho a la vida, en sentido amplio, colectivo, que asegura el derecho a la sobrevivencia de los pueblos indígenas y sus comunidades, considerando como supuesto de dicho derecho la protección de sus territorios y recursos naturales, en interconexión, por tanto, con su derecho a la identidad cultural.

### **3.2.3 La dimensión religiosa inmaterial o intangible del derecho a la identidad cultural (arts. 5, 8, 25, 24, 12, 21 y 1.1, 2, de la CADH)**

#### **a) Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, 2004:**

La Corte conoció del caso presentado por la CIDH en nombre de los sobrevivientes y familiares de las víctimas de la masacre de 268 personas ocurrida en 1982.

<sup>41</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa vs. Paraguay* (sentencia de interpretación), 15 noviembre 2007, párr. 147.

<sup>42</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 24 agosto 2010.

<sup>43</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010.

<sup>44</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010, parr. 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179, 182 de ítem VI: Derecho a la propiedad comunitaria, garantías judiciales y protección judicial (artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la convención americana), pp. 44-46.



Las víctimas, en su mayoría eran miembros del Pueblo Indígena Maya de la aldea Plan de Sánchez del Municipio de Rabinal, Departamento de Baja Verapaz de Guatemala. Los autores fueron miembros del Ejército de Guatemala y colaboradores civiles actuando bajo la tutela del Ejército. Conjuntamente con las muertes (art. 4 CADH), se alegó la “denegación de justicia” y otros actos de intimidación y discriminación que afectaron a las víctimas, vulnerando sus derechos a la integridad personal, a la protección judicial y a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley, a la libertad de conciencia y religión, a la propiedad privada, todo, en relación con la obligación general de respetar los derechos (art. 1.1 CADH)<sup>45</sup>. Dijo la Corte IDH:

[...] b) Se debe apreciar que las víctimas del presente caso no pudieron celebrar libremente ceremonias, ritos u otras manifestaciones tradicionales durante un tiempo, lo que afectó la reproducción y transmisión de su cultura. Asimismo, está comprobado que con la muerte de las mujeres y ancianos, transmisores orales de la cultura maya aquí, se produjo un vacío cultural [...]<sup>46</sup>.

c) se deben tomar en cuenta los daños inmateriales ocasionados a los miembros de la comunidad Plan de Sánchez con motivo de la militarización de su aldea. Está probado que la estructura comunitaria tradicional de Plan de Sánchez fue sustituida por un sistema de control militarista y vertical [...]<sup>47</sup>

De esta forma la Corte no solo destacó las muertes en sí como vulneración de la CADH, sino que destacó los efectos culturales, inmateriales, intangibles consecuencia o asociados a dichas muertes que constituyen una afectación de su derecho a la identidad cultural.

**b) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname (2005):**

Los clanes *N'djuka de Moiwana* se extendían en diez campamentos a lo largo de cuatro kilómetros de la carretera entre Paramaribo y Albina en la parte oriental de Suriname. El territorio tradicional de caza, agricultura y pesca de la comunidad abarcaba decenas de kilómetros hacia el bosque, a ambos lados de la referida carretera.

En 1986 una operación militar del ejército de Suriname atacó la aldea de la comunidad *N'djuka Maroon de Moiwana*. Los agentes del Estado y sus colaborado-

res mataron al menos a 39 miembros indefensos de la comunidad, entre los cuales había niños, mujeres y ancianos, e hirieron a otros. Los soldados quemaron, destruyeron la propiedad de la comunidad y forzaron a los sobrevivientes a huir. Asimismo, se denunció ante la Corte que no hubo una investigación adecuada de la masacre, que nadie había sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes permanecían desplazados de sus tierras; consecuentemente, que serían incapaces de retomar su estilo de vida tradicional<sup>48</sup>. Dijo la Corte:

[...] la conexión de la comunidad N'djuka con su tierra tradicional reviste vital importancia espiritual, cultural y material...[que] para que se pueda preservar la identidad e integridad de la cultura, los miembros de la comunidad deben mantener una relación fluida y multidimensional con sus tierras ancestrales.

[...] los miembros de la comunidad Moiwana han sufrido emocional, psicológica, espiritual y económicamente, en forma tal que constituye una violación por parte del Estado del artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de aquéllos.<sup>49</sup>

En esta oportunidad la Corte IDH avanzó en la vinculación normativa existente entre el derecho a la identidad cultural y la libertad de conciencia y religión, reafirmando la dimensión colectiva de la identidad cultural, en especial a partir del reconocimiento de un daño de carácter inmaterial o “daño espiritual”.

En su voto razonado el Juez Cañado Trindade especificó que:

[...] el desarraigo afecta, en última instancia, al derecho de una identidad cultural que compone el contenido sustantivo o material del derecho a la vida misma *lato sensu*. (cons. 13);

[la memoria colectiva de este pueblo queda] debidamente preservada, contra el olvido, en honor a sus muertos, protegiendo su derecho de vida *lato sensu*, incluyendo el derecho a una identidad cultural, que se manifiesta en sus reconocidos lazos de solidaridad con los muertos. (cons. 92)<sup>50</sup>.

Así, se vinculan los daños inmateriales en estrecha relación con el derecho a la identidad cultural de las

<sup>45</sup> *Caso Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala* (reparaciones), 19 noviembre de 2004. Cap. VIII, párr. 2.

<sup>46</sup> *Caso Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala* (reparaciones), 19 de noviembre de 2004. Cap. VIII, párr.87, letra b).

<sup>47</sup> *Caso Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala* (reparaciones), 19 de noviembre de 2004. Cap. VIII, párr.87, letra c).

<sup>48</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005, párrs. 3, 86.15, 86.11.

<sup>49</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005, párrs. 101-103

<sup>50</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005, p. 122.

comunidades indígenas, valorando, por sobre la dimensión subjetiva individual, el daño espiritual cultural colectivo comunitario y la normatividad de las tradiciones territorializadas<sup>51</sup>.

**c) Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010)<sup>52</sup>:**

El caso refiere a la desaparición forzada del dirigente político indígena maya *Kaqchikel* Florencio Chitay Nech, ocurrida a partir de su secuestro el 1 de abril de 1981 en la

Ciudad de Guatemala y la posterior falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como la denegación de justicia en perjuicio de sus familiares.

El fallo destaca los efectos colectivos para la familia *Chitay Nech* originados en la desaparición forzada *Kaqchikel* Florencio Chitay. Dijo la Corte:

Este tribunal estima que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez, por su condición de indígena mayas... por lo que el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una pérdida cultural y espiritual.<sup>53</sup>

[...] así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral.<sup>54</sup>

[...] el tribunal considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas.<sup>55</sup>

La Corte destacó los graves efectos originados en la desaparición forzada del dirigente político indígena maya *Kaqchikel* Florencio Chitay y en el propio desplazamiento de los miembros de la comunidad, porque “el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también **significó una pérdida cultural y espiritual [...] una ruptura con su identidad cultural**” que afectó “su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral” generando un claro riesgo de extinción, cultural y físico.

**3.2.4 El derecho a la identidad cultural como filtro hermenéutico, interdependencia y el deber de actuación diligente del Estado (arts. 1.1. y 2 CADH):**

La Corte IDH en un conjunto de fallos desarrolla un enfoque que, más allá de las diversas categorías de derechos que fue reconociendo o ampliando, desde la interdependencia del derecho a la identidad cultural con los restantes derechos, establece un deber hermenéutico de protección efectiva que recae en los estados parte.

En el mismo caso *Yakye Axa* ya reseñado dijo la Corte que:

51. Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.<sup>56</sup>

Así, la Corte empieza a sostener que el derecho humano a la identidad cultural es un factor de interpretación transversal para el conjunto de los derechos de los pueblos indígenas, que busca asegurar la efectiva protección del derecho, en un enfoque que venimos llamando *filtro hermenéutico*<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005, párrs. 67-70, pp. 22-23.

<sup>52</sup> Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas), 25 mayo de 2010.

<sup>53</sup> Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas), 25 mayo de 2010, párr. 145

<sup>54</sup> Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas), 25 mayo 2010, párr. 146. Según los representantes, los hermanos Chitay se vieron obligados a no utilizar el apellido de su padre e identificarse con el apellido de su madre, haciendo parecer su herencia cultural respecto de su linaje como personas autoidentificadas indígenas.

<sup>55</sup> Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas) 25 mayo de 2010, párr. 147.

<sup>56</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 17 junio 2005, párr. 51.

<sup>57</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019; MEL-

En este sentido, el Estado, en todas sus acciones y en especial por medio del control judicial, tiene un *deber de diligencia*, que le impone interpretar y aplicar el derecho para asegurar a los pueblos indígenas que continúen viviendo su modo de vida tradicional<sup>58</sup>. Así, el *filtro* del derecho fundamental a la identidad cultural determina, entre otros elementos, que: los derechos de los pueblos indígenas deben ser comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena y de los elementos inmateriales de sus vivencias; asegurando las tierras y territorios indígenas en que viven como imprescindibles para su existencia y para la preservación de su cultura -material e inmaterialmente-<sup>59</sup>.

Hablamos de *filtro*<sup>60</sup>, porque se trata de que el DFI-CPI *irradie* hacia las diversas categorías de derechos humanos que amparan los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito doméstico, promoviendo la comprensión de derechos, ampliando su entendimiento, dotando de contenido o delimitándolos. Se trata de una perspectiva de los derechos humanos de alcance constitucional, conforme la cual los derechos fundamentales y los valores constitucionales se expanden a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico positivo. En consecuencia, en esta interpretación, el derecho humano a la identidad cultural incluso alcanza el contenido de los dispositivos constitucionales que, a la luz de la labor ju-

risdiccional, *dialogan* con los derechos asegurados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

### a) Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador” (2012)<sup>61</sup>:

En *Sarayaku vs. Ecuador* se denunció el otorgamiento por parte del Estado en la década de 1990 de un permiso a una empresa privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku (ubicado en la región amazónica del Ecuador), sin consulta previa y sin su consentimiento.

Se desarrollaron fases de exploración petrolera durante cuatro años que incluyeron la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, con detonaciones que alcanzaron de 5° a 6° Righther. Estas y otras acciones crearon una situación de riesgo para la población, porque, durante los años de estas actividades, los integrantes de este pueblo se vieron impedidos de buscar medios de subsistencia y, todo ello, les habría limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. Todo ello, incluyó la alegación de falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales.

Se sostuvo también que los actos de la empresa, al pretender legitimar sus actividades de exploración petrolera y justificar sus intervenciones en el territorio Sarayaku, dejaron de respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades.<sup>62</sup>

La Corte IDH destacó la relevancia de la conexión entre el territorio y los recursos naturales que usan tradicionalmente los pueblos indígenas “con su propia *supervivencia física y cultural*, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión”. Por ello, declaró la Corte el deber de amparo, conforme el 21 de la CADH, para garantizar que los pueblos indígenas “puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”. En particular, destacó esta obligación positiva se extendía a la interpretación de los restantes derechos:

LO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo en red: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas como filtro hermenéutico para la tutela de la ocupación tradicional de la tierra. In: ROSSITO, Flávia Donini et al. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.

<sup>58</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

<sup>59</sup> FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

<sup>60</sup> Seguimos en diversas medidas, los conceptos de “filtraje constitucional” y “*Filtragem Constitucional*”. SARMIENTO, Daniel. *Derechos Fundamentales e Relaciones Privadas*. Río de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004. pp. 154-160. BARROSO, Luis. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Sao Paulo: saraiva jur. 2019. pp. 517. BARROSO, Luis. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 5-37, 2001. Y del “efecto *irradiante*” de los derechos fundamentales. SCHIER, Paulo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>61</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012.

<sup>62</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012. I.4. p. 4.



[...] el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática... vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos.<sup>63</sup>

Así, en el caso *Sarayaku vs. Ecuador* la Corte afirmó un deber hermenéutico general que recae en el Estado, conforme el cual el derecho humano a la identidad cultural es un marco de “interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas” protegidos por la CADH y por los ordenamientos jurídicos domésticos de los estados parte del SIDH<sup>64</sup>.

**Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patri-  
cio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros  
(Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena  
Mapuche) respecto de la República de Chile  
(2014)<sup>65</sup>:**

Un conjunto de líderes y autoridades tradicionales del Pueblo Mapuche (Chile)<sup>66</sup> alegaron ante la Corte IDH la violación de los derechos asegurados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención, debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas. Se denunció la aplicación de la normativa penal para conductas terroristas “contraria al principio de legalidad”, con una tramitación que adoleció de “irregularidades que afectaron el debido proceso” y que, para condenar a integrantes de dicho Pueblo, tomaron “en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria” bajo “un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena Mapuche en Chile”<sup>67</sup>.

La Corte afirmó en este caso que los tribunales nacionales no consideraron la condición de las víctimas de miembros de un pueblo indígena ni su posición de autoridades tradicionales. Expresó la Corte:

204. [...] los pueblos indígenas [...] tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres”.

[no] se tuvo en cuenta en ninguno de los casos la condición de siete de las presuntas víctimas como miembros de un pueblo indígena y, en particular, la posición de autoridades tradicionales que ocupaban [...].

Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. (Cons. 357).

Con ello, para la Corte, se vulneró el deber de los estados de considerar las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general, las cuales conforman su identidad cultural.

#### **b) Caso del Pueblo Xucuro vs. Brasil (2018)<sup>68</sup>:**

Las comunidades del pueblo indígena *Xucuru* de Brasil denunciaron la violación de sus derechos territoriales como consecuencia de la demora de más de 16 años, entre 1989 y 2005, en el proceso administrativo de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de sus tierras y territorios ancestrales; así como en el saneamiento total de dichas tierras y territorios, de manera que el referido pueblo indígena pudiera ejercer pacíficamente tal derecho.

Asimismo, en el caso se alegó la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judi-

que se conocieron, inicialmente, en cuatro peticiones acumuladas ante la CIDH. Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), 29 mayo 2014, I.1. pág. 4. En uno de los casos denunciados, el longko Pascual Pichun de Temulemu, el longko Aniceto Norín de Didaico y Patricia Troncoso (integrante no indígena del movimiento) fueron condenados en 2003 a 5 años y un día de presidio por los delitos de “amenaza terrorista”. En cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH la Corte Suprema chilena ordenó dejar sin efecto las condenas de 2004 v. Corte Suprema (Chile), AD 1386-201416, 11 mayo 2019.

<sup>68</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018.

<sup>63</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012, p.66, parr. 213.

<sup>64</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012. p.66, parr. 213.

<sup>65</sup> Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), 29 mayo 2014.

<sup>66</sup> Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles (no indígena, activa participante de acciones reivindicativas) y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe.

<sup>67</sup> Se trató de un conjunto de enjuiciamientos penales diferentes

cial, como consecuencia del incumplimiento del plazo razonable en el proceso administrativo respectivo, así como la demora en resolver acciones civiles iniciadas por personas no indígenas con relación a parte de las tierras y territorios ancestrales del pueblo indígena *Xucuru*. Así, se sostuvo que se había vulnerado el derecho a la propiedad, el derecho a la integridad personal, a las garantías y protección judiciales, previstos en los artículos 21, 5, 8 y 25 la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.<sup>69</sup>

En su decisión la Corte Interamericana destacó la obligación de actuación positiva (*diligente*) por parte del Estado en favor de los pueblos indígenas, en el sentido del deber de garantizarles, *mediante medidas efectivas*, el derecho “a continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas”<sup>70</sup>.

De esta forma, a partir de las decisiones revisadas, podemos evidenciar que, para la Corte IDH, el derecho humano a la identidad cultural constituye una categoría amplia que engloba o está en la base de un conjunto de otros derechos<sup>71</sup> y orienta la interpretación de los demás derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, el Estado tiene un *deber de actuación diligente* en los respectivos ordenamientos domésticos, debiendo garantizar que los indígenas vivan de acuerdo con su identidad cultural, como presupuesto de su propia sobrevivencia.

**c) Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas)<sup>72</sup>:**

<sup>69</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018, i.1. p. 4.

<sup>70</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018. párr. 188.

<sup>71</sup> En este sentido se señala que es un “derecho matriz”. Faundes, 2019; Ramírez, 2020; Faundes, Ramírez, 2020. También que es un “derecho síntesis”. RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006. p. 46; OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural. In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 175-190. p. 83.

<sup>72</sup> Se trata de un caso complejo en que la Corte IDH reconoció que la CADH ampara los derechos humanos a un medio ambiente sano, al agua y a la alimentación adecuada, como comprendidos por el artículo 26 de la CADH. Así, el Estado está obligado a adoptar medidas progresivas para la protección de los DESC. Todo ello, en

Las Comunidades de los pueblos indígenas *Wichi* (*Mataco*), *Iyjawaja* (*Chorote*), *Komlek* (*Toba*), *Ninackle* (*Chulipi*) y *Tapy'y* (*Tapiete*) de la “Asociación *Lhaka Honhat*” que habitan al sur del río Pilcomayo, en el Chaco semi árido de la Provincia de Salta, Argentina. alegaron: (i) que se vieron afectadas por la construcción del Puente Internacional sobre el Río Pilcomayo y un conjunto de otras vías y edificaciones instalados en su territorio desde la década de 1960, (ii) asimismo, que en los últimos 60 años sufrieron la interferencia en su territorio y en su forma de vida por las acciones de agricultores criollos y sus animales con quienes disputan los espacios necesarios para su sobrevivencia. Dijo la Corte en este caso:

Que el derecho de las personas a disfrutar de su propia cultura guarda relación con los modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de los recursos de los miembros de comunidades indígenas;

Que el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas;

Que el vínculo de los miembros de una comunidad con sus territorios [resulta] fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural<sup>73</sup>.

En relación a la “interdependencia” del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas con los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, señaló la Corte:

243. Los derechos antes referidos presentan una estrecha vinculación, de modo que algunos aspectos que hacen a la observancia de uno de ellos pueden estar imbricados con la satisfacción de los otros.

244. Esta Corte... ha destacado la “estrecha” relación o “interdependencia” entre el ambiente y los derechos humanos. Lo dicho, por cuanto éstos pueden ser afectados por la degradación ambiental y, a su vez, dado que ‘la protección eficaz del [...] ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos’.

interdependencia con el derecho a la identidad cultural, como integrante del derecho a la vida cultural, a la propiedad indígena comunal y a la participación -consulta- (arts. 21, 4, 24 CADH), entre otros derechos, conforme la obligación de garantía efectiva (artículos 1.1 y 2. CADH). Para el estudio de esta decisión. FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

<sup>73</sup> Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), 6 febrero de 2020, párr. 284.

Agregó la Corte que ciertos grupos, como las comunidades indígenas, son especialmente vulnerables al daño ambiental. Por ello, los Estados tienen la obligación internacional de otorgar una protección que esté conforme con el principio de la igualdad y no discriminación<sup>74</sup>. Dijo:

247. Respecto a los pueblos indígenas en particular, debe señalarse que el Convenio 169, en sus artículos 4.1, 7.1, 15.1 y 23, establece, respectivamente, la obligación estatal de ‘adoptar [...] las medidas especiales que se precisen para salvaguardar [...] las culturas y el medio ambiente de los pueblos’ [indígenas o tribales].

287. Es evidente [...] que el Estado ha adoptado distintas acciones [...] No obstante, las mismas no han sido efectivas para detener las actividades lesivas [...]

288. En el presente caso, la falta de efectividad de las acciones estatales se enmarca, además, en una situación en la que el Estado no ha garantizado a las comunidades indígenas la posibilidad de determinar, libremente o mediante consultas adecuadas, las actividades sobre su territorio.

289. Por lo dicho, la Corte determina que Argentina violó, en perjuicio de las comunidades indígenas víctimas del presente caso, sus derechos, relacionados entre sí, a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua, contenidos en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar los derechos prevista en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

En consecuencia, sobre el deber de actuación diligente, en la sentencia del caso *Lhaka Honhat* de 2020, la Corte consideró que el contenido del derecho a un medio ambiente sano, como parte del artículo 26 de la CADH, impone a los estados el deber genérico de respetar y garantizar, establecido en sus artículos 1.1 y 2. Como regla general, la obligación de garantía implica el deber positivo de adoptar medidas jurídicas, políticas o administrativas para proteger los derechos humanos y de establecer procedimientos judiciales y/o administrativos para investigar y sancionar eventuales violaciones, sea por el Estado o privados. Dichas medidas deben además ser “eficaces”.

<sup>74</sup> Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), 6 febrero de 2020, párr. 209.

### 3.3 Los titulares del derecho humano a la identidad cultural para la Corte IDH

La jurisprudencia de la Corte IDH progresivamente ha ido afirmando cada vez una visión más amplia de la titularidad del derecho a la identidad cultural. En el caso *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) la Corte dijo que el derecho a la identidad cultural es un derecho de pueblos, comunidades y sus miembros<sup>75</sup>. En un conjunto de casos contra Surinam y Honduras la Corte IDH reconoció bajo el mismo estatus de los pueblos indígenas a diversos pueblos o grupos tribales afrodescendientes<sup>76</sup>. Y, recientemente, afirmó su comprensión completa sobre la titularidad de este derecho en el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020). Dijo la Corte:

[...] el derecho a “participar en la vida cultural” en un aspecto específico... es el derecho a la “identidad cultural”... Este Tribunal ha dicho que la “identidad cultural” es un “derecho humano fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática” ... El derecho a la identidad cultural es atinente a pueblos indígenas, pero no solo a ellos: presenta una estrecha relación con el derecho de toda persona a “participar en la vida cultural” y con el derecho de integrantes de grupos considerados “minorías” a “tener su propia vida cultural”, conforme, respectivamente, los artículos 15 y 27 de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos..., *del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [...]<sup>77</sup>.

Así, para la Corte IDH, el derecho humano a la identidad cultural es un derecho que corresponde a todas las personas y grupos, en particular, a pueblos indígenas,

<sup>75</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012, p.66, párr. 213.

<sup>76</sup> Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (reparaciones y costas), 10 septiembre de 1993. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moimana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 noviembre de 2007. Corte IDH. *Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 8 octubre de 2015.

<sup>77</sup> Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, 6 febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas), Nota 232, párr. 230, pp. 81-82. Para el análisis detallado de este caso. FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.



comunidades indígenas, pueblos afrodescendientes y sus respectivos miembros.

### 3.4 Síntesis del razonamiento de la Corte IDH en relación al derecho humano a la identidad cultural

A la luz de las decisiones revisadas, identificamos los siguientes aspectos centrales que viene sosteniendo la jurisprudencia de la Corte IDH:

- Se trata de un derecho de toda persona, grupos y minorías, a vivir conforme su cultura.
- Los pueblos indígenas, sus comunidades y otros grupos minoritarios, son titulares del derecho a la identidad cultural en su dimensión colectiva; y sus respectivos integrantes gozan individualmente de este derecho en relación a su grupo;
- El derecho a la identidad cultural es un derecho que tiene una base religiosa, cultural, espiritual, inmaterial, ligada a las tierras, territorios y recursos naturales -el *habitat*- en que habitan estos pueblos;
- Este derecho se enlaza con el derecho a la vida, en sentido amplio, en la dimensión colectiva de la sobrevivencia de los pueblos indígenas<sup>78</sup>; asociado a los derechos territoriales y a los recursos naturales- al *habitat*-, como condiciones indispensables para la sobrevivencia de los pueblos indígenas y presupuesto del estatus democrático de las sociedades latinoamericanas.
- El derecho humano a la identidad cultural es un derecho interdependiente de un conjunto de otros derechos fundamentales contenidos en el texto de la CADH de que gozan los pueblos in-

dígenas: derecho a la vida, en sentido amplio (art. 4, art. 21 CADH); derecho a la integridad personal y a la salud (art. 5 CADH y art. 10 del Protocolo de San Salvador sobre Derecho a la Salud); la protección de la honra, dignidad y protección de la familia (art.11 y 17 CADH); la libertad de conciencia y religión (art. 12 CADH); la libertad de pensamiento y expresión (art. 13 CADH); el derecho de reunión, libertad de asociación y derechos políticos (arts. 15, 16, 23 CADH); el derecho al nombre (art. 18 CADH); y el derecho a la propiedad privada (art. 21 CADH).<sup>79</sup>

- El derecho humano a la identidad cultural contiene un mandato de actuación diligente por parte del estado que considera, a lo menos, dos aspectos:
  - i. Debe adoptar las medidas efectivas que aseguren el derecho a la identidad cultural, considerando su relevancia como fundamento de los restantes derechos de los pueblos indígenas, lo que se concreta en las diversas políticas públicas dirigidas a estos pueblos, sus comunidades y miembros.
  - ii. Tiene -en el marco judicial- el deber de interpretar y aplicar el derecho a la identidad cultural de forma interdependiente de los restantes derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, los cuales deben ser comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena y de los elementos inmateriales de sus vivencias y culturas<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Votos particulares Juez Cançado Trindade: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moivana*, voto particular, párr. 78; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 29 marzo 2006, voto particular, pp. 126-128. En el mismo sentido, sobre el derecho a la vida digna en la jurisprudencia de la Corte IDH. SCHETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista internacional de derechos humanos SUR*, v. 9, n. 17, dic. 2012. p. 69-72; CALDERÓN, Juan. Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.). *Construcción de un ius constitucionale commune en América Latina*. México: UNAM, MPI, Corte IDH, 2016. p. 331-389. p. 341-344.

<sup>79</sup> Voto particular Juez A. Abreu Burelli: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 29 marzo 2006, voto parcialmente disidente, párrs. 20-34.

<sup>80</sup> Cavallazzi, Mello y Soares, describen los alcances de la hermenéutica del derecho a la identidad cultural, señalando que “la gramática de las culturas indígenas envuelve una vivencia de experiencias en planos de significados y creencias que se desplazan entre formas metafísicas, explicaciones, causales, métodos de evaluación y estilos culturales radicalmente diferentes de los accidentales. Todo ello, determina diferencias entre las categorías de reflexión y análisis, entre los sistemas de significantes y las especies de conocimientos que serán producidos. La comprensión de esas diferencias constituye, también, un marco esencial para la comprensión del sentido de las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas”. CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 179-198, 2018. p. 187. Traducción en: FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Dere-

## 4 Jurisprudencia del TEDH, fuentes y razonamiento en sus decisiones sobre cuestiones de identidad cultural

En este capítulo, primero, mostramos brevemente cuál es la doctrina del TEDH en materia hermenéutica que incide directamente en su ponderación de los casos vinculados a los derechos culturales. Segundo, realizamos una selección de decisiones destacadas del TEDH que nos permiten mostrar la conformación del derecho a la identidad cultural en la jurisprudencia de este tribunal a la luz de los artículos 8, 9, 10, 11 y 14 del CEDH y el artículo 2 del Protocolo N°1, según se desprende, precisamente, del razonamiento del Tribunal en estos casos<sup>81</sup>. Para efectos descriptivos los casos son categorizados conforme los derechos que tuvo en mayor consideración el TEDH en cada caso. Tercero, sintetizamos los razonamientos seguidos por el Tribunal en estos casos.

### 4.1 La doctrina interpretativa del TEDH

El TEDH, mediante la doctrina del margen de apreciación nacional ha entregado a los tribunales nacionales del Consejo de Europa la decisión principal de los casos en que se ventilan cuestiones referentes a derechos culturales<sup>82</sup>. Ello ocurre porque las materias donde no se ha

conformado o no se logra definir nítidamente un “consenso europeo democrático” son cedidas al “margen de apreciación nacional” sobre la base la “subsidiariedad” de la jurisdicción del TEDH. Existe así una deferencia del Tribunal hacia las garantías nacionales. Como dice García Roca, se trata de un “principio de subsidiariedad que se manifiesta en ese margen y es una de sus consecuencias, pero cuyos contenidos son más amplios y su filosofía inspira todo el sistema del Convenio”<sup>83</sup>. Al efecto, aunque la doctrina del margen no está considerada expresamente en las disposiciones del CEDH, -siguiendo a García Roca y Fernández Sánchez- “es inmanente a la lógica de la subsidiariedad, inherente a una protección internacional, como la que ofrece el Convenio, que debe producirse después de la interna y en defecto de la misma”<sup>84</sup>.

En este sentido, precisamente, la cuestión de los derechos culturales, en general, se ha enmarcado en la revisión de “*la necesidad de la medida* en una sociedad democrática”, conforme al apartado 2° de los artículos 8 a 11 del CEDH, como parte del juicio de proporcionalidad que hace el TEDH. Como explica García Roca, se ha establecido un límite estructural, que autoriza no entrar a revisar, en ciertos casos, la afectación del derecho; o que permite hacer solo un simple escrutinio inicial, con el objeto de resolver si el fin de la restricción es legítimo, si la medida y la regulación son necesarias para las autoridades nacionales y si todo ello resulta razonable para la Corte<sup>85</sup>. Entonces, el margen de apreciación nacional puede ser esgrimido -y se esgrime- para “limitar

chos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “*Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)*”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

<sup>81</sup> Para el estudio de la jurisprudencia del TEDH. PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017. p. 395-429. ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. pp. 199-408. BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

<sup>82</sup> Sobre margen de apreciación. GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53; GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2010; LEGG, Andrew. *Marginal of appreciation of international human right law*.

deference and proportionality. Oxford: Scolard Editors, 2012; BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

<sup>83</sup> GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2010. p. 93.

<sup>84</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53. p. 23-24.

<sup>85</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53. p. 23; GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2010. p. 92.

el alcance del control europeo” y con ello para impedir o acotar el avance “en el desarrollo de categorías que, por una parte, no se encuentran expresamente contenidas en el CEDH y, por otra, en que existen diferencias de entendimiento dentro del Consejo de Europa<sup>86</sup>. Ese, parece ser el caso del derecho a la identidad cultural.

## 4.2 Los precedentes del TEDH en torno a los derechos culturales

### 4.2.1 Derecho a la vida privada e intimidad familiar (art. 8 CEDH)

#### a) Caso Chapman c. Reino Unido (2001)<sup>87</sup>:

La denunciante del caso, una mujer gitana (romani), impugnó ante el TEDH la negativa administrativa a concederle un permiso de planificación para establecerse con su familia en una caravana dentro de su propia tierra. Como consecuencia de la falta de permiso indicado, finalmente fue desalojada.

En su fallo, el TEDH sostuvo que la actuación del Reino Unido no constituía una violación del CEDH. Paradójicamente, en la misma decisión, el Tribunal reconoció que el Convenio debe ser interpretado a la luz de normas internacionales emergentes sobre protección de las minorías, en particular el FCNM. Al efecto, para justificar su negativa -habiendo reconocido los derechos afectados-, al revisar los hechos del caso, limitó el impacto práctico de este principio de protección de minorías, concediendo un amplio margen de apreciación al Estado<sup>88</sup>. Señaló el TEDH:

[...] el Tribunal considera que la vida en una caravana es parte integrante de la identidad gitana de los demandantes y que las medidas de ejecución y ordenación constituyen una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar de éstos. No obstante, el Tribunal señala que las medidas estaban «previstas en la ley» y están destinadas a alcanzar un

fin legítimo, el de proteger los «derechos de otros» a través de la defensa del medio ambiente. Al tratarse de medidas adoptadas para alcanzar una finalidad legítima, el Tribunal considera que se debe otorgar a las autoridades nacionales un amplio margen de valoración, ya que son las más capacitadas para tomar decisiones en materia de ocupación de un lugar determinado [...]. (II.1)<sup>89</sup>

Como muestra el párrafo citado, en el Caso *Chapman c. Reino Unido*, por una parte, el TEDH reconoce los derechos referentes a la identidad, lo que en abstracto constituye un gran avance en la protección que hace el Tribunal de los derechos de identidad de las minorías, en especial de su forma de vida amparada por el artículo 8 del CEDH. Pero, paralelamente, admitió un amplio margen de apreciación al Estado para decidir en el caso concreto, descartando, en consecuencia, la violación del referido artículo 8 de la CEDH, con lo que, en concreto, la protección “reconocida” perdió eficacia.

Desde el primer punto de vista (reconocimiento de los derechos de identidad de las minorías), el TEDH consideró que “la ocupación de sus caravanas por parte de los demandantes es una parte integral de su identidad étnica como gitanos, la cual refleja una larga tradición de esta minoría”<sup>90</sup>. Sostuvo que las medidas adoptadas por el Reino Unido que limitan el estacionamiento de las caravanas gitanas “causan un impacto que afecta su capacidad para mantener su identidad como gitanos de acuerdo con su tradición”<sup>91</sup>. Agregó que existe un “emergente consenso internacional entre los países integrantes del Consejo de Europa” sobre la obligación de proteger la seguridad, identidad y estilo de vida de las minorías “para preservar una diversidad cultural de valor para la comunidad en su conjunto”<sup>92</sup>.

De esta forma, en el caso *Chapman c. Reino Unido* (2001) se sostuvo que existe un derecho a la identidad cultural, que considera el derecho a mantener la identidad de una minoría, a llevar su vida privada y familiar, de acuerdo con su propia tradición que se está contemplado dentro del artículo 8 de la CEDH, que garantiza

<sup>86</sup> GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2010. p. 91-93.

<sup>87</sup> TEDH, Caso Chapman c. Reino Unido, 18 de enero de 2001, [GS], N° 27238/95, TEDH 2001-I.

<sup>88</sup> Esta ambivalencia podría obedecer a que la decisión fue muy disputada dentro del mismo TEDH, con siete jueces disidentes para los cuales había una violación al CEDH y diecisiete que suscribió el voto de mayoría. RINGELHEIM, Julie. Chapman redux: the European Court of Human Rights and Roma traditional lifestyle. In: BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

<sup>89</sup> Traducción propia: “In these circumstances, the Court finds that the measures pursued the legitimate aim of protecting the “rights of others” through preservation of the environment. It does not find it necessary to determine whether any other aims were involved”. TEDH. Caso Chapman c. Reino Unido, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95, ECHR 2001-I, parrs.. 80, 81, 82.

<sup>90</sup> TEDH. Caso Chapman c. Reino Unido, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95, ECHR 2001-I, parr. 73.

<sup>91</sup> TEDH. Caso Chapman c. Reino Unido, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95, ECHR 2001-I, parr. 73.

<sup>92</sup> TEDH. Caso Chapman c. Reino Unido, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95, ECHR 2001-I, parr. 93.



el derecho a la vida privada, a la vida familiar y a la vivienda<sup>93</sup>.

Conforme con lo indicado y siguiendo a Elósegui, el TEDH planteó un argumento que contiene implícitamente la posibilidad de que existan normas con impacto de discriminación indirecta, lo que genera la obligación de los estados de establecer medidas afirmativas de protección. Ese sería, precisamente, el caso revisado de “la obligación de facilitar a los gitanos su modo de vida”, teniendo en cuenta sus necesidades conforme los modos de vida diversos”. Así, a la luz de esta lectura que el TEDH hace del artículo 8 del CEDH, -dice Elósegui- el derecho a la identidad cultural (entendido como “identidad étnica de un individuo”) es un elemento esencial de su vida privada que comprende: el derecho a preservar la identidad o la cultura de una minoría y de organizar la propia forma de vida conforme su identidad y tradiciones, generando las obligaciones correlativas de protección para el Estado; y el derecho a optar libremente por la propia identidad cultural o étnica<sup>94</sup>.

Con todo, no puede dejar de advertirse que, al conceder un margen de apreciación nacional, el TEDH dejó el derecho reconocido desprovisto de la efectividad necesaria para amparar los mismos derechos culturales declarados<sup>95</sup>.

#### **4.2.2 Derechos lingüísticos, educativos (art. 2 del Protocolo N°1) y la prohibición de discriminación de minorías (art. 14 CEDH)**

En un conjunto de decisiones del TEDH se discutió la potestad de los estados de organizar sistemas de educación diferentes para escolarizar de forma separada a niños gitanos de otros niños no gitanos, en escuelas especiales (para niños con dificultades cognitivas). En general el Tribunal resolvió declarando la vulneración del artículo 14 de la CEDH, en relación con el artículo 2 del Protocolo N°1.

<sup>93</sup> ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. pp. 22, 230-235.

<sup>94</sup> ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. pp. 230-231.

<sup>95</sup> RINGELHEIM, Julie. Chapman redux: the European Court of Human Rights and Roma traditional lifestyle. In: BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 426-444.

#### **a) Caso D.H. c. República Checa (2006)<sup>96</sup>:**

En el Caso *D.H. c. República Checa* los demandantes sostuvieron que la ubicación de los niños gitanos en escuelas especiales entre 1996 y 1999 constituía una práctica de “segregación y discriminación racial de facto”. Asimismo, los demandantes reclamaron que esta diferencia de trato no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable por lo que “constituía un trato degradante y les privaba del derecho a la instrucción” (11-20).

En una primera etapa, en Sala (7 febrero 2006), el Tribunal estimó no discriminatoria la escolarización en centros diferenciados para gitanos y no gitanos, al considerar que el elemento de división eran las dificultades de aprendizaje y no la raza o etnia. Pero en su revisión, la Gran Sala, el 13 de octubre de 2007, revirtió el fallo e indicó que sí se habían vulnerado los derechos a la instrucción o educación<sup>97</sup>. El TEDH sostuvo que las discriminaciones “se manifestaban por la existencia de dos sistemas escolares autónomos para los miembros de diferentes grupos raciales, a saber las escuelas especiales para los Romaní y las escuelas primarias «ordinarias» para la población mayoritaria”. Señaló que podría calificarse como discriminatoria una política o una medida general que tuviera efectos perjudiciales desproporcionados para un grupo de personas. Consideró que esta forma de trato diferente, no resolvía una situación de desventaja social, sino que segregaba a estos niños respecto de la población mayoritaria, acentuando sus dificultades, sin una justificación objetiva, razonable, ni proporcional (207-208). Es más, enfatizó que la discriminación sustentada en el origen étnico de una persona “constituye una forma de discriminación racial” (176).

En esta sentencia vemos, primero, que el Tribunal no se limitó a constatar que se había vulnerado el artículo 14 del CEDH por discriminación. Sino que el Tribunal relevó la importancia de la diversidad cultural y el respeto de las culturas de los diferentes grupos, como valor democrático general, en relación a “la vulnerabilidad de los Roma/gitanos”. Dijo que dicha vulnerabi-

<sup>96</sup> TEDH. Caso *D.H. c. República Checa*, 7 febrero 2006, [GC], N°57325/00, ECHR 2007-IV. En el mismo sentido. TEDH. *Caso Sampanis y otros c. Grecia*, 5 junio de 2008, N° 32526/05.

<sup>97</sup> SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 299.

lidad es la que exige a los gobiernos (y al TEDH en su control) una preocupación especial por las necesidades y el “modo de vida propio” -romaní en este caso-, tanto en la reglamentación general, como en la ponderación de acciones y de decisiones de casos concretos (181)<sup>98</sup>. Señaló el TEDH que las autoridades del Estado:

[...] tienen el deber de utilizar todos los medios a su disposición para combatir el racismo, fortaleciendo así la concepción que la democracia tiene de la sociedad, y percibiendo la diversidad no como una amenaza sino como una riqueza.

En el mismo sentido, destacó que:

[...] en la sociedad democrática de hoy basada en los principios de pluralismo y respeto hacia las diferentes culturas, no estaría objetivamente justificada ninguna diferencia de trato basado únicamente o en una medida determinante en el origen étnico de una persona [...]. (176).

Segundo, observamos cómo el TEDH afirmó que existía un consenso general, en el marco del Consejo de Europa, en torno a “reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida”. Además, que ello buscaba “preservar la diversidad cultural [lo] que es beneficioso para la sociedad en su conjunto” y no solo para proteger los intereses de las minorías en sí (181).

Dicha referencia a un consenso general europeo relativo a la necesidad de proteger a las minorías y grupos vulnerables, su identidad, cultura y modo de vida, siguió el reconocimiento genérico del asunto “Chapman vs. Reino Unido”<sup>99</sup>. Además, para nosotros, marca un precedente que aporta a la conformación de un contenido común para el diálogo europeo americano en torno al derecho a la identidad cultural. Con todo, aunque en el caso concreto el TEDH estimó que la República Checa excedió el margen de apreciación nacional al evidenciarse la práctica general discriminatoria de enviar a los niños gitanos a escuelas especiales para niños con deficiencia mental, al mismo tiempo, en el pronunciamiento subsiste un amplio margen de apreciación nacional apli-

cable a las medidas para este tipo de casos (206).

Con posterioridad, en el Caso *Sampanis y otros c. Grecia* (2008)<sup>100</sup>, el TEDH reiteró su posición definitiva del caso *DH c. República Checa* de 2006<sup>101</sup>.

#### **4.2.3 La libertad de religión (art. 9 CEDH), la protección a la propiedad (art. 1 del Protocolo N°1) y la prohibición de discriminación de minorías (art. 14 CEDH)**

##### **a) Caso Muñoz Diaz c. España (2009)<sup>102</sup>:**

En el *Caso Muñoz Diaz contra España* se revisó la negativa a conceder pensión de viudez a una mujer de nacionalidad española, pero de origen gitano, que contrajo matrimonio romaní en el año 1971 por medio de una festividad ritual de origen tradicional, pero que no se casó bajo la normativa civil española aunque tuvo seis hijos con su marido. Dijo el TEDH<sup>103</sup>:

46 [...] que los intereses patrimoniales de la demandante entran en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo n° 1 y del derecho al respeto de los bienes que garantiza, lo que basta para hacer aplicable el artículo 14 del Convenio.

A la luz del artículo 14 del CEDH, la decisión reiteró el criterio del TEDH sobre la igualdad y la no discriminación, señalando que “la discriminación consiste en tratar de manera diferente, excepto justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones similares” (47). También, en relación a las minorías, que la falta de diferenciación –sin “justificación objetiva y razonable”– de igual forma puede ser la causa de la discriminación (48)<sup>104</sup>. Al efecto, estimó que el artículo 14 del CEDH otorga un cierto margen de apreciación nacional para formular distinciones de trato –razonables, proporcionales a los medios y fines empleados–, a la luz de los derechos de minorías, y que “la amplitud de este margen

<sup>100</sup> TEDH. Caso *Sampanis y otros c. Grecia*, 5 junio de 2008, N°32526/05.

<sup>101</sup> SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 299.

<sup>102</sup> TEDH, *Muñoz Díaz con España*, 8 diciembre 2009, N°49151/07

<sup>103</sup> Usamos la traducción al español realizada por “*Los servicios del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado*”, Ministerio de Justicia España.

<sup>104</sup> Dentro de sus precedentes, precisamente el TEDH. Caso *D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007 (GC), N°57325/00, 175 y 196, ECHR 2007-IV, que abordamos en este trabajo.

<sup>98</sup> Siguiendo el precedente de TEDH. Caso *Chapman c. Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS) N°27238/95, ECHR 2001-I, párr. 96; TEDH. *Connors contra Reino Unido*, 27 mayo de 2004. N°66746/01, párrs. 84,

<sup>99</sup> En la misma decisión el TEDH cita el caso Sobre determinados aspectos del régimen de la lengua de la educación en TEDH. *Ciudadanos Belgas contra Bélgica* (fondo), 23 julio de 1968, p. 34, párr. 10, serie A núm. 6. TEDH. Caso *Thlimmenos contra Grecia*, 6 abril 2000, (G.S.) N°34369/97, TEDH 2000-IV, párr. 44. TEDH. Caso *Stec y otros contra Reino Unido*, 12 abril 2006 (G.S.) N°65731/01, TEDH 2006 VI, párr. 51.

varía según las circunstancias, el ámbito y el contexto” (48).

En particular, para los efectos de sostener un trato diferenciado en favor de los Romaní, amparado en virtud del artículo 14 del CEDH, declaró el Tribunal que ha surgido “un consenso internacional para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida” (especialmente conforme el Convenio Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías). Agregó que no solo se trata del “objetivo de proteger los intereses de las propias minorías sino también [se busca] preservar la diversidad cultural, lo que beneficia a la sociedad en su conjunto” (60). Y cita al efecto el caso *Chapman c. Reino Unido*<sup>105</sup>, dando continuidad a su afirmación del reconocimiento general de la identidad cultural para las minorías y grupos vulnerables, sin perjuicio de conceder un margen de apreciación al Estado. Y, en la ponderación del caso en concreto, subrayó el TEDH la importancia de las creencias de la demandante como integrante de la comunidad gitana “que tiene sus propios valores asentados y arraigados en la sociedad española” (56). Adicionalmente afirmó que cuando la demandante se casó en 1971 “con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos”, en España sólo era posible contraer matrimonio conforme con el rito del derecho canónico de la Iglesia Católica. Por ello, exigirle casarse legalmente mediante el matrimonio civil vulneraba su derecho a la libertad religiosa (57).

El TEDH también estimó que la pertenencia a una minoría no exime a una persona de respetar las leyes que regulan el matrimonio, pero expreso que sí podían influir en la forma de aplicarlas. Agregó que la vulnerabilidad de la minoría gitana exige otorgar una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio, tanto en el campo de las normas, como en el de la toma de decisiones en el caso concreto (61).

Finalmente, hizo presente que, conforme al Convenio Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, los Estados parte “están obligados a tener debida cuenta, de las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales” (64). Y, en consecuencia, como se omitió “tener en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para valorar su buena fe” (64), consideró

<sup>105</sup> TEDH, Caso *Chapman contra Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS) N°27238/95, 93, ECHR 2001-I.

desproporcionado no reconocer, en este caso, el matrimonio gitano a efectos de pensión<sup>106</sup>.

#### **4.2.4 Los símbolos religiosos y el uso identitario de vestimentas: libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH) y la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH)**

##### **a) Leyla Sahín con Turquía (2004)<sup>107</sup>:**

Leyla Sahín demandó a la República de Turquía (1998) por la prohibición de llevar el velo islámico en el recinto de la universidad en la que estudiaba, como violación de artículos 8, 9, 10 y 14 del CEDH. El TEDH consideró que toda la argumentación de la demanda redundaba en la violación de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, establecida en el artículo 9, por lo que solo se pronunció respecto de este derecho (117).

La demandante sostuvo que “su manera de vestir debe ser tratada como la observancia de una regla religiosa” (68). Al efecto, alegó que la restricción del uso del velo islámico y su expulsión de la Universidad de Estambul constituían “una injerencia manifiesta en su derecho a la libertad de manifestar su religión”.

Por su parte, dijo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la normativa nacional que sometió a restricciones de lugar y de forma el uso del velo islámico en las universidades “constituyó una injerencia en el ejercicio de la demandante del derecho a manifestar su religión”. Afirmó que conforme el artículo 9, “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los cimientos de una «sociedad democrática»” conforme el CEDH (66). En particular, que es uno de los aspectos “más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida”; también es “un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”, porque, en esencia, se “se trata del pluralismo” (66).

Con todo, sostuvo el TEDH que en materia de uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza impera, especialmente, un margen de apreciación nacional, porque la regulación “varía de un país a

<sup>106</sup> SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 299-300.

<sup>107</sup> TEDH, Caso *Leyla Sahín con Turquía*, 29 junio 2004, N°44774/1998.



otro en función de las tradiciones nacionales... y que los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias relativas a la «protección de los derechos ajenos» y al «orden público» (102). Conforme este criterio, estimó que “es el principio de laicidad... la consideración primordial que ha motivado la prohibición del uso de distintivos religiosos en los universitarios” (110). Entonces, que en ese marco se enseñan y se aplican en particular “los valores del pluralismo, del respeto de los derechos ajenos y, en particular, la igualdad de los hombres y las mujeres ante la Ley”. Por ello que, bajo ese presupuesto, se podía comprender que las autoridades nacionales competentes estimaran “contrario a estos valores aceptar el uso de distintivos religiosos, incluido, como en este caso, que las estudiantes se cubran la cabeza con un velo islámico en los locales universitarios” (110).

### **b) Lautsi y otros con Italia (2009)<sup>108</sup>:**

En este caso el TEDH conoció la denuncia de la violación, por parte de la República de Italia (2006), del artículo 2 del Protocolo N° 1, en relación con el artículo 9 del CEDH. La señora Soile Lautsi -demandante- sostuvo que la exposición de la cruz en la escuela pública a la que asistían sus hijos constituía “una injerencia incompatible con su derecho a asegurarles una educación y una enseñanza conformes a sus convicciones religiosas y filosóficas” (3), conforme con el artículo 2 del Protocolo N° 1 (27).

En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional (2005) afirmó que el crucifijo era símbolo de la identidad italiana”, de los principios de igualdad, de libertad, de tolerancia y de la laicidad del Estado (13). No obstante, el TEDH consideró que la segunda frase del artículo 2 del Protocolo N°1 que señala que “El Estado... respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, persigue salvaguardar “un pluralismo educativo” que es esencial para “la preservación de una ‘sociedad democrática’”, en el sentido que lo entiende el CEDH. Por tanto, para el TEDH, el Estado tiene el deber “de abstenerse de imponer creencias, incluso indirectamente, en los lugares en los que las personas dependen de él o también en los lugares en los que son completamente vulnerables” (48). En razón de ello, señaló que: i) no ve la forma en que la exposición

en las aulas de las escuelas públicas de un símbolo, que razonablemente se puede vincular a la religión mayoritaria en Italia, podría servir al pluralismo educativo (56); ii) que la exhibición obligatoria de un símbolo religioso confesional en el ámbito público, en las aulas escolares en particular, “restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones, así como el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer”; y iii) que estas restricciones son incompatibles con el deber estatal de neutralidad (58). Por tanto, declaró que Italia había vulnerado el artículo 2 del Protocolo N°1 y del artículo 9 del CEDH.

Podemos constatar cómo, desde la perspectiva de la competencia estatal, el TEDH restringió el margen de apreciación nacional que había sido más amplio en otros casos; y, desde el punto de vista de su propia visión en concreto del pluralismo, mantuvo su posición restrictiva sobre la ostentación de símbolos religiosos. Esto es, restringió los derechos de la mayoría, para proteger minorías religiosas, pero se basó en el principio de laicidad, como marco y valor preponderante del pluralismo democrático.

### **c) S.A.S. con Francia (2014)<sup>109</sup>:**

Una profesora de fe musulmana que utiliza la burqa y el niqab (con estas prendas cubre todo su cuerpo, excepto los ojos) en concordancia con su religión, cultura y convicciones, demandó a Francia. Sostuvo que, como consecuencia de la prohibición legal de (Ley de 11 de octubre de 2010) del uso de vestimenta religiosa para cubrir el rostro en público, se había vulnerado su derecho a manifestar libremente sus creencias y religión (artículo 9.1 del CEDH) en relación con su derecho a la vida privada (artículo 8.1 del CEDH) y la prohibición de discriminación (artículo 14 del CEDH).

Para poder resolver el caso, el TEDH se preguntó si la medida en sí era necesaria “en relación a la seguridad pública, de acuerdo a los artículos 8 y 9 del CEDH”. Al efecto, afirmó que la capacidad estatal de identificar a los individuos para prevenir peligros en la seguridad de las personas, para la propiedad y para combatir el fraude identitario, puede ser esencial. No obstante, dado que

<sup>108</sup> TEDH, *Lautsi y otros con Italia*, 3 noviembre de 2009, N°30814/06.

<sup>109</sup> TEDH, *S.A.S. versus Francia*, 1 julio 2014 (G.S.) N°43835/2011. Seguimos una Traducción libre, realizada por Alejandro Zúñiga Garrido, ayudante de cátedra del curso Protección de los Derechos Humanos, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco (2015). Por la misma razón no se citan los párrafos o páginas en particular.

la medida restringe los derechos de las mujeres que desean cubrir su rostro por motivos religiosos, considero que dicha medida podía ser proporcional “sólo en un contexto en el que exista una amenaza general para la seguridad pública”.

Luego, en el caso particular, afirmó el TEDH que las mujeres afectadas fueron “obligadas a retirar –por completo– un elemento propio de su identidad, que es considerado por ellas como importante, además de ser la manera por ellas elegidas de manifestar su religión o creencia”. Conjuntamente, consideró que la finalidad sostenida por Francia podría haber sido alcanzada mediante la mera obligación de exhibir el rostro frente a las circunstancias de riesgo señaladas. Así, el TEDH concluyó que la prohibición no pudo ser considerada como necesaria en una sociedad democrática en el sentido de los artículos 8 y 9 del CEDH.

No obstante, el TEDH debatió si con la prohibición de usar ropa para cubrir el rostro en lugares públicos, el Estado había restringido, en alguna medida, el pluralismo, ya que se había impedido a las mujeres afectadas “expresar su personalidad y sus creencias” en lugares públicos. En este aspecto, el Tribunal aceptó la justificación de la medida como respuesta estatal a una práctica “incompatible, en la sociedad francesa, con las reglas básicas de la comunicación social y más ampliamente con los requerimientos del ‘vivir juntos’”. En particular, para el TEDH Francia procuró proteger un principio que a su juicio “es tenido como esencial para la expresión, no sólo del pluralismo, sino también de tolerancia y amplitud de pensamiento, sin las cuales no hay sociedad democrática”.

De esta forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que, más allá de que se haya afectado a las mujeres que decidieron usar vestimentas para cubrir integralmente sus rostros, dadas sus creencias religiosas, “la cuestión de si se debería o no permitir el uso en lugares públicos de velos que cubran por completo el rostro constituye una elección de la sociedad en general”. Es decir, que la adopción de esta medida restrictiva quedaba dentro del margen de apreciación nacional, bajo el cual el TEDH debe limitar su propio examen del cumplimiento del CEDH, en deferencia al Estado, para evitar intervenir en un “balance” que corresponde al “proceso democrático dentro de la sociedad en cuestión”. En este sentido para el TEDH, en este caso, Francia tenía un amplio margen de apreciación “en asuntos de

política general, en los que las opiniones dentro de una sociedad democrática pueden –razonablemente– diferir en términos amplios”. Sumando a ello, dijo el Tribunal que “en Europa no existe un consenso en cuanto al uso en público del velo que cubre por completo el rostro”, lo que se demuestra con el amplio debate de esta cuestión en diversos estados del Consejo de Europa.

De esta forma, el TEDH resolvió que la medida de restricción puede considerarse “como proporcional al objetivo perseguido, a saber, la preservación de las condiciones del ‘vivir juntos’ como un elemento de la ‘protección de los derechos y libertades de los demás’”. Luego, la limitación impugnada era “necesaria en una sociedad democrática”, conforme al artículo 8 y 9 del CEDH.

En resumen, TEDH afirmó que, aunque la prohibición de ocultar el rostro completo con el velo (burqa) ha tenido efectos negativos sobre un grupo o minoría, lo que podría constituir una discriminación, la medida ha sido justificada, objetiva y razonable, al tener un objetivo legítimo y gozar de una “razonable de proporcionalidad” entre los medios empleados y el fin perseguido.

Con todo, finalmente, en este caso, aunque hubo una valoración positiva de la identidad religiosa (sustentada en un elemento cultural), ella cedió al ser ponderada frente a la necesidad democrática –nacional o mayoritaria– del “vivir juntos”. En consecuencia, la libertad religiosa y los otros derechos cuyo amparo se demandaron en el caso, quedaron supeditados a un amplio margen de apreciación nacional.

### 4.3 El razonamiento del TEDH en relación con los derechos culturales

Conforme con las decisiones estudiadas, podemos evidenciar que el TEDH, a la luz del CEDH, ha identificado diversos aspectos que permiten afirmar un derecho –a lo menos emergente– a la identidad cultural en el contexto del Consejo de Europa, principalmente, en relación con:

- Las formas de vida tradicional amparadas por el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH);
- El ejercicio de los derechos lingüísticos y educativos (art. 2 del Protocolo 1 del CEDH, en

relación al artículo 14 del CEDH)<sup>110</sup>.

- La libertad religiosa y el reconocimiento del matrimonio tradicional (Romaní) –para efectos patrimoniales (art. 9 del CEDH, en relación al art. 1 del Protocolo N°1 y al art. 14 del CEDH).
- El derecho al uso de vestimentas que cubren integralmente el rostro –*burqa* y el *gijab*– y otros símbolos religiosos, conforme la libertad de conciencia y religión (arts. 9 y 14 CEDH).<sup>111</sup>

En las sentencias revisadas, podemos advertir, primero, que el TEDH ha reconocido derechos culturales, otorgando un grado importante de deferencia hacia los estados. La tendencia general en estas decisiones ha sido el predominio del margen de apreciación nacional para los casos de restricciones de derechos, cuando se disputan derechos de naturaleza cultural.

Por una parte, la protección efectiva de los derechos vinculados a la identidad cultural ha sido más bien excepcional, cuando el TEDH consideró que los estados realizaron un tratamiento discriminatorio contra grupos o minorías, en relación con la sociedad mayoritaria o con otros grupos. En esos casos, si bien entendió que los estados actuaban dentro del margen de autonomía o de apreciación nacional que se les reconoce en general, en concreto, consideró que existía una injerencia nacional vulneratoria del CEDH (lo que García Roca llama un “sobre margen”<sup>112</sup>). El Tribunal razonó que el trata-

miento nacional excedía discriminatoriamente el margen que tiene el Estado afectando las formas de vida, prácticas y o creencias religiosas y derechos educativos, entre otros aspectos, de grupos o minorías.

Por otra parte, en los casos en que se ampararon tales derechos, se realizó indirectamente por la vía del aseguramiento de otros derechos contenidos en el CEDH (Ejs.: arts. 8, 9, 14 CEDH, arts. 1 y 2 del Protocolo 1 del CEDH). Incluso, en varias de las decisiones revisadas, solo se afirmó el reconocimiento genérico de los derechos de base cultural en las consideraciones previas a la decisión, pero no como objeto de ella en particular<sup>113</sup>.

En segundo término, bajo el marco configurado y recién descrito, el reconocimiento de derechos de base cultural que ha operado de manera relativamente más clara ha sido mediante la aplicación del artículo 8 del CEDH, respecto de las formas tradicionales de vida familiar. Aunque, al mismo tiempo, ha evidenciado diferencias sociales y culturales relevantes entre los estados parte, lo que ha llevado al frecuente otorgamiento del margen de apreciación al Estado<sup>114</sup>. Por ejemplo, al tener que decidir considerando en concreto la concepción de familia, que tiene distintos alcances dentro de Europa, se ha liberado a los estados para no equiparar las relaciones basadas en un matrimonio formal con otras formas de convivencia permanente<sup>115</sup>.

Asimismo, el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) se ha relacionado con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 CEDH), que comprende “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos”. Sin embargo, en los respectivos numerales 2° del artículo 8 y del artículo 9 del CEDH,

<sup>110</sup> En la mayor parte de los casos la interferencia en el ejercicio de los respectivos derechos de carácter cultural se sostuvo en relación a la prohibición de la discriminación de minorías (art. 14 CEDH).

<sup>111</sup> Aunque no los estudiamos en este artículo solo por una cuestión de extensión el TEDH También se ha pronunciado en relación con: i) el derecho personal a no declarar la religión (art. 9 CEDH); y el derecho de las minorías a manifestar su creencia o religión junto con otros -libertad de expresión- (art. 10 CEDH); y la prohibición de la discriminación (art. 14 CEDH); ii) El derecho a la participación política y la libertad de asociación, respecto del derecho a la conformación de agrupaciones religiosas y a reunirse con tales fines (art. 11 CEDH); en relación a la prohibición de la discriminación de minorías (art. 14 CEDH). TEDH. *Sinan Isik c. Turquía*, N° 21924/05, 2 febrero de 2010; TEDH, *Sidiropoulos y otros c. Grecia*, 10 de julio 1998 (Reports of judgments and decisions, ECHR 1998-IV); TEDH, *Gorzeliik y otros C. Polonia*, 17 febrero 2004, (G.S.) N°44158/98, parr. 92; TEDH, *Caso Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria*, 2 octubre 2001, N° 29221/95 y N° 29225/95, ECHR 2001-IX. Los respectivos razonamientos de estas decisiones están en armonía con la tesis general sostenida en este trabajo. Sobre estos temas también. ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. pp. 235.

<sup>112</sup> GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la*

*interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 2010. p. 113.

<sup>113</sup> Bajo lo que en doctrina se denomina “*over dictum*”. MELLO, Patricia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovva, 2008. p. 125-126.

<sup>114</sup> SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 287-288.

<sup>115</sup> SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 287-288.



se habilita la posibilidad de establecer limitaciones a los derechos en referencia (a la vida familiar y la libertad religiosa), cuando ocurre (i) por medio de la ley y (ii) constituye una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas y la protección de los derechos o las libertades de los demás<sup>116</sup>.

No obstante lo anterior, los fundamentos predominantes del TEDH han sido la “falta de consenso democrático europeo” sobre la protección de los derechos religioso-culturales y la “necesidad en una sociedad democrática” de imponer limitaciones al ejercicio del derecho a manifestar la propia religión o creencia (art. 9 N°2 CEDH). Ello resulta importante para nuestra revisión porque, si bien el TEDH afirma la existencia de derechos culturales, sustentados en el derecho a la vida familiar y en el amparo del libre ejercicio de creencias y religión –de acuerdo al mismo Convenio–, de forma clara, al mismo tiempo estima que existe falta de un consenso democrático europeo en la conformación de este derecho.

En consecuencia, la definición del contenido, límites y restricciones al derecho a la identidad cultural han quedado entregados, principalmente, a un amplio margen de apreciación nacional<sup>117</sup>.

Por último, en los respectivos casos en que sí amparó derechos de base cultural, el TEDH: (i) consideró que hubo vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación conforme el artículo 14 de la CEDH; (ii) en particular, destacó la **relevancia de la diversidad cultural y la valoración que debe tener la cultura y las formas de vida tradicionales de los diferentes grupos en una sociedad democrática.**

De esta forma, afirmó que las autoridades de los estados no solo deben combatir el racismo, sino que también deben fortalecer la democracia “percibiendo la diversidad no como una amenaza sino como una riqueza”<sup>118</sup>. Asimismo, destacó que “existe un consenso general” de los estados parte del Consejo de Europa en cuanto que: i) la sociedad democrática actual está basada

en los principios del pluralismo y del respeto hacia las diferentes culturas; ii) que preservar la diversidad cultural es “beneficioso para la sociedad en su conjunto”<sup>119</sup>. Todo, sin perjuicio del margen de apreciación nacional en la ponderación del cumplimiento del CEDH aplicado al caso en concreto.

## 5 Hacia un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y el TEDH en torno al derecho humano a la identidad cultural

Se ha planteado que el *diálogo* entre la Corte IDH y el TEDH consiste en la comprensión de que existe un conjunto de fuentes universales comunes que conforma un *núcleo compartido e indisponible* de derechos humanos, lo cual se concreta en la jurisprudencia de los tribunales de los sistemas regionales de derechos humanos, americano y europeo, bajo una visión armónica de estos derechos<sup>120</sup>. En particular, el TEDH y la Corte IDH deben considerar en la adopción de sus decisiones, que los estados parte cuya actuación deben revisar, han suscrito en general las mismas fuentes universales y generales de derechos humanos. Por tanto, en el marco de sus respectivas particularidades, ambas cortes, al determinar el contenido y alcance de los derechos reconocidos en sus respectivos tratados de referencia, no debieran llegar a conclusiones “que contradigan el texto de los tratados universales y las decisiones adoptadas por sus órganos de garantía”. Por consiguiente, bajo esta concepción del diálogo judicial, los tribunales internacionales de derechos humanos deben procurar, a lo menos, no adoptar soluciones incompatibles, pero ello no significa una identidad plena entre ellos<sup>121</sup>.

Conforme con lo prevenido, en primer término, un marco genérico para el diálogo entre las Cortes lo en-

<sup>116</sup> Hemos indicado las causales comunes del 8 N°2 y el 9 N°2 del CEDH. El 8 N°2 además contempla: “el bienestar económico del país” y “la prevención de las infracciones penales”.

<sup>117</sup> PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017. p. 395-398.

<sup>118</sup> TEDH. Caso *D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007, (GC), N°57325/00, 175 y 196, ECHR 2007-IV, párrs. 176,181.

<sup>119</sup> TEDH. Caso *D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007, (GC), N°57325/00, 175 y 196, ECHR 2007-IV, párrs. 176,181.

<sup>120</sup> GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p. 94-95.

<sup>121</sup> GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p. 94-95.

contramos en el presupuesto común de la valoración afirmativa de la diversidad cultural, del respecto de la cultura, de la identidad étnica y cultural de grupos vulnerables y minorías. Ergo, del reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural, como un valor democrático americano y europeo. Evidenciamos esta concepción común en el diálogo judicial cuando el TEDH declara, entre otros, en *Chapman contra Reino Unido*<sup>122</sup> y en *D.H. c. República Checa* (2006) que:

[...] existe un consenso general en el seno de los estados contratantes del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida, y esto [...] **para preservar la diversidad cultural que es beneficioso para la sociedad en su conjunto.** (la negrilla es nuestra)<sup>123</sup>.

Esta declaración la podemos poner en diálogo con la afirmación de la Corte IDH en el Caso *Sarayaku vs. Ecuador* (2012)<sup>124</sup> en que expresa que: “[...] el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”.<sup>125</sup>

Asimismo, el TEDH destacó la existencia de un deber de diligencia conforme el cual las autoridades estatales:

[...] tienen el deber de utilizar todos los medios a su disposición para combatir el racismo, fortaleciendo así **la concepción que la democracia tiene de la sociedad, y percibiendo la diversidad no como una amenaza sino como una riqueza**<sup>126</sup>. (la negrilla es nuestra).

La prevención descrita del TEDH dialoga con el deber especial de diligencia del Estado que ha afirmado la Corte IDH en relación con el DFICPI<sup>127</sup>. En este sentido, ejemplarmente dicho la Corte IDH: “287 [...] es claro que el Estado ha adoptado distintas acciones [...]. No obstante, las mismas no han sido efectivas para de-

tener las actividades lesivas [...]”.

De esta forma la valoración democrática de la diversidad cultural y el deber cautelar que recae en el Estado en relación a la protección de los grupos vulnerables -incluyendo las expresiones de su identidad cultural-, en su conjunto, se visualizan como espacios normativos relevantes y con un potencial abierto para el diálogo entre las cortes, en sus respectivas medidas y alcances.

Las posibilidades de avance en este diálogo lo encontramos, por ejemplo, cuando la sentencia de la Corte IDH en *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) señaló:

216 [...] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías<sup>287</sup>, se han referido al derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios.

[Nota 287] En el caso *Chapman v. the United Kingdom* (no. 27238/95 ECHR 2001-I), la Corte reconoció que el artículo 8 protege el derecho de una minoría (“Gypsy”) a mantener su identidad (párr. 93). En el caso *Gorzelik and others v. Poland* (no. 44158/98, párr. 92, 17 de febrero de 2004), la Corte Europea observó que la necesidad de proteger la identidad cultural es también importante para el correcto funcionamiento de una democracia.

Por su parte, cuando el TEDH requiere evidenciar la práctica internacional relevante en una materia, como base de una decisión, recurre los tratados de ámbito universal sobre derechos humanos e invoca fallos de otras cortes lo que expresa una forma de diálogo judicial con la Corte IDH. Con todo, se trata solo de un diálogo supeditado al grado de autoridad reconocido a la otra Corte de derechos humanos y no de un imperativo normativo o de una metodología de argumentación compartida, luego, desde este punto de vista “es un diálogo débil”<sup>128</sup>.

En síntesis, en relación a las posibilidades para un diálogo americano-europeo en materia de derecho a la identidad cultural, se constata que:

- El diálogo planteado se sostiene en base a un núcleo común de fuentes de derechos humanos y la concordancia en torno a un significado (núcleo) compartido sobre estos derechos. No obstante, las posibilidades de un diálogo más allá de la comunidad de fuentes universales, generales

<sup>122</sup> TEDH, *Caso Chapman contra Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95/93 (96), CEDH 2001-I.

<sup>123</sup> *Caso D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007 (GS), N°57325/00, 181, CEDH 2007-IV.

<sup>124</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 12 junio 2012.

<sup>125</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012, p.66, cons. 213.

<sup>126</sup> TEDH. *Caso D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007, (GS), N° 57325/00, 176, CEDH 2007-IV.

<sup>127</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018, párr. 188.

<sup>128</sup> GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p.98.

o temáticas, requiere armonía en una tradición común en América y Europa sobre la comunidad de contenidos de los derechos humanos<sup>129</sup>.

- El diálogo entre cortes es potencialmente posible y su fuerza se sostiene en diversos factores, tales como: el grado de autoridad que se puedan reconocer recíprocamente las cortes; los derechos en sí que les corresponda ponderar; más, si a nivel de la respectiva corte y región, existe mayor o menor grado de consenso en la materia.
- En relación a una confluencia en torno al derecho fundamental a la identidad cultural, en particular, tal conjunción podría darse con mayores posibilidades en la dimensión individual del derecho a la identidad cultural que en la colectiva, respecto de la cual solo existe una tradición robusta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero no en el Europeo.
- El diálogo indicado implica “una amplia discrecionalidad o espacio de libertad a la interpretación” de las jurisprudencias de ambas cortes de derechos humanos, incluyendo “sus razonables diferencias”, articuladas, al mismo tiempo, por el imprescindible contenido compartido<sup>130</sup>.

## 6 Conclusiones

Para la Corte IDH, conforme la CADH, el derecho humano a la identidad cultural, es un aspecto del derecho a participar en la vida cuya titularidad corresponde a todas las personas y grupos, en especial, a pueblos indígenas, comunidades indígenas, pueblos afrodescendientes y sus respectivos miembros.

Mientras, en el contexto del Sistema Europeo de Derechos Humanos opera una comprensión más amplia sobre los grupos o sujetos amparados por el derecho a la identidad cultural porque su tratamiento de

los “derechos culturales” se vincula con los derechos de grupos o minorías étnicas, nacionales y religiosas.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha reconocido y desarrollado el contenido y estándares del derecho fundamental a la identidad cultural de forma robusta para el caso de los pueblos indígenas latinoamericanos, basada en la interconexión de diversos derechos (entre otros, arts. 4, 5, 21, 24 CADH) respecto de los cuales al Estado corresponde un deber de cautela efectiva (arts. 1.1 y 2 CADH), cuyo cumplimiento se tutela vía control de convencionalidad. En particular:

- Para la Corte IDH, el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental que debe ser asegurado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.
- Es comprensivo del derecho a la vida en un sentido amplio, por tanto, presupuesto de la sobrevivencia de los pueblos indígenas;
- Es un derecho interdependiente con otros derechos, tales como el derecho al territorio, a sus recursos naturales y el medio ambiente, a la educación y la salud tradicional, el derecho a las propias formas de justicia, a las propias formas de organización;
- Como *filtro hermenéutico*, es un imperativo interpretativo en la comprensión de los restantes derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en general;
- Obliga al Estado a actuar de forma diligente mediante la adopción de medidas efectivas para la protección de los derechos interdependientes al derecho a la identidad cultural.

El TEDH, en sus argumentaciones sobre el reconocimiento de la diversidad cultural y la identidad étnica y cultural, en aplicación conjunta de los artículos 8, 9 y 14 del CEDH, en síntesis ha sostenido que:

- El establecer diferencias legítimas, necesarias y proporcionales para la protección de la diversidad cultural y el derecho a la identidad étnica y cultural de las minorías, es lícito y constituye un valor democrático;
- El trato igualitario que no tiene en cuenta la diferencia cultural y la valoración de las formas de vida tradicionales de miembros de grupos y minorías, vulnera el principio de igualdad y no

<sup>129</sup> GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p. 99.

<sup>130</sup> GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p. 99.



discriminación amparado por el CEDH;

- Conjuntamente, es lícita la restricción de derechos de base cultural en las cuales el Tribunal constata “falta de consenso democrático europeo” y la restricción se justifica como “una medida necesaria, en una sociedad democrática”, conforme las causales que indica el mismo Convenio.

Se evidencia en la jurisprudencia estudiada del TEDH que existe un consenso europeo emergente en torno a la positiva valoración de la diversidad cultural y el derecho a las formas de vida tradicionales de los miembros de minorías, arraigadas en su identidad étnica y cultural, en tanto dicha diversidad se entiende como valor de la sociedad democrática en su conjunto. No obstante, al momento de ponderar conflictos respecto de medidas sustentadas en otros derechos fundamentales que eventualmente colisionan con la identidad cultural, ha sido preponderante la afirmación del TEDH de la falta de consenso democrático europeo sobre una valoración más “intensa” de los derechos culturales, de tal forma que permita resolver en favor de los derechos culturales tales conflictos. De esta forma, en estos casos, existiendo una visión común emergente sobre la valoración de la diversidad cultural, cuando las cortes domésticas deben ponderar en concreto las medidas que implican la colisión de derechos culturales con otros derechos fundamentales, el TEDH ha optado, en la mayor parte de los casos, por la deferencia a los tribunales del Estado, en relación con su propia comprensión de los valores preponderantes en la respectiva sociedad, la cual les permitiría resolver tales colisiones de forma más adecuada que al TEDH.

Por ello, la definición del contenido del derecho a la identidad cultural, su protección y límites en concreto, ha quedado en la mayor parte de los casos entregada al margen de apreciación nacional. En consecuencia, en el caso del TEDH, dada la propia naturaleza individual del derecho y de los alcances limitados atribuidos al derecho en sí, se puede constatar un entendimiento más bien *débil*, a lo menos, a la luz de los conflictos entre el derecho a la identidad cultural y otros derechos fundamentales o valores de alcance social.

Con todo, el TEDH sí relevó los derechos culturales cuando el tratamiento de los estados integrantes del Consejo de Europa ha sido discriminatorio contra grupos o minorías, en relación con la sociedad mayoritaria

o con otros grupos. En este marco, aunque los estados actuaban dentro del margen de autonomía o de apreciación nacional que se les reconoce en general, en concreto se estimó que existía una injerencia nacional vulnerable del CEDH. En estos casos, el TEDH razonó que el propio tratamiento nacional –excediendo el margen que tiene el Estado– resulta discriminatorio respecto de grupos o minorías, por afectar sus formas de vida, prácticas y o creencias religiosas y derechos educativos, entre otros aspectos, porque considera las prácticas culturales y formas de vida de las minorías como un valor democrático.

En los casos en que el TEDH estimó que sí existía una vulneración del CEDH comprensiva del derecho a la identidad cultural, ella ha sido declarada, principalmente, sobre la base de la afectación de los derechos fundamentales a la vida privada familiar, a la libertad de conciencia y religión, en relación con la igualdad y no discriminación. Sin perjuicio de ello, en la ponderación en particular, sigue siendo relevante el margen de apreciación nacional que confirió el TEDH, sustentado en un consenso europeo que considera no totalmente consolidado. Todo ello se traduce en criterios dispares para el tratamiento de la diversidad cultural y de la identidad cultural entre estados del mismo Consejo de Europa.

En los precedentes revisados del TEDH y de la Corte IDH, en general, encontramos bases importantes para avanzar en un diálogo euro-americano en materia del derecho a la identidad cultural de los miembros de minorías y grupos vulnerables de ambas regiones. Sin embargo, en particular, entre ambas cortes se visualizan diferencias de criterios, tales como:

- La Corte IDH ha reconocido un derecho de carácter colectivo a los pueblos indígenas, exigiendo imperativamente su respeto a los estados latinoamericanos, en interdependencia con el derecho a la vida y a la propiedad (arts. 4 y 21 de la CADH) (entre otros derechos).
- El TEDH ha debatido la existencia y necesidad de proteger derechos culturales y, además, cuando ha admitido el derecho, lo ha realizado de manera restrictiva, desde una comprensión individual del mismo (entendiendo al grupo como el espacio de interacción de los derechos individuales de sus miembros, pero no como titular) y concediendo un amplio margen de apreciación nacional en su ponderación.

Finalmente, aunque varias de las decisiones revisadas del TEDH hayan sido denegatorias en lo concreto, su razonamiento tomó como base la valoración social de la cultura y de la identidad étnico cultural, principalmente para el caso de las “formas de vida tradicional” de minorías, como un valor democrático europeo. Ello puede considerarse una forma de configuración emergente del derecho humano a la identidad cultural a la luz del CEDH.

Entonces, por sobre las limitaciones, las fuentes compartidas de ambas cortes de derechos humanos que aseguran un mínimo de derechos fundamentales que, a su vez, sostienen la diversidad cultural como valor democrático en común, abren camino para una hermenéutica que potencie el diálogo entre ellas en materia de derechos culturales. Tal derecho en común permitiría: i) afirmar la existencia del derecho humano a la identidad cultural; ii) reconocer una titularidad del derecho humano a la identidad cultural para los diversos grupos vulnerables y minorías que demandan derechos de base cultural en Europa y América, incluidos en su especificidad los pueblos indígenas.

## Referencias

AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. *In: VON BOGDANDY, Amin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Mariela. La justicia constitucional e internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: UNAM, MPI, IIADC, 2010. p. 3-84.

ANDRADE, María. *Derechos de minorías nacionales y de pueblos indígenas: comparación entre los gitanos en España y los Mapuche en Chile*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019.

BARROSO, Luis. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. São Paulo: Saraiva jur., 2019.

BARROSO, Luis. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 5-37, 2001.

BELTRÃO, Jane Felipe *et al. Derechos humanos de los grupos vulnerables: guía de prácticas*. Barcelona: DHES, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

Beqiraj, Julinda. Indigenous peoples’ cultural identity under EU Law and the ECHR: a non-trade interest or a human right? *In: HIPPOLITO, Francesca; IGLESIAS, Sara (ed.). Protecting vulnerable groups: the european human rights framework*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2015. p. 159-179.

BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como tribunal constitucional. *In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-35.

CALDERÓN, Juan. Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. *In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.). Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina*. México: UNAM, MPI, Corte IDH, 2016. p. 331-389.

CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 179-198, 2018.

CLAROS, Luis; VIAÑA, Jorge. La interculturalidad como lucha contrahegemónica. Fundamentos no relativistas para una crítica de la de la cultura. *In: VIAÑA, Jorge et al. Interculturalidad crítica y descolonización: fundamentos para el debate*. La Paz: Convenio Andrés Bello, 2009.

DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

DESMET, Ellen. Conservación y pueblos indígenas: un análisis socio-jurídico. *Cuadernos Deustos de Derechos Humanos*, Bilbao, n. 75, 2014.

ELÓSEGUI, María. *El concepto jurisprudencial de acomodación*

*miento razonable*: tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013.

ELÓSEGUI, María. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI: hacia una ciudadanía inclusiva*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2012.

ESTUPIÑAN, Rosmelin; IBÁÑEZ, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. In: BELTRÃO, Jane Felipe *et al.* *Derechos humanos de los grupos vulnerables*: manual. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. p. 301-336.

FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, feb. 2019.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

FAUNDES, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes*: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia. Curitiba: Appris, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; LE BONNIEC, Fabiën. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Brazilian Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 144-179, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvana (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 107-144.

FAUNDES, Juan. Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Perfiles Latinoamericanos*, n. 49, p. 303-323, jun. 2017.

FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenéutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES, Mariela. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI, 2017. p. 155-174.

FORNET BETANCOURT, Raúl. *Tareas y propuestas de la filosofía intercultural*: sobre el concepto de identidad. Concordia: Reihe Monographien Band 49, 2009.

GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*: soberanía e integración. Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales*: de un sistema binario a otro integrado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53.

GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo. (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales*: de un sistema binario a otro integrado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Edi-



- torial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107.
- GOSDECKA, Dorota; KEMAK, Magdalena (ed.). *Europe at the Edge of Pluralism*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltda, 2014.
- HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017.
- HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento: respuesta a Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento? un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006. p. 89-148.
- KOIVUROVA, Timo. Jurisprudence of the European Court of human right: regarding indigenous peoples: retrospect and prospect. *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 18, p. 1-37, 2011.
- LEGALE, Siddharta. La constitución interamericana: los 50 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL, 46., 2019, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro: CJI, 2019. p. 121-169.
- LEGG, Andrew. *Margin of appreciation of international human rights law: deference and proportionality*. Oxford: Scolard Editors, 2012.
- MANCERA COTA, Adrián. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 41, n. 121, p. 213-243, 2008.
- MARIÑO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos (coords.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26.
- MARINONI, Luiz; MAZZUOLI, Valerio. Control de convencionalidade: un panorama Latino-Americano Brasil/Argentina/Chile/México/Perú/Uruguay. Brasília: Gazeta Jurídica, ABDPC, 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renova, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, año 19, n. 1, p.17-43, 2020.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo en red: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas como filtro hermenéutico para la tutela de la ocupación tradicional de la tierra. In: ROSSITO, Flávia Donini et al. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; LACERDA, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.
- MORALES, Mariela. El estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES, Mariela (ed.). *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014. p. 265-299.
- MORALES, Mariela. La vulnerabilidad como principio transnacional: aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE democrático. In: FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional: interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México: Editorial Porrúa, IMDPC, 2016. p. 295-334.
- NASH, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*. 2008. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- NOGUEIRA, Humberto. *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus Editorial, 2014.
- OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural.

- In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 175-190.
- PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017.
- RINGELHEIM, Julie. Chapman redux: the European Court of Human Rights and Roma traditional lifestyle. In: BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006.
- RUIZ RICO, Gerardo; RUIZ, Juan José. *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales: la jurisprudencia nacional y europea: identidad religiosa en sociedades multiculturales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- RUSSO, Anna; WENCES, Isabel. De los derechos de los “miembros de las comunidades” a los derechos de la “comunidad y sus miembros”: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: WENCES, Isabel; SANTOLAYA, Pablo (coords.). *La América de los Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relaciones privadas*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista internacional de derechos humanos SUR*, v. 9, n. 17, dic. 2012.
- SCHIER, Paulo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica. *The pluralist papers*, n. 3, 2015. Disponible en: [http://www.jupls.eu/images/JPs\\_WP\\_RT\\_Ponencia\\_2015.pdf](http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf) Acceso en: 22 jul. 2020.
- VARELLA, Marcelo; MONEBHUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- VIO GROSSI, Eduardo. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del control de convencionalidad a la supranacionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 21, p. 93-112, 2015.
- VON BOGDANDY, Armin ; MORALES ANTONIAZZI, Mariela ; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Querétaro (México): Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2017.
- VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES, Mariela (coords.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Digital art and the belt and road initiative: challenges and opportunities**

**Arte digital e a Iniciativa Cinturão e Rota: oportunidades, desafios e perspectivas**

Dan Wei

Ângelo Rafael

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# Digital art and the belt and road initiative: challenges and opportunities\*

## Arte digital e a Iniciativa Cinturão e Rota: oportunidades, desafios e perspectivas

Dan Wei\*\*

Ângelo Rafael\*\*\*

### Resumo

A arte digital, seguindo a tecnologia usada para produzir, armazenar, exibir e comercializar, é altamente dinâmica e oferece aos artistas digitais possibilidades criativas aparentemente ilimitadas. A China é hoje o maior importador e exportador de bens e serviços criativos e estabeleceu como um de seus princípios de política a internacionalização de sua indústria cultural e a cooperação internacional. Este artigo explora o potencial transformador da arte digital no contexto da Iniciativa Cinturão e Rota e os desafios potenciais que emergem da perspectiva legal. Suas principais conclusões são que a arte digital pode desempenhar um papel significativo em ajudar a desenvolver a Iniciativa Cinturão e Rota, especialmente ao promover a interação cultural e o intercâmbio entre as pessoas dos países participantes, expandindo assim o alcance da iniciativa para além do nível intergovernamental. No entanto, um desafio significativo é apresentado pelas diferentes abordagens que diferentes governos podem ter em relação à arte (digital) e tecnologias relacionadas. O artigo também reitera a existência de desafios jurídicos, por exemplo, na proteção da propriedade intelectual, proteção de dados e combate à lavagem de dinheiro, que devem ser enfrentados, preferencialmente de forma coordenada, não apenas entre os países da Iniciativa Cinturão e Rota, mas globalmente.

**Palavras-chave:** arte digital; Iniciativa Cinturão e Rota; China; desafios legais

### Abstract

Digital art, following the technology used to produce, store, display, and trade it, is highly dynamic and offers digital artists seemingly limitless creative possibilities. China is today the biggest importer and exporter of creative goods and services and has established as one of its policy principles the internationalization of its cultural industry and international cooperation. This article explores the transformative potential of digital art in the context of the Belt and Road Initiative and the potential challenges that emerge from the legal perspective. Its main findings are that digital art can play a significant role in helping to develop the Belt and Road Initiative, especially in fostering cultural interaction and exchanges between the people of the

\* Recebido em 01/10/2020  
Aprovado em 15/03/2021

\*\* Associate Dean of Faculty of Law and Full Professor of University of Macau.  
E-mail: danwei@um.edu.mo

\*\*\* PhD candidate in International Business Law at the Faculty of Law of the University of Macau. E-mail: winangl@gmail.com

participating countries, thus expanding the reach of the initiative beyond the inter-governmental level. However, a significant challenge is presented by the lack of harmony between different jurisdictions' regulatory frameworks and lack of consensus in related multilateral efforts. The article also reiterates the existence of legal challenges, for example, on intellectual property rights protection, on contractual and consumer protection issues, and related to money laundering and other crimes. Regulatory approach towards these challenges will ultimately determine whether digital art will play a major or minor role in the development of the BRI.

**Keywords:** digital art; Belt and Road Initiative; China; legal challenges

## 1 Introduction

Digital art, i.e., 'art made with, and for digital media including the internet, digital imaging, or computer-controlled installations',<sup>1</sup> has increasingly gained prominence over the last decades and, supported by dynamic and disruptive technologies, continues to evolve to newer and more complex forms. Due to its particular features, namely the ability to be disseminated to large amount of people at the same time all over the world, and considering the exponential growth of production and consumption of cultural products, including digital art, it is interesting to explore its place in China's internationalization policy and its potential in shaping it. This article explores the place and potential of digital art within the context of one of China's major foreign policy programs — the Belt and Road Initiative (BRI).

But the development of digital art and the activities and technologies connected to it face several challenges, especially in their relationship with the law. This is in part due to the relative rigidity of the law, by nature, which is dissonant with the characteristically dynamic and disruptive nature of digital technologies and their products. The consequence is often the emergence of difficulties in adapting to new conceptual realities and dynamics brought about by technological advances and their products, including digital art. For digital artists,

the highly dynamic nature of digital technologies offers seemingly limitless possibilities for the way they create, display and trade their art. However, on the other hand, such possibilities bring to them several challenges, including legal challenges. These challenges are greater considering the highly universal nature of the digital world but also, paradoxically, due to the relatively lower integration of China's internet realm with the rest of the world due to the so-called 'the great firewall'. Thus, article also explores some of the legal challenges faced by digital art in the context of the BRI development.

Some works have previously addressed the topic of digital art, including by reviewing the history and foreseeing future trends in its development,<sup>2</sup> studying and classifying different types and forms of digital art,<sup>3</sup> presenting the most prominent digital artists and their works,<sup>4</sup> and analysing intellectual property rights protection and commodification/commercialisation solutions, especially the blockchain.<sup>5</sup> In relation to China, digital art has also been studied, for example, in relation to public security<sup>6</sup> and to its interplay with traditional art.<sup>7</sup> On the other hand, the BRI has attracted

<sup>2</sup> For example, PAUL, Christiane. *Digital Art*. Third Edition. London: Thames & Hudson World of Art, 2015. Regarding digital art history, there is a dedicated academic journal on the subject — *International Journal for Digital Art History* — with five Issues published at the time of the writing; see <https://dahj.org/>. Accessed on 9 Sept. 2020.

<sup>3</sup> For example, SIMANOWSKI, Robert. *Digital Art and Meaning: Reading Kinetic Poetry, Text Machines, Mapping Art, and Interactive Installations*. Minneapolis; London: University of Minnesota Press, 2011; GRAU, Oliver. *The Complex and Multifarious Expressions of Digital Art and Its Impact on Archives and Humanities*. In: PAUL, Christiane (ed). *A Companion to Digital Art*. Wiley, 2016.

<sup>4</sup> See ANON. *Digital Art Masters*. Volume 1. 3DTot.com, 2005. ANON. *Digital Art Masters*. Volume 2. Burlington; Oxfordshire: CRC Press, 2008. ANON. *Digital art masters*. Volume 3. Amsterdam, Boston: Focal Press, 2008. ANON. *Digital Art Masters*. Volume 4. New York; London: Focal Press, 2010. ANON. *Digital Art Masters*. Volume 5. New York; London: Focal Press, 2010.

<sup>5</sup> For example, ZEILINGER, Martin. Digital Art as 'Monetised Graphics': Enforcing Intellectual Property on the Blockchain. *Philosophy and Technology*, v. 31, p. 15-41, 2018. ODWYER, Rachel. Limited edition: Producing artificial scarcity for digital art on the blockchain and its implications for the cultural industries. *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*. v. 26, n. 4, p. 874-894, 2020.

<sup>6</sup> MA, Lixin. A Discussion on Public Security of Digital Arts. *Journal of Shandong Normal University*. v. 8, 2012 (in Chinese). Available: [http://en.cnki.com.cn/Journal\\_en/H-H000-SDSS-2012-03.htm](http://en.cnki.com.cn/Journal_en/H-H000-SDSS-2012-03.htm). Accessed on 9 Sept. 2020.

<sup>7</sup> DU, Weiming, et al. Analysis of the Interaction between Digital Art and Traditional Art. 2010 International Conference on Networking and Digital Society. Wenzhou, 2010, p. 441. Available: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/5479462>. Accessed

<sup>1</sup> GRAHAM, Beryl. Redefining digital art: Disrupting borders. In: CAMERON, Fiona; KENDERDINE, Sarah. *Theorizing digital cultural heritage: A critical discourse*. MIT Press, 2007. p. 93-112 at 93.

a large amount of academic interest,<sup>8</sup> although works that explore its linkages to digital art are virtually non-existent.<sup>9</sup> This article brings contributions aimed at filling this gap, enriching both the literature on digital art and on the BRI. With an analysis on the place and role of digital art in the BRI, the article also brings to the limelight an exploration of non-strictly (geo)economic or (geo)political aspects of the initiative, highlighting its not-often recognized richness and diverse sources of potential.

This article takes advantage of existing literature on digital art, especially for support on its conceptual framework, and explores a diversity of sources including official, private and academic databases to compose the picture of the status of digital art development in China and of the BRI on its various aspects. Legal analysis of relevant laws was also employed, especially in the effort to identify the main legal challenges linked to digital art in the context of the BRI.

The remainder of the article is organized as follows: section 2 presents a brief overview on the status of digital art in China, including on the different forms of digital art and their display and trade, as well as the corporatization and internationalization trends of China's digital industry, and the government's policy towards digital art; section 3 analyses the context and dynamics of/between digital art and the BRI, exploring the place of digital art in the BRI, and its potential role in driving the initiative forward; section 4 explores some potential legal challenges that can affect digital art in a context of fast technological change, aging and diverse laws and cross-border interactions; finally section 5 presents the conclusion.

on 9 Sept. 2020.

<sup>8</sup> To mention but a few: HUANG, Yiping. Understanding China's Belt & Road Initiative: Motivation, framework and assessment. *China Economic Review*, v. 40, p. 314-321, Sept. 2016. ASCENSÃO, Fernando, et al. Environmental challenges for the Belt and Road Initiative. *Nature and Sustainability*, v. 1, p. 206-209, May 2018. LIU, Weidong; DUNFORD, Michael. Inclusive globalization: unpacking China's Belt and Road Initiative. *Area Development Policy*, v. 1, n. 3, p. 323-340, sept. 2016. WANG, Yong. Offensive for defensive: the belt and road initiative and China's new grand strategy. *The Pacific Review*, v. 29, n. 3, p. 455-463, Mar. 2016. HERRERO, Alicia Garcia; XU, Jianwei. China's Belt and Road Initiative: Can Europe Expect Trade Gains? *China & World Economy*, v. 25, n. 6, p. 84-99, nov. – dec., 2017.

<sup>9</sup> A notable exception is YANG, Yuan, et al. Design and Production of Digital Interactive Installation for the Cultural Theme of the Belt and Road Initiative. *Journal of Physics: Conference Series*, v. 1627.

## 2 Overview on the Status of Digital Art in China

The perception of 'acceleration of change' that has been identified in relation to the general dynamic of the world<sup>10</sup> is exponentially higher in the digital realm. Thus, a description of the 'present' digital reality and, in this case, of digital art, will certainly be outdated in a relatively short period of time. Conscious of that limitation, what follows is, more accurately, a brief 'time-lapse' shot of the latest developments in digital art in China. This will set the stage for a better reflection on the transformative potential of digital art both within China and globally, particularly within the context of the BRI.

Digital art, following the technology used to produce, display and store it, is hugely varied and highly dynamic – as one commentator put it, is 'characteristically in a state of flux'.<sup>11</sup> In recent years, as technological innovation becomes an increasingly prominent part of China's economic structure, digital technology and digital art have registered an impressive progress. More generally, China's creative economy has also experienced an exponential growth, with the country now standing as the top exporter and importer of creative goods and services.<sup>12</sup> Another notable trend is the corporate expansion of its cultural enterprises to other countries through mergers and acquisitions. In this regard, Tencent's expansion approach is a paradigmatic example, with the company having spent US\$62.5 billion in mergers in acquisitions from 2012 to 2017,<sup>13</sup> including with many foreign companies. Some of the most important investments in digital art companies abroad include the acquisition of 81.4 percent of Finnish

<sup>10</sup> NEUWIRTH, Rostam J. Global Governance and the Creative Economy: The Developing versus Developed Country Dichotomy Revisited. *Frontiers of Legal Research*, v. 1, n. 1, p. 127-144, 2013 at 137.

<sup>11</sup> GRAHAM, Beryl. Redefining digital art: Disrupting borders. In: CAMERON, Fiona; KENDERDINE, Sarah. *Theorizing digital cultural heritage: A critical discourse*. MIT Press, 2007. p. 93-112 at 106.

<sup>12</sup> UNCTAD. *Creative Economy Outlook: Trends in International Trade in Creative Industries 2002–2015; Country Profiles 2005–2014*, 2019. Available: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2328>. Accessed 9 sept. 2020.

<sup>13</sup> SOO, Zen. Tencent outspent Baidu, Alibaba in tech mergers and acquisitions, 2017. Available: <https://www.scmp.com/business/companies/article/2098548/tencent-leads-baidu-alibaba-when-it-comes-ma-deals>. Accessed on 9 sept. 2020.



gaming company Supercell for US\$10.2 billion in 2016, the full acquisition of American gaming company Riot Games for more than US\$400 million in 2011 and 2015, and the full acquisition of Norwegian gaming company Funcom for US\$ 148 million in 2019-20.<sup>14</sup>

The role of major companies (for example, Tencent, NetEase and iQIYI) especially in video gaming, animation and cinema highlight the dominance of big corporate entities in the production and commercialization of these forms of digital art. Nevertheless, individual artists as well as small and medium enterprises involved, for example, in the production of digital fine art and photography, as well as installation art and virtual reality also mark a notable presence. But the special nature of digital art, which makes it easily editable and disseminatable on the internet pose significant challenges for its valorisation and, thus, commodification and commercialisation. This challenge is especially acute in relation to individual artists and small enterprises, that lack the means to ‘exclusively’ and ‘safely’ sell or exhibit their artwork. A relatively easy alternative commonly used by artists involves breaking the barriers of digital realm and printing and framing their works as it is done with traditional artworks. Those printed versions can be found in sale, for example, in e-commerce platforms such as Alibaba.<sup>15</sup> Another, ‘high-tech’, innovative alternative which is being internationally explored to address the challenge of commodification of artworks and, crucially, to protect the artists’ intellectual property rights is the blockchain technology (see more on section 4, below).<sup>16</sup> However, like elsewhere, the use of blockchain for the protection of intellectual property rights is in its infancy and the data on the use of the technology by digital artists, as well as on their usage experiences, is still unavailable. Notable Chinese start-ups offering blockchain technology services for the protection of intellectual property rights, including in relation

to digital art, include Ziggurat<sup>17</sup> and Yuanben.<sup>18</sup>

At the institutional/governmental level, the promotion of and support to the creative industry, including digital art, are significantly entrenched into the central government’s policies. For example, projects incorporating digital art are especially encouraged in the Ministry of Culture and Tourism’s programme (implemented in partnership with several major banks) for the selection and financing of culture and tourism-related projects.<sup>19</sup> Another example is establishment of the China Millennium Monument Museum of Digital Arts in Beijing, which provides interactive platforms, which can be used for exhibitions, education purposes, and start-up incubation.

### 3 Digital art and the Belt and Road Initiative: its place and transformative potential

‘Open development’ and ‘international integration’, to be materialized, inter alia, through international exchanges and cooperation are basic principles of the Chinese government’s policy on the promotion of innovation and development of the country’s digital cultural industry, according to the Guiding Opinions of the Ministry of Culture on Promoting the Innovation and Development of the Digital Cultural Industry, 2017 (see, especially (2)). In turn, China’s digital culture international policy has a special focus on the BRI, which is one of the country’s top foreign policy initiatives, according to the same Guiding Opinions (see (16) and (17)). On the other hand, cultural exchanges, including on several digital art-related aspects, are a key element of the BRI framework and priorities, as laid out in the ‘Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st Century Maritime Silk Road, 2015’ (Vision and Actions for the BRI) (see ‘III. Framework’ and ‘IV. Cooperation Priorities’). The question is what role can digital art play in the materialization of China’s

<sup>14</sup> TRACXN. Acquisitions by Tencent, 2020. Available: <https://tracxn.com/d/acquisitions/acquisitionsbyTencent>. Accessed on 9 sept. 2020. FUNCON. Funcon Stock Info. Available: <https://investors.funcom.com/stock-info/>. Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>15</sup> See, ALIBABA. <https://www.alibaba.com/countrysearch/CN/digital-fine-art.html>. Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>16</sup> For a critique on the use of blockchain to enforce intellectual property rights connected to digital artwork see ZEILINGER, Martin. Digital Art as ‘Monetised Graphics’: Enforcing Intellectual Property on the Blockchain. *Philosophy and Technology*, v. 31, p. 15-41, 2018.

<sup>17</sup> See Z-BAAS. <https://baas.zhigui.com/index>. Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>18</sup> See YUANBEN. <https://www.yuanben.io/>. Accessed on 9 Sept. 2020.

<sup>19</sup> XINHUA. China enhances financial support for BRI, poverty relief-related tourism, 2019. Available: [http://english.www.gov.cn/state\\_council/ministries/2019/06/19/content\\_281476723289940.htm](http://english.www.gov.cn/state_council/ministries/2019/06/19/content_281476723289940.htm). Accessed on 9 sept. 2020.

digital culture international policy and, specifically, what role it can play the development of the BRI. Answers to these questions can be extracted from an analysis of the context and dynamics of and between the BRI and digital art. This exercise will be done by exploring what the BRI is in terms of nature, scope and objectives, and how digital art is included or may find space in them and impact the development of the initiative and China's overall digital culture international policy.

### 3.1 Nature, scope and objectives of the Belt and Road Initiative

The BRI, also known as 'One Belt, One Road' is an initiative launched by the country's president, Xi Jinping, at the Peripheral Diplomacy Work Conference in 2013.<sup>20</sup> It was presented as an initiative aimed at boosting China's economic integration with its neighbouring countries through investment on infrastructure and connectivity, along the 'Silk Economic Belt' and the '21<sup>st</sup> Century Maritime Silk Road', creating a new regional economic order.<sup>21</sup>

Thus, in terms of nature, the BRI is a Chinese foreign policy initiative. It was conceived, designed and presented by the highest levels of China's central government and the Chinese Communist Party. Of course, its implementation depends on negotiations and cooperation with other countries on a bilateral level.

Geographically, the BRI encompasses the 'Silk Economic Belt', which links the central and western part of China to Central Asia and Europe and the '21<sup>st</sup> Century Maritime Silk Road', which runs from the southeast part of China to parts of South-East Asia and South Asia, passing through parts of East and North Africa and reaching Italy.<sup>22</sup> While these 'routes' served

as basis for the design and naming the initiative, thus leading China to especially focus in concluding agreements with countries along them, it has, in reality, become a virtually global foreign policy strategy. Indeed, as of the time of writing, 138 countries had signed a Memorandum of Understanding with China to join the BRI, including 38 in Sub-Saharan Africa, 34 in Central Asia and Europe, 25 in East Asia and Pacific, 17 in the Middle-East and North Africa, 18 in Latin America and the Caribbean, and 6 in South East Asia.<sup>23</sup> While the real reach of the BRI is difficult to accurately delimitate because there are no clear criteria or database indicating what projects are part of the initiative, the potentially significant global implications of its materialization cannot be understated.

In fact, those global implications may result, directly or indirectly, from the materialization of the BRI objectives, both the officially stated and other widely accepted as implied. While economic objectives, including free trade, regional economic cooperation, and market integration, are officially presented as the objectives of the BRI in the centrally issued Vision and Actions for the BRI (see 'I. Background'), several geostrategic implications are not officially recognized objectives of the initiative, but widely claimed by commentators as (unstated) objectives or at least inherent implications of its materialization.<sup>24</sup> Among the often mentioned geopolitical objectives or implications are: securing a more prominent role in the international economic system; the expansion and promotion of the renminbi as an international currency; and protection of its geopolitical and security interests in the Asia-Pacific and South China Sea, inter alia, countering the United States' foreign policy for the region and reducing its reliance on the Strait of Malaca (e.g. by investing in the China-Pakistan Economic Corridor).<sup>25</sup>

<sup>20</sup> CAI, Peter. Understanding China's Belt and Road Initiative. Lowy Institute for International Policy, 2017, at 3. Available: [https://think-asia.org/bitstream/handle/11540/6810/Understanding\\_Chinas\\_Belt\\_and\\_Road\\_Initiative\\_WEB\\_1.pdf?sequence=1](https://think-asia.org/bitstream/handle/11540/6810/Understanding_Chinas_Belt_and_Road_Initiative_WEB_1.pdf?sequence=1). Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>21</sup> MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. Xi Jinping: Let the Sense of Community of Common Destiny Take Deep Root in Neighbouring Countries, 2013. Available: [https://www.fmprc.gov.cn/mfa\\_eng/wjb\\_663304/wjbz\\_663308/activities\\_663312/t1093870.shtml](https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjb_663304/wjbz_663308/activities_663312/t1093870.shtml). Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>22</sup> THE GUARDIAN. What is China's Belt and Road Initiative? 2018. Available: <https://www.theguardian.com/cities/ng-interactive/2018/jul/30/what-china-belt-road-initiative-silk-road-explainer>. Accessed 9 sept. 2020.

<sup>23</sup> NEDOPIL, Christoph. Countries of the Belt and Road Initiative. IIGF Green BRI Center, 2020. Available: <https://green-bri.org/countries-of-the-belt-and-road-initiative-bri>. Accessed on 9 sept. 2020. As noted in the database, few countries have not confirmed or denied the signature of a Memorandum of Understanding to join the BRI. While that may mean that the number of participating countries is lower than 138, it does not fundamentally impact the (potential) global reach of the BRI.

<sup>24</sup> See, for example, CHENG, Leonard K. Three questions on China's "Belt and Road Initiative". *China Economic Review*, v. 40. p. 309-313 at 330, 2016; CAI, Kevin G. The One Belt One Road and the Asian Infrastructure Investment Bank: Beijing's New Strategy of Geoeconomics and Geopolitics. *Journal of Contemporary China*, v. 27, n. 114, p. 831-847 at 837-841, 2018.

<sup>25</sup> CAI, Kevin G. The One Belt One Road and the Asian Infra-

The Vision and Actions for the BRI's proposed framework, under which these objectives will be pursued, consists in the improvement of infrastructure and enhancement of connectivity through the establishment of 'secure and efficient network of land, sea and air passages', as well as further facilitation of trade and investment, establishment of free trade areas, and, crucially for this article, enhancement of cultural exchanges and interactions between the peoples of the participating countries (see 'III. Framework').

### 3.2 The place of digital art in the BRI and its potential role in developing it

Analysing the Vision and Actions for the BRI, it is possible to identify areas in which digital art can play an important role for the materialization and development of the initiative. The proposed framework under which the BRI's objectives are to be pursued contemplates the enhancement of cultural exchanges and interactions between the peoples of the participating countries, as mentioned in the previous subsection. Cultural dialogue is also defined as a core guiding principle of the initiative and a priority aspect of cooperation (see 'II. Principles'). Some actions suggested to materialize such visions include organizing 'arts festivals, films festivals' and 'cooperat[ion] on the production and translation of fine films' (see 'IV. Cooperation Priorities').

This framework is gradually being incorporated into China's cultural policy. Indeed, as plans to implement the BRI are developed in virtually every level of government in China, it is noteworthy that, under the already mentioned Ministry of Culture and Tourism programme, culture and tourism-related projects to be implemented in the Belt and Road, featuring digital art, are set to receive preferential treatment in the approval and financing process, carried out in collaboration with several major banks.<sup>26</sup> Moreover, in line with the Vision and Actions for the BRI and in keeping with the principle of international integration through international ex-

changes and cooperation of China's digital art industry policy (see (2)), the first BRI digital art exhibition was launched in Beijing in September 2019 and continued through October and November, with Chinese digital artists also displaying their works in Italy and Kyrgyzstan.<sup>27</sup> While the event was 'one sided' in the sense that it only involved Chinese artists, it may signal the beginning of a process which can catalyse exchanges and interactions between international artists.

Nevertheless, the full potential of digital art in helping to materialize and develop the BRI is intimately linked to the successful implementation of some of its objectives and strategies. In particular, increased market integration and facilitation of investment and trade would boost technological development and integration and would open more doors for the internationalization and integration of digital art enterprises as well as increasing competition between them. As result, the 'quality' of digital art, especially in highly corporatized areas such as the videogaming, animation and cinema industries, would likely be boosted. From China's perspective, international presence and competitiveness of Chinese cultural enterprises is a governmental policy objective and, thus, the international expansion of the country's cultural enterprises, including through the establishment of research and development agencies, investment, and mergers and acquisitions, is actively promoted.<sup>28</sup> Under this backdrop, Chinese cultural enterprises, including digital art enterprises, have recently started to put special emphasis on their international expansion and exportation of their goods and services. For instance, besides being intensely involved in international mergers and acquisitions, Tencent is now a major exporter or animation works, and is increasingly becoming a key international player in the digital art market.<sup>29</sup>

Though the BRI initially appeared to have stronger focus on hard infrastructure, in recent years, digital technology has been increasingly gaining ground as a pivotal aspect of the initiative. The 'Digital Silk Road', as this aspect of the BRI is commonly referred to, is now

structure Investment Bank: Beijing's New Strategy of Geoeconomics and Geopolitics. *Journal of Contemporary China*, v. 27, n. 114, p. 831-847 at 838-841, 2018.

<sup>26</sup> XINHUA. China enhances financial support for BRI, poverty relief-related tourism, 2019. Available: [http://english.www.gov.cn/state\\_council/ministries/2019/06/19/content\\_281476723289940.htm](http://english.www.gov.cn/state_council/ministries/2019/06/19/content_281476723289940.htm). Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>27</sup> BELT AND ROAD NEWS. China's First Belt & Road Digital Art Exhibition Kicks off in Beijing, 2019. Available: <https://www.beltandroad.news/2019/09/23/chinas-first-belt-road-digital-art-exhibition-kicks-off-in-beijing/>. Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>28</sup> THE STATE COUNCIL OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. n 19, especially at (17).

<sup>29</sup> PEOPLE'S DAILY ONLINE. China's digital culture sector to see robust growth: report, 2019. Available: <http://en.people.cn/n3/2019/0820/c90000-9607555.html>. Accessed on 9 sept. 2020.



one of the priority areas of cooperation of the BRI, the importance of which was highlighted in the Second Belt and Road Forum for International Cooperation, held in Beijing in 2019, including by China's President, Xi Jinping, and in the 'The Belt and Road Initiative Progress, Contributions and Prospects' report.<sup>30</sup> Ongoing developments suggest that investment and cooperation in technological innovation in areas such as artificial intelligence, nanotechnology and quantum computing, as well as in big data, cloud computing and smart cities technologies will become key features of the BRI implementation in the next years.<sup>31</sup> Additionally, the BRI holds significant potential for the international expansion of Chinese fifth generation wireless technology (commonly known as 5G) mainly by Huawei, especially in a moment where such expansion faces resistance/blockade in some Western countries. Moreover, blockchain technology will also continue to grow in importance as its applications are expanded to more areas of use and to more places in the world.

Technological innovation has, of course, been a crucial driver of digital art development. The significant investment in the development and expansion of digital technology in the BRI will create a favourable ecosystem for digital art to thrive. With the increased interactions and integration expected as result of the investment in fostering people-to-people ties, it is reasonable to expect that the flux of digital art along (and beyond) the Belt and Road will increase. Potentially, this would entail also an increase in digital art trade and, crucially, deepen the connectivity aspired with the BRI beyond infrastructure and economy to include meaningful social interactions. In short, the BRI has significant potential to build a favourable ecosystem for the development of digital art, and the development of digital art, together with increased interactions between artists and the general public of participating countries, as well

<sup>30</sup> THE SECOND BELT AND ROAD FORUM FOR INTERNATIONAL COOPERATION. Xi Jinping Chairs and Addresses the Leaders' Roundtable of the Second Belt and Road Forum for International Cooperation (BRF), 2019. Available: <http://www.beltandroadforum.org/english/n100/2019/0429/c22-1392.html>. Accessed on 9 sept. 2020. BELT AND ROAD PORTAL. The Belt and Road Initiative Progress, Contributions and Prospects, 2019. Available: <https://eng.yidaiyilu.gov.cn/zchj/qwfb/86739.htm>. Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>31</sup> See BELT AND ROAD PORTAL. The Belt and Road Initiative Progress, Contributions and Prospects, 2019 (at III. Prospects, 5. A road of innovation). Available: <https://eng.yidaiyilu.gov.cn/zchj/qwfb/86739.htm>. Accessed on 9 sept. 2020.

as a potential increase in digital art trade, will in turn contribute to the development of the BRI.

## 4 Some potential legal and regulatory challenges

The increased interactions that are expected from the development of the BRI, including as a result of an expansion of the digital economy, and digital art trade in particular, in a context of rapid technological change, and aging and diverse laws from different jurisdictions, will bring some legal challenges to all stakeholders, including artists, trading platform operators and regulators. The challenges range from intellectual property rights issues, contractual and consumer rights issues, money laundering concerns, and international cooperation and regulation, to name but a few. The following subsections aim to explore these challenges in order to highlight the main issues that surround the development of digital art trade and its regulation. This enables a more realistic view on the potential and limitations of digital art and its role on the development of the BRI, beyond the more optimistic view based simply on the analysis of the different policy instruments on the BRI and cultural industries in China.

### 4.1 Intellectual property rights protection and the blockchain technology

A crucial question related to digital art concerns the need for adequate protection intellectual property rights and to ensure that digital artists reap the benefits of their creative work. Unlike traditional forms of art, which are generally tangible and/or fix, digital art is characteristically intangible, easily editable and easily accessible and usable by many people at the same or different times, thus assuming features of non-rivalrous goods.<sup>32</sup> These features may create difficulties in verifying the authenticity of digital artworks, identifying the artists, adequately protecting intellectual property rights, and commodifying digital artworks.<sup>33</sup> For example, the va-

<sup>32</sup> In this sense, ZEILINGER, Martin. Digital Art as 'Monetised Graphics': Enforcing Intellectual Property on the Blockchain. *Philosophy and Technology*, v. 31, p. 15-41 at 19, 2018.

<sup>33</sup> MCCONAGHY, Masha, et al. Visibility and digital art: Blockchain as an ownership layer on the Internet. *Strategic Change*, v. 26, n. 5, p. 461-470 at 463-465, 2017.

lue of a traditional piece of fine art lies in its scarcity and the possibility of it being owned exclusively, on top, naturally, of its perceived artistic quality. If a work can be easily disseminated and manipulated, its value is significantly affected, and the legitimate copyright holder is prevented from adequately reaping economic benefits from their work. This is a significant challenge presently faced by digital artists.

Interestingly, a promising approach to solve the problem did not emerge from the field of law but was brought by a relatively novel computer technology — the blockchain. The blockchain is ‘in essence a publicly accessible electronic database whose content is protected from corruption by a cryptographic system that is exceedingly difficult to break’.<sup>34</sup> Key characteristics of the blockchain include decentralization (technically, a third party tasked with validating the transaction is eliminated),<sup>35</sup> persistency (validated information is almost impossible to delete or alter), anonymity (the users identities are not revealed), and auditability (transactions can be easily verified and tracked).<sup>36</sup> The blockchain enables secure transactions through the cryptographic verification of information inserted into the system, which if it fulfils pre-defined conditions of a ‘smart contract’, will trigger an automatic validation and ‘final’ registration in the relevant block.<sup>37</sup> Regarding ‘smart contracts’ technically they are computer programs and not legal contracts, being so misnamed perhaps because they ‘autonomously verify or enforce contractual agreements’.<sup>38</sup>

The promise of the blockchain technology for the

development of the digital art market is illustrated by the rapid growth of the digital art trade and its supporting platforms and tools. For instance, the digital art trading platform SuperRare<sup>39</sup> saw a 365% trade growth in seven months in 2020, accumulating a trade volume of more than \$1.6 million<sup>40</sup>. In February 2021 a unique, remastered version of the famous internet meme ‘Nyan Cat’ was auctioned for around \$580,000 on the trading platform Foundation.<sup>41/42</sup> Non-fungible tokens (NFT) have emerged as valuable tool in the trading of digital artwork in that, unlike Bitcoin, for example, each token is unique, thus being more suitable to represent each unique piece of art<sup>43</sup>.

Notwithstanding, the emergence and increased use of blockchain and other ‘disruptive’ technologies or technological tools put several legal challenges for the parties that conduct transactions within it. It also present a regulatory challenge for States, who must (re)define their regulatory approaches to deal with these technological disruptions that create disruptions in the laws, and put in place a legal framework that address conceptual, legal and practical challenges it brings about.<sup>44</sup>

For instance, although one of the defining features of the blockchain is the elimination of intermediaries and third parties and although this feature may have the advantage of speeding up transactions and reducing costs, it may also raise challenges where the involvement of a governmental agency is a requirement, for example, for the registration and/or reviewing of the transaction.<sup>45</sup> Notwithstanding, in China, as in most

<sup>39</sup> See <https://superrare.co/>. Accessed on 09 jan. 2021.

<sup>40</sup> COINTELEGRAPH. Digital Art Trading Platform ‘SuperRare’ Sees Volume Increase 365%, 2020. Available: <https://cointelegraph.com/news/digital-art-trading-platform-superrare-sees-volume-increase-365>. Accessed on 9 jan. 2021.

<sup>41</sup> THE NEW YORK TIMES. Why an Animated Flying Cat With a Pop-Tart Body Sold for Almost \$600,000, 2021. Available: <https://www.nytimes.com/2021/02/22/business/nft-nba-top-shot-crypto.html>. Accessed on 9 jan. 2021.

<sup>42</sup> See <https://foundation.app/>. Accessed on 9 jan. 2021.

<sup>43</sup> MUSAN, Dragos I. NFT.finance: Leveraging Non-Fungible Tokens. Imperial College of London, p. 12-13, 2020. Available: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/faculty-of-engineering/computing/public/1920-ug-projects/distinguished-projects/NFT-finance-Leveraging-Non-Fungible-Tokens.pdf>. Accessed on 9 jan. 2021.

<sup>44</sup> TWIGG-FLESNER, Christian. Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law. In: DE FRANCESCHI, I. (ed). *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Intersectia, p. 21-48, 2016.

<sup>45</sup> DELOITTE. *Blockchain: Legal Implications, questions, op-*

<sup>34</sup> ZEILINGER, Martin. Digital Art as ‘Monetised Graphics’: Enforcing Intellectual Property on the Blockchain. *Philosophy and Technology*, v. 31, p. 15-41 at 22, 2018.

<sup>35</sup> Nevertheless, there is the possibility of establishing a ‘centralized’ blockchain also called ‘private blockchain’ or ‘permissioned blockchain’ where there is a ‘central’ operator that grants approvals for users to access the system (SAVELYEV, Alexander. *Copyright in the blockchain era: Promises and Challenges*. *Computer Law & Security Review*, v. 34, p. 550-561 at 551, 2018).

<sup>36</sup> ZHENG, Zibin et al. An Overview of Blockchain Technology: Architecture, Consensus, and Future Trends. *IEEE 6th International Congress on Big Data*, p. 557-564 at 558-559, 2017. Available: <https://ieeexplore.ieee.org/document/8029379>. Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>37</sup> See, for example, GÜRKAYNAK, Gönenç, et al. Intellectual property law and practice in the blockchain realm. *Computer Law & Security Review*, v. 34, p. 847-862 at 848-850, 2018.

<sup>38</sup> ZEILINGER, Martin. Digital Art as ‘Monetised Graphics’: Enforcing Intellectual Property on the Blockchain. *Philosophy and Technology*, v. 31, p. 15-41 at 19, 2018

other jurisdictions, copyright registration, including of digital artworks, is not required, although there is voluntary copyright registration system in place.<sup>46</sup> But since the blockchain does not completely eliminate the possibility of disputes and such disputes may be decided by the courts, which may, in theory, issue a decision to alter the registration information, this may represent a significant challenge, considering the ‘decentralization’ and ‘persistence’ features of the blockchain.

Nevertheless, the area of intellectual property rights protection is possibly where the blockchain holds the most potential, for its ability to keep a reliable record on ownership and transaction history of a work, thus making it difficult for forgeries to be traded in the system. Additionally, the blockchain technology holds strong potential in the area of intellectual property management as it can serve as a reliable, transparent database that can be publicly accessible by the public.<sup>47</sup> Moreover, non-fungible tokens made it easier for artists to commercialize their artwork and benefit from it.

#### 4.2 Contract Law and consumer protection issues

Digital art trade and the ecosystem which hosts better promise of hosting it — the blockchain, with its related platforms and tools — also face/pose legal challenges and regulatory challenges.

A first question relates to the classification of digital art. Is it a ‘good’, a ‘software’, another kind of ‘intangible’ or novel Contract Law subject matter that begs legal classification, for example, as a ‘digital asset’? However, a deeper exploration into these concepts, considering their general meaning, may show that while they may not be synonymous, they are not mutually exclusive either.

A second question is whether digital art transactions are sales, licenses, or something else. Kim, for example, suggests that these difficult questions were faced

by the drafters of the American ‘Principles of the Law of Software Contracts’ when defining their scope (as covering only ‘software transactions’ and not ‘digital content’) and when choosing certain terminology (such as the more general term ‘transactions’, to avoid having to define software transactions as ‘sales’, ‘licences’ or something else)<sup>48</sup>. Twigg-Flesner has explored different regulatory approaches to deal with disruptions to the law by technological developments, including, for example, the establishment of a new legal category for digital content, introduction of specific digital content-related legal rules, simply extend the definition of ‘goods’ to cover ‘digital content’, or adapt the existing legal rules to account also for the features of digital content.<sup>49</sup> These approaches may be suitable to deal with the need to address the classification of digital content where the legal system establishes a closed category of contract types (first approach in the previous sentence) or to deal with the need to ensure the existence of legal quality standards and remedies for digital content transactions and thus ensure consumer protection (the remaining approaches listed in the previous sentence).<sup>50</sup>

From a practical point of view, digital art transactions do not involve the transfer of physical property, do not involve the transfer of copyright to the work, nor do they grant necessarily the exclusive right to use the work, but simply (yet crucially) ‘bragging rights’ of possessing the ‘original’ copy of the work.<sup>51</sup> This poses important questions to the parties of digital art transactions as they will need to carefully consider the terms of their transaction considering one or more potentially applicable legal regime of contract categories.

A third crucial question relates to the legal status of electronic contracts (including transactions concluded

portunities and risks, 2018. Available: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dtl-tax-global-blockchain-wp-march-2018.pdf>. Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>46</sup> WANG, Junyao, et al. A Summary of Research on Blockchain in the Field of Intellectual Property. *Procedia Computer Science*, v. 147, p. 191-7 at 193, 2019.

<sup>47</sup> SAVELYEV, Alexander. Copyright in the blockchain era: Promises and Challenges. *Computer Law & Security Review*, v. 34, p. 550-561 at 553, 2018

<sup>48</sup> KIM, Nancy S. Expanding the Scope of the Principles of the Law of Software Contracts to Include Digital Content. *Tulane Law Review*, v. 84, n. 6, p. 1595-iv at 1597-1598, 2010.

<sup>49</sup> See TWIGG-FLESNER, Christian. Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law. In: DE FRANCESCHI, I. (ed). *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Intersectia, p. 21-48 at 31-42, 2016.

<sup>50</sup> TWIGG-FLESNER, Christian. Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law. In: DE FRANCESCHI, I. (ed). *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Intersectia, p. 21-48 at 31-32, 2016.

<sup>51</sup> See, for example, THE VERGE. Bepple sold an NFT for \$69 million, 2021. Available: <https://www.theverge.com/2021/3/11/22325054/bepple-christies-nft-sale-cost-every-days-69-million>. Accessed on 14 mar. 2021.



through ‘smart contracts’). In this regard, for digital art transactions conducted in the blockchain, it is well possible that information inserted into the system yields a technically valid transaction on the blockchain yet invalid in the eyes of the law and be a source of legal disputes. Regarding this aspect, the Chinese legal system recognizes electronic contracts as valid, although requirements such as those applicable to electronic signatures apply.<sup>52</sup> Moreover, there are also restrictions to the use of electronic signatures, as their use is not allowed for documents concerning personal relationships, trade of immovable estates, termination of public services, and other situations as stipulated by laws or administrative regulations.<sup>53</sup> Thus, in principle, there is no obstacle for the use of electronic contracts to transfer digital art.

Another not less important question concerns legal status of electronic payment methods, including the legal status of cryptocurrencies, such as Bitcoin.<sup>54</sup> Countries such as China banned the use of private virtual currencies in the country, while other countries such as Japan and the United States did not.<sup>55</sup> The question then arises on how digital artists may conduct transactions on the blockchain and other operations without breaking the law, and whether virtual currencies are acknowledged as valid money in the relevant jurisdictions. China has announced the launch of its sovereign virtual currency (Digital Currency Electronic Payment), but radically differs from ‘private’ cryptocurrencies in that it will be based on a centralized system controlled by China’s Central Bank and this authority will not use blockchain to issue the digital currency to the commercial banks, although the latter may use the technology in their operations with the public.<sup>56</sup> The legal impossi-

bility of using currently circulating cryptocurrencies as means of payment represents a challenge that Chinese digital artists and those that want to conduct transactions with Chinese costumers will have to consider. To be clear, it is understandable why some governments are reluctant to accept such cryptocurrencies as valid money, namely due to their decentralized nature which means that they are out of Central Banks’ control and are vulnerable to being used in the conduction of criminal activities. As one commentator put it:

*[a permissionless/public blockchain] is hardly compatible with the legal framework. (...) only permissioned blockchains can co-exist within the legal framework and augment it instead of competing with it. It can be explained with the matters of sovereignty.*<sup>57</sup>

Nevertheless, it is also difficult to overlook the negative impact of such approach to the development of digital art trade.

### 4.3 Vulnerability to money laundering and other criminal activities

The art market in general has long been viewed with suspicion, due to its apparent vulnerability to money laundering and other criminal activities. For instance, before the introduction of the Anti-Money Laundering Act of 2020, there were no anti-money laundering regulations in the United States making the market particularly vulnerable to criminal activities, as highlighted in the much echoed Senate Report<sup>58</sup> published months earlier. The amount of money laundered in the art market is estimated to be around \$3 billion, half of all the illicit money in the art market.<sup>59</sup> The vulnerability of the art market to illicit activities was further illustrated by the realisation that it has been explored even to finan-

<sup>52</sup> See, The Electronic Signature Law of the People’s Republic of China, 2005 as amended in 2015, especially Arts. 2, 13 and 34.

<sup>53</sup> The Electronic Signature Law of the People’s Republic of China, 2005 as amended in 2015, Art. 3.

<sup>54</sup> See, for example, DNIPROV, Oleksii, et al. Legal Status of Cryptocurrency as Electronic Money. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 22, n. 2 (Special Issue), p. 1-6, 2019.

<sup>55</sup> XIE, Rain. Why China Had to Ban Cryptocurrency but the U.S. Did Not: A Comparative Analysis of Regulations on Crypto-Markets between the U.S. and China. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 18, n. 2, p. 457-492 at 457, 2019; GÜRKAYNAK, Gönenç, et al. Intellectual property law and practice in the blockchain realm. *Computer Law & Security Review*, v. 34, p. 847-862 at 851, 2018.

<sup>56</sup> YEUNG, Karen. Explainer: What is China’s cryptocurrency alternative sovereign digital currency and why is it not like bitcoin? Available: <https://www.scmp.com/economy/china-economy/article/3083952/what-chinas-cryptocurrency-sovereign-digital-currency-and-why>. Accessed on 9 sept. 2020.

<sup>57</sup> SVELYEV, Alexander. Copyright in the blockchain era: Promises and Challenges. *Computer Law & Security Review*, v. 34, p. 550-561 at 551, 2018.

<sup>58</sup> UNITED STATES SENATE – PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS. The Art Industry and U.S. Policies that Undermine Sanctions. Staff Report, 2020. Available: <https://www.hsgac.senate.gov/imo/media/doc/2020-07-29%20PSI%20Staff%20Report%20-%20The%20Art%20Industry%20and%20U.S.%20Policies%20that%20Undermine%20Sanctions.pdf>. Accessed on 13 mar. 2021.

<sup>59</sup> MASHBERG, Tom. The art of Money Laundering: The Loosely Regulated Art Market is Rife with Opportunities for Washing Illicit Cash. *Finance & Development*, v. 56, n. 3, 2019. Available: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2019/09/the-art-of-money-laundering-and-washing-illicit-cash-mashberg.htm>. Accessed 13 mar. 2021.

ce terrorist organizations. Indeed 2018, Spanish police detained two persons accused of smuggling art pieces stolen by ISIS-affiliated groups in Libya.<sup>60</sup>

The regulatory loopholes that enabled the use of the art market for money laundering and other criminal activities in the United States and also not so long ago in the European Union were the absence of any obligation of reporting of suspicious transactions, such as those commonly found in relation to banks and other financial institutions. Moreover, the absence of mechanisms to ensure that the buyers and sellers of artwork were known, made it particularly appealing for money launderers. These issues have been subject to regulatory efforts, both in the United States and in the European Union.<sup>61</sup>

Researchers have also identified that money laundering, as well as other crimes such as counterfeiting, and corruption are also a prevalent feature in the Chinese art market.<sup>62</sup> Highlighting the seriousness of the situation, one of them wrote:

*Lifting the veil off the flourishing art market in China, we can see corruption, bribery and money laundering. Xiao Ping, a famous artist and former Nanking Museum Appraisal Consultant said that "in medium and small auction companies, 80% of the works of art are fake." This is a contradictory situation since several works of art are dubious or even evidently fake, but managed to be sold at a ridiculously high price. It is ridiculous for a fake to be sold at hundreds of millions of RMB.*<sup>63</sup>

The digital art market remains particularly vulnerable to money laundering activities. While blockchain technology may be particularly beneficial in addressing issues of provenance and help fight counterfeiting, it is

<sup>60</sup> CNN. Two Spaniards arrested over smuggling of artifacts looted by ISIS, 2018. Available: <https://edition.cnn.com/2018/03/29/europe/spain-arrests-isis-artifacts-libya-intl/index.html>. Accessed 13 mar. 2021.

<sup>61</sup> See, for example, for the European context, HUFNAGEL, Saskia and KING, Colin. Anti-money laundering regulation and the art market. *Legal Studies*, v. 40, n. 1, p. 131-150, 2020.

<sup>62</sup> See for example, LI, Jie. An Analysis of Chinese Art Market Mechanism with Supply-side Structural Reform. *Advances in Economics, Business and Management Research*, v. 32, p. 360-362, 2017; ZHOU, Fanyu and Sensel, Ralf. Money Laundering in the Chinese Art Market and its Solutions. 2017 International Conference on Social Sciences, Arts and Humanities, Bangkok, 17-19 mar. 2017. Available: [https://webofproceedings.org/proceedings\\_series/ESSP/SSAH%202017/SSAH\\_101813.pdf](https://webofproceedings.org/proceedings_series/ESSP/SSAH%202017/SSAH_101813.pdf). Accessed on 13 mar. 2021.

<sup>63</sup> ZHOU, Fanyu and Sensel, Ralf. Money Laundering in the Chinese Art Market and its Solutions. 2017 International Conference on Social Sciences, Arts and Humanities, Bangkok, 17-19 mar. 2017 at 61.

still vulnerable to money laundering when cryptocurrencies are used, since the true identities of the users are not revealed.<sup>64</sup> One of the basic principles of anti-money laundering legislation and best practices is called 'Know Your Customer'. Well, in permissionless blockchains, characterized by free access, anonymity and decentralization there is no central authority responsible for monitoring transactions and monitor suspicious activities, so there is no reliable mechanism to identify criminals in the system.

While this is an area to which regulators across the world are looking at and searching for adequate solutions, it can be argued that the use of digital art trade to launder money is detrimental to its development and general acceptance as a legitimate asset, worth of a legitimate investment.

#### 4.4 International cooperation and regulation

The global nature of the internet and of the digital trade demands some level of coordination and cooperation at the international level and coherent regulatory frameworks to foster international digital trade, including digital art trade, without neglecting other related aspects such as consumer rights and cybersecurity. The current multilateral trade regime, mainly composed by WTO's major Agreements (GATT, GATS, TRIPS) built mainly to account for the trade of tangible goods and 'offline' services, and related intellectual property issues, is increasingly of limited application and value for the international trade of digital content, including digital art, despite its 'intrinsic flexibility and resilience'<sup>65</sup>. Specifically, for instance, the WTO's GATS disciplines have already been found to be 'insufficient to deal with new-age issues in electronic commerce'<sup>66</sup> because, inter alia:

<sup>64</sup> On the use of cryptocurrencies for money laundering and other criminal activities see, for example, DUPUI, Daniel and GLEASON, Kimberly. Money laundering with cryptocurrency: open doors and the regulatory dialectic. *Journal of Financial Crime* (ahead of print). Available: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JFC-06-2020-0113/full/html>. Accessed on 13 mar. 2021; BROWN, Steven David. Cryptocurrency and criminality: The Bitcoin opportunity. *The Police Journal*, v. 89, n. 4, p.327-339, 2016.

<sup>65</sup> BURRI, Mira. Designing Future-Oriented Multilateral Rules for Digital Trade. In: SAUVÉ, Pierre and ROY, Martin (eds). *Edward Elgar Research Handbook on Trade in Services*, Edward Elgar, p. 331-356 at 334, 2016.

<sup>66</sup> MITCHELL, Andrew D. and MISHRA, Neha. Modernizing International Trade Law for the Digital Economy. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, v. 20, n. 4, p. 1073-1134

they are not adequate to promote the growth of cross-border digital trade; the Services Sectoral Classification List that Member States use as a reference point when making their commitments is outdated and does not adequately represent digital economy business sectors; and they do not properly deal with cross-border data flows (and related issues) — which are the subject on which most of the national regulations limiting digital services are focused.<sup>67</sup>

There have been efforts to approve multilateral rules on digital trade at the WTO, chiefly through the WTO Work Programme on Electronic Commerce. However, ideological differences between major players such as the United States, the European Union and China, and between developed and developing countries, regarding issues ranging from the regulatory approach (whether to create a new system of specific rules on digital trade or to review current rules to adapt them to digital trade challenges), to conceptual aspects, to data issues (including data flows, privacy, data localization, censorship).<sup>68</sup> Generally, China's ideological approach has been described as 'guarded', i.e., it adopts a cautious approach towards regulation of the Internet and Internet-based services and favours strong control over data issues and protection of domestic interests.<sup>69</sup> Differently, the United States (and Japan) favour a market-based approach, giving technological companies significant discretion on the adoption of user policies, while the European Union (and Australia, Canada, Korea and Taiwan) tend to favour an interventionist approach on digital commerce regulation, although not being averse to digital trade liberalization.<sup>70</sup>

at 1088, 2018.

<sup>67</sup> MITCHELL, Andrew D. and MISHRA, Neha. Modernizing International Trade Law for the Digital Economy. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, v. 20, n. 4, p. 1073-1134 at 1088-1097, 2018.

<sup>68</sup> ISMAIL, Yasmin. E-commerce in the World Trade Organization: History and latest developments in the negotiations under the Joint Statement. International Institute for Sustainable Development and CUTS International, 2020. Available: <https://www.iisd.org/system/files/publications/e-commerce-world-trade-organization-.pdf>. Accessed on 9 mar. 2021.

<sup>69</sup> MITCHELL, Andrew D. and MISHRA, Neha. Modernizing International Trade Law for the Digital Economy. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, v. 20, n. 4, p. 1073-1134 at 1085-1086, 2018. According to the Authors, other countries that embrace the guarded approach include developing countries such as Indonesia and Russia as well as developed countries such as the United Kingdom and France.

<sup>70</sup> MITCHELL, Andrew D. and MISHRA, Neha. Modernizing International Trade Law for the Digital Economy. *Vanderbilt Jour-*

Nevertheless, WTO jurisprudence on some cases has helped, in the absence of multilateral consensus, to clarify and advance existing norms in relation to digital trade issues.<sup>71</sup> At least two of the cases involved China — *China – Publications*<sup>72</sup> and *Audiovisual Products and China – Electronic Payment Services*<sup>73</sup>. In *China – Publications*, the Panel (and the Appellate Body) found that China, by limiting importing rights of State-owned enterprises and prohibiting foreign-invested enterprises in China from importing audiovisual home entertainment products had violated its obligation to grant in a non-discretionary manner the right to trade, under China's Accession Protocol (paragraphs 1.2 and 5.1) and China's Accession Working Party Report (84(a) and (b)), as well as its market access and national treatment commitments under GATS Arts. XVI and XVII, respectively. Moreover, the Appellate Body, confirming the Panel's findings, determined that China had not demonstrated that the contested provisions were 'necessary' to protect public morals, therefore China disagreed with China's position that these provisions were justified under Art. XX (a) of the GATT. This case, irrespective of the Dispute Settlement Body findings, involves an important question when it comes to international digital art trade, namely to what extent countries are willing to open their markets to cultural products from other countries, that may potentially clash with the government's or societal view of what is acceptable. For China, including in the context of the BRI, the materialization of 'international integration' principle that guides its governance on cultural industries,<sup>74</sup> it may potentially face itself with similar restrictions or resistance abroad as its own towards some categories of foreign cultural products. Ne-

nal of Entertainment & Technology Law, v. 20, n. 4, p. 1073-1134 at 1084-1085, 2018.

<sup>71</sup> BURRI, Mira. Designing Future-Oriented Multilateral Rules for Digital Trade. In: SAUVÉ, Pierre and ROY, Martin (eds). *Edward Elgar Research Handbook on Trade in Services*, Edward Elgar, p. 331-356 at 335-336, 2016.

<sup>72</sup> WTO Panel Report. *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R, 12 aug. 2009; Appellate Body Report. *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 21 dec. 2009. See also, WTO. *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products – Joint communication from China and the United States*, WT/DS363/19, 11 May 2012.

<sup>73</sup> WTO Panel Report. *China – Certain Measures Affecting Electronic Payment Services*, WT/DS413/R, 31 aug. 2012.

<sup>74</sup> See Section 3, above.



vertheless, the international cooperation approach that is presented as avenue to materialize such principle may prove highly valuable to negotiating solutions on those potential differences.

In case *China – Electronic Payment Services*, the Panel determined, inter alia: that China’s Schedule does not market access commitment regarding subsector 7.B (d) that would allow cross-border supply of electronic payment services by foreign service providers; that China has a market access commitment allowing foreign service providers to establish commercial presence in China to supply electronic payment services, provided that they comply with certain requirements related to local currency business; that China made a national treatment commitment for both cross-border supply of electronic payment services and for commercial presence for the supply of electronic payment services. In the context of digital art trade, which relies largely on online trading platforms, electronic payment services and digital currencies (including private cryptocurrencies, currently not recognized as ‘money’ by China) it is apparent by looking at China’s commitments, or rather, absence of commitments (for example, to allow foreign providers of electronic payment services cross-border access to the Chinese market) as a significant limitation for the development of its international digital trade, including in the context of the BRI.

Another avenue being used to address the inadequacy of the multilateral trade regime and the lack of consensus at the multilateral level it is that of preferential trade agreements, which have increasingly incorporated Chapters or provisions on digital trade.<sup>75</sup> Nevertheless, while potentially a suitable ground for major players to advance their ideological regulatory approaches, the resulting diverging approaches between different groups of preferential trade agreements consolidate and confirm that there is still a long way to go before global consensus on crucial aspects can be achieved. Moreover, the risk of conflict between preferential trade agreements and WTO agreements cannot be overlooked.<sup>76</sup> China has also concluded several preferential

trade agreements, including with partners under the BRI. However, it has consistently been reluctant to making any significant commitments on digital trade issues, especially on trade liberalization.<sup>77</sup> However, it remains to be seen whether the country’s growing importance as a major exporter of digital content as well as its ambition of further promoting the internationalization of its cultural industries will force it to change its position. It is submitted that some flexibility would be beneficial to the development of digital trade, including digital art trade, and to the enhancement of cultural exchanges and interactions between the peoples of the participating countries in the BRI, thus contributing to the materialization of its objectives.<sup>78</sup>

## 5 Conclusion

The constant development of digital technologies presents seemingly limitless opportunities for the development of digital art. China, in particular, has seen significant growth of the digital art industry, in line with a broader trend that has seen China’s growth in production, import and export of cultural products reach humongous levels. A notable feature of China’s digital art industry is the significant role played by giant corporations, especially in the production and commercialization of video games, animation and cinema, and their drive to internationalize themselves through mergers and acquisitions abroad. Nevertheless, individual artists and small and medium enterprises also represent a vibrant section, relying mostly on e-commerce platforms and sometimes the breach of the digital barrier to commercialize their artwork.

The article also noted that digital art will greatly benefit from the development of the BRI, enjoying a favourable ecosystem as a result of technological innovation and expansion and market integration, as well as increased interactions between artists. But digital art

International Trade Law for the Digital Economy. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, v. 20, n. 4, p. 1073-1134 at 1103-1107, 2018.

<sup>77</sup> WEBER, Rolf H. Digital Trade and E-Commerce: Challenges and Opportunities of the Asia-Pacific Regionalism. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, v. 10, n. 2, p. 321-348 at 341, 2015.

<sup>78</sup> For the importance of cultural exchanges and interactions for the materialization of the BRI objectives, see the Vision and Actions for the BRI at ‘III. Framework’.

<sup>75</sup> See, for example, BURRI, Mira and POLANCO, Rodrigo. Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset. *Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 1, p. 187–220, 2020; WEBER, Rolf H. Digital Trade and E-Commerce: Challenges and Opportunities of the Asia-Pacific Regionalism. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, v. 10, n. 2, p. 321-348, 2015.

<sup>76</sup> MITCHELL, Andrew D. and MISHRA, Neha. Modernizing

also has significant potential in positively impacting the development of the BRI, raising the level and quality of interactions between the countries involved beyond the government level, to incorporate their people.

However, the 'state of flux' of digital art and the ecosystem in which it thrives, creates disruptions not only in business models but also in laws, creating challenges to all stakeholders. In face of these disruptions, China has so far opted for a 'guarded approach', preferring to impose strong controls on and being reluctant on liberalizing digital trade. However, as China's cultural industries internationalize and seek to access foreign markets, it remains to be seen whether this may push the country to adopt a more liberalized approach to digital trade in general and digital art trade in particular. International cooperation will be key in such developments and preferential trade agreements are likely to play a greater role in future international regulatory frameworks, as comprehensive multilateral consensus is unlikely in the near future. In any event, harmonization of different legal frameworks across jurisdictions along the Belt and Road and beyond would be highly beneficial for digital trade, including digital art trade, by, among other things, reducing transaction costs and legal uncertainty.

Notwithstanding, the development of digital art within the BRI and beyond, is now conditioned by some restrictive policies, such as the ban on private digital currencies by China. While such approach may be understandable due to concerns such as lack of oversight that characterize current decentralized cryptocurrencies and prevalence of cybercrime, the hindering effect of such ban on the development of digital trade, especially digital art trade cannot be overlooked. If such ban were to be lifted, although possibly accompanied by the introduction of significant regulatory controls, digital art trade would benefit greatly and its potential for the development of the BRI could be materialized more effectively.

## References

- ANON. Digital Art Masters. Volume 1. 3DTotal.com, 2005.
- \_\_\_\_\_. Digital Art Masters. Volume 2. Burlington; Oxfordshire: CRC Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. Digital art masters. Volume 3. Amsterdam, Boston: Focal Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. Digital Art Masters. Volume 4. New York; London: Focal Press, 2010.
- \_\_\_\_\_. Digital Art Masters. Volume 5. New York; London: Focal Press, 2010.
- ASCENSÃO, Fernando, et al. Environmental challenges for the Belt and Road Initiative. *Nature and Sustainability*, v. 1, p. 206-209, May 2018.
- BELT AND ROAD NEWS. China's First Belt & Road Digital Art Exhibition Kicks off in Beijing, 2019. Available: <https://www.beltandroad.news/2019/09/23/chinas-first-belt-road-digital-art-exhibition-kicks-off-in-beijing/>. Accessed on 9 sept. 2020.
- BELT AND ROAD PORTAL. The Belt and Road Initiative Progress, Contributions and Prospects, 2019. Available: <https://eng.yidaiyilu.gov.cn/zchj/qwfb/86739.htm>. Accessed on 9 sept. 2020.
- BROWN, Steven David. Cryptocurrency and criminality: The Bitcoin opportunity. *The Police Journal*, v. 89, n. 4, p.327-339, 2016.
- BURRI, Mira. Designing Future-Oriented Multilateral Rules for Digital Trade. In: SAUVÉ, Pierre and ROY, Martin (eds). *Edward Elgar Research Handbook on Trade in Services*, Edward Elgar, p. 331-356, 2016.
- \_\_\_\_\_; POLANCO, Rodrigo. Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset. *Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 1, p. 187–220, 2020.
- CAI, Kevin G. The One Belt One Road and the Asian Infrastructure Investment Bank: Beijing's New Strategy of Geoeconomics and Geopolitics. *Journal of Contemporary China*, v. 27, n. 114, p. 831-847, 2018.
- CAI, Peter. Understanding China's Belt and Road Initiative. *Lowy Institute for International Policy*, 2017. Available: [https://think-asia.org/bitstream/handle/11540/6810/Understanding\\_Chinas\\_Belt\\_and\\_Road\\_Initiative\\_WEB\\_1.pdf?sequence=1](https://think-asia.org/bitstream/handle/11540/6810/Understanding_Chinas_Belt_and_Road_Initiative_WEB_1.pdf?sequence=1). Accessed on 9 sept 2020.
- CHENG, Leonard K. Three questions on China's "Belt and Road Initiative". *China Economic Review*, v. 40. p. 309-313, 2016.

- CNN. Two Spaniards arrested over smuggling of artifacts looted by ISIS, 2018. Available: <https://edition.cnn.com/2018/03/29/europe/spain-arrests-isis-artifacts-libya-intl/index.html>. Accessed 13 mar. 2021.
- COINTELEGRAPH. Digital Art Trading Platform ‘SuperRare’ Sees Volume Increase 365%, 2020. Available: <https://cointelegraph.com/news/digital-art-trading-platform-superrare-sees-volume-increase-365>. Accessed on 9 jan. 2021.
- DELOITTE. Blockchain: Legal Implications, questions, opportunities and risks, 2018. Available: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-global-blockchain-wp-march-2018.pdf>. Accessed on 9 sept. 2020.
- DNIPROV, Oleksii, et al. Legal Status of Cryptocurrency as Electronic Money. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 22, n. 2 (Special Issue), p. 1-6, 2019.
- DUPUI, Daniel and GLEASON, Kimberly. Money laundering with cryptocurrency: open doors and the regulatory dialectic. *Journal of Financial Crime* (ahead of print). Available: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JFC-06-2020-0113/full/html>. Accessed on 13 mar. 2021.
- DU, Weiming, et al. Analysis of the Interaction between Digital Art and Traditional Art. 2010 International Conference on Networking and Digital Society. Wenzhou, 2010, p. 441. Available: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/5479462>. Accessed on 9 Sept. 2020.
- GRAHAM, Beryl. Redefining digital art: Disrupting borders. In: CAMERON, Fiona;
- GRAU, Oliver. The Complex and Multifarious Expressions of Digital Art and Its Impact on Archives and Humanities. In: PAUL, Christiane (ed). *A Companion to Digital Art*. Wiley, 2016.
- GÜRKAYNAK, Gönenç, et al. Intellectual property law and practice in the blockchain realm. *Computer Law & Security Review*, v. 34, p. 847-862, 2018.
- HERRERO, Alicia Garcia; XU, Jianwei. China’s Belt and Road Initiative: Can Europe Expect Trade Gains? *China & World Economy*, v. 25, n. 6, p. 84-99, nov. – dec., 2017.
- HUANG, Yiping. Understanding China’s Belt & Road Initiative: Motivation, framework and assessment. *China Economic Review*, v. 40, p. 314-321, Sept. 2016.
- HUFNAGEL, Saskia and KING, Colin. Anti-money laundering regulation and the art market. *Legal Studies*, v. 40, n. 1, p. 131-150, 2020.
- ISMAIL, Yasmin. E-commerce in the World Trade Organization: History and latest developments in the negotiations under the Joint Statement. International Institute for Sustainable Development and CUTS International, 2020. Available: <https://www.iisd.org/system/files/publications/e-commerce-world-trade-organization-.pdf>. Accessed on 9 mar. 2021.
- KENDERDINE, Sarah. Theorizing digital cultural heritage: A critical discourse. MIT Press, p. 93-112, 2007.
- KIM, Nancy S. Expanding the Scope of the Principles of the Law of Software Contracts to Include Digital Content. *Tulane Law Review*, v. 84, n. 6, p. 1595-iv, 2010.
- LIU, Weidong; DUNFORD, Michael. Inclusive globalization: unpacking China’s Belt and Road Initiative. *Area Development Policy*, v. 1, n. 3, p. 323-340, sept. 2016.
- LI, Jie. An Analysis of Chinese Art Market Mechanism with Supply-side Structural Reform. *Advances in Economics, Business and Management Research*, v. 32, p. 360-362, 2017.
- MASHBERG, Tom. The art of Money Laundering: The Loosely Regulated Art Market is Rife with Opportunities for Washing Illicit Cash. *Finance & Development*, v. 56, n. 3, 2019. Available: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2019/09/the-art-of-money-laundering-and-washing-illicit-cash-mashberg.htm>. Accessed 13 mar. 2021.
- MA, Lixin. A Discussion on Public Security of Digital Arts. *Journal of Shandong Normal University*. v. 8, 2012 (in Chinese). Available: [http://en.cnki.com.cn/Journal\\_en/H-H000-SDSS-2012-03.htm](http://en.cnki.com.cn/Journal_en/H-H000-SDSS-2012-03.htm). Accessed on 9 Sept. 2020.
- MCCONAGHY, Masha, et al. Visibility and digital art: Blockchain as an ownership layer on the Internet. *Strategic Change*, v. 26, n. 5, p. 461-470, 2017.
- MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA. Xi Jinping: Let the Sense of Community of Common Destiny Take Deep Root in Neighbouring Countries, 2013. Available: [https://www.fmprc.gov.cn/mfa\\_eng/wjb\\_663304/wjbz\\_663308/activities\\_663312/t1093870.shtml](https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjb_663304/wjbz_663308/activities_663312/t1093870.shtml). Accessed on 9 sept. 2020.



- MITCHELL, Andrew D. and MISHRA, Neha. Modernizing International Trade Law for the Digital Economy. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, v. 20, n. 4, p. 1073-1134, 2018.
- MUSAN, Dragos I. NFT.finance: Leveraging Non-Fungible Tokens. Imperial College of London, p. 12-13, 2020. Available: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/faculty-of-engineering/computing/public/1920-ug-projects/distinguished-projects/NFT.-finance-Leveraging-Non-Fungible-Tokens.pdf>. Accessed on 9 jan. 2021.
- NEDOPIL, Christoph. Countries of the Belt and Road Initiative. IIGF Green BRI Center, 2020. Available: <https://green-bri.org/countries-of-the-belt-and-road-initiative-bri>. Accessed on 9 sept. 2020.
- NEUWIRTH, Rostam J. Global Governance and the Creative Economy: The Developing versus Developed Country Dichotomy Revisited. *Frontiers of Legal Research*, v. 1, n. 1, p. 127-144, 2013.
- ODWYER, Rachel. Limited edition: Producing artificial scarcity for digital art on the blockchain and its implications for the cultural industries. *Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies*. v. 26, n. 4, p. 874–894, 2020.
- PAUL, Christiane. *Digital Art. Third Edition*. London: Thames & Hudson World of Art, 2015.
- PEOPLE'S DAILY ONLINE. China's digital culture sector to see robust growth: report, 2019. Available: <http://en.people.cn/n3/2019/0820/c90000-9607555.html>. Accessed on 9 sept. 2020.
- SAVELYEV, Alexander. Copyright in the blockchain era: Promises and Challenges. *Computer Law & Security Review*, v. 34, p. 550-561, 2018.
- SIMANOWSKI, Robert. *Digital Art and Meaning: Reading Kinetic Poetry, Text Machines, Mapping Art, and Interactive Installations*. Minneapolis; London: University of Minnesota Press, 2011.
- SOO, Zen. Tencent outspent Baidu, Alibaba in tech mergers and acquisitions, 2017. Available: <https://www.scmp.com/business/companies/article/2098548/tencent-leads-baidu-alibaba-when-it-comes-ma-deals>. Accessed on 9 sept. 2020.
- THE GUARDIAN. What is China's Belt and Road Initiative? 2018. Available: <https://www.theguardian.com/cities/ng-interactive/2018/jul/30/what-china-belt-road-initiative-silk-road-explainer>. Accessed 9 sept. 2020.
- THE NEW YORK TIMES. Why an Animated Flying Cat With a Pop-Tart Body Sold for Almost \$600,000, 2021. Available: <https://www.nytimes.com/2021/02/22/business/nft-nba-top-shot-crypto.html>. Accessed on 9 jan. 2021.
- THE SECOND BELT AND ROAD FORUM FOR INTERNATIONAL COOPERATION. Xi Jinping Chairs and Addresses the Leaders' Roundtable of the Second Belt and Road Forum for International Cooperation (BRF), 2019. Available: <http://www.beltandroadforum.org/english/n100/2019/0429/c22-1392.html>. Accessed on 9 sept. 2020.
- THE VERGE. Beeple sold an NFT for \$69 million, 2021. Available: <https://www.theverge.com/2021/3/11/22325054/beeple-christies-nft-sale-cost-everydays-69-million>. Accessed on 14 mar. 2021.
- TRACXN. Acquisitions by Tencent, 2020. Available: <https://tracxn.com/d/acquisitions/acquisitionsbyTencent>. Accessed on 9 sept. 2020. FUNCON. Funcon Stock Info. Available: <https://investors.funcom.com/stock-info/>. Accessed on 9 sept. 2020.
- TWIGG-FLESNER, Christian. Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law. In: DE FRANCESCHI, I. (ed). *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Intersectia, p. 21-48, 2016.
- UNCTAD. *Creative Economy Outlook: Trends in International Trade in Creative Industries 2002–2015; Country Profiles 2005–2014*, 2019. Available: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2328>. Accessed 9 sept. 2020.
- UNITED STATES SENATE – PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS. *The Art Industry and U.S. Policies that Undermine Sanctions*. Staff Report, 2020. Available: <https://www.hsgac.senate.gov/imo/media/doc/2020-07-29%20PSI%20Staff%20Report%20-%20The%20Art%20Industry%20and%20U.S.%20Policies%20that%20Undermine%20Sanctions.pdf>. Accessed on 13 mar. 2021.
- WANG, Junyao, et al. A Summary of Research on Blockchain in the Field of Intellectual Property. *Procedia Computer Science*, v. 147, p. 191-7, 2019.

- WANG, Yong. Offensive for defensive: the belt and road initiative and China's new grand strategy. *The Pacific Review*, v. 29, n. 3, p. 455-463, Mar. 2016.
- WEBER, Rolf H. Digital Trade and E-Commerce: Challenges and Opportunities of the Asia-Pacific Regionalism. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, v. 10, n. 2, p. 321-348, 2015.
- XIE, Rain. Why China Had to Ban Cryptocurrency but the U.S. Did Not: A Comparative Analysis of Regulations on Crypto-Markets between the U.S. and China. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 18, n. 2, p. 457-492, 2019.
- XINHUA. China enhances financial support for BRI, poverty relief-related tourism, 2019. Available: [http://english.www.gov.cn/state\\_council/ministries/2019/06/19/content\\_281476723289940.htm](http://english.www.gov.cn/state_council/ministries/2019/06/19/content_281476723289940.htm). Accessed on 9 sept. 2020.
- YANG, Yuan, et al. Design and Production of Digital Interactive Installation for the Cultural Theme of the Belt and Road Initiative. *Journal of Physics: Conference Series*, v. 1627.
- YEUNG, Karen. Explainer: What is China's cryptocurrency alternative sovereign digital currency and why is it not like bitcoin? Available: <https://www.scmp.com/economy/china-economy/article/3083952/what-chinas-cryptocurrency-sovereign-digital-currency-and-why>. Accessed on 9 sept. 2020.
- ZEILINGER, Martin. Digital Art as 'Monetised Graphics': Enforcing Intellectual Property on the Blockchain. *Philosophy and Technology*, v. 31, p. 15-41, 2018.
- ZHENG, Zibin et al. An Overview of Blockchain Technology: Architecture, Consensus, and Future Trends. *IEEE 6th International Congress on Big Data*, p. 557-564, 2017. Available: <https://ieeexplore.ieee.org/document/8029379>. Accessed on 9 sept. 2020.
- ZHOU, Fanyu and Sensel, Ralf. Money Laundering in the Chinese Art Market and its Solutions. *2017 International Conference on Social Sciences, Arts and Humanities, Bangkok*, 17-19 mar. 2017. Available: [https://webofproceedings.org/proceedings\\_series/ESSP/SSAH%202017/SSAH\\_101813.pdf](https://webofproceedings.org/proceedings_series/ESSP/SSAH%202017/SSAH_101813.pdf). Accessed on 13 mar. 2021.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Policing heritage crime in Latin America**

**Normatizando crimes contra o patrimônio cultural na América Latina**

Naomi Oosterman

Donna Yates

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



## Normatizando crimes contra o patrimônio cultural na América Latina

Naomi Oosterman\*\*

Donna Yates\*\*\*

### Abstract

Artefacts from Latin America are popular on international art markets, however their supply is closely linked to heritage crimes such as looting, illegal excavations, and theft. This results in a wide and ongoing circulation of artefacts with illicit origins, despite Latin American states claiming ownership. Regulation and policy responses are continuously developed to address the opaque market structures and criminal networks facilitating this illicit trade in Latin America, with policing as the first line of defence against heritage crimes. Despite increasing research into the illicit trafficking of cultural artefacts in the region, specific strategies and interregional cooperation within heritage crime policing in Latin America has rarely been discussed. Therefore, we examine the policing, prevention, and legislation tactics in twelve Latin American countries as a state-by-state survey, and provide an overview of the current regional and international collaborations concerning the policing of heritage crime. We conclude that there is significant collaboration between Latin American countries, but that improvements could be made regarding the number of dedicated specialists within police and government agencies. This lack of economic resources and specialists within relevant agencies has been recorded in locations beyond Latin America, and we assert that this is the primary weakness in regional and global efforts to police heritage crimes.

**Keywords:** Policing. Heritage crime. Latin America. Legislation. Cultural objects.

### Resumo

Artefatos da América Latina são populares nos mercados internacionais de arte, no entanto, seu suprimento está intimamente ligado a crimes de patrimônio, como pilhagem, escavações ilegais e furto. Isso resulta em uma circulação ampla e contínua de artefatos com origens ilícitas, apesar dos estados latino-americanos reivindicarem a propriedade. As respostas regulatórias e políticas são desenvolvidas continuamente para abordar as estruturas opacas do mercado e as redes criminosas que facilitam esse comércio ilícito na América Latina, com o policiamento como a primeira linha de defesa contra os crimes patrimoniais. Apesar do aumento da pesquisa sobre o tráfico ilícito de artefatos culturais na região, estratégias específicas

\* Recebido em 11/08/2020  
Aprovado em 02/03/2021

\*\* Lecturer at the Department of Arts and Culture Studies of the Erasmus University Rotterdam. She is furthermore an affiliated researcher in the “Heritage under Threat” branch of the Centre for Global Heritage and Development. Late 2018, Oosterman finished her doctoral dissertation focusing on the criminal dynamics of art crime in the European Union. In her research, she focuses on the criminogenic aspects of the art world, the nature of art and heritage crime, and the policing of public art collections. Her research combines theories from the fields of cultural criminology, sociology, and cultural studies.  
E-mail: oosterman@eshcc.eur.nl

\*\*\* Associate Professor in Criminal Law and Criminology at Maastricht University. Prior to this, she was a Senior Lecturer in Antiquities Trafficking and Art Crime at the Scottish Centre for Crime and Justice Research at the University of Glasgow. She is a founding member of the Trafficking Culture research consortium (traffickingculture.org) and she is the Principal Investigator in the European Research Council-funded project “Trafficking Transformations: Objects as Agents in Criminal Networks” which looks at the role that collectable objects, such as antiquities, play in the illicit networks that they are part of. Yates has published widely in the field of art and antiquities crime.  
E-mail: d.yates@maastrichtuniversity.nl

e cooperação inter-regional dentro do policiamento do crime patrimonial na América Latina raramente foram discutidas. Portanto, examinamos as táticas de policiamento, prevenção e legislação em doze países latino-americanos como uma pesquisa estado por estado e fornecemos uma visão geral das atuais colaborações regionais e internacionais relativas ao policiamento de crimes patrimoniais. Concluimos que existe uma colaboração significativa entre os países latino-americanos, mas que poderiam ser feitas melhorias no que diz respeito ao número de especialistas dedicados na polícia e nas agências governamentais. Essa falta de recursos econômicos e especialistas dentro de agências relevantes foi registrada em locais fora da América Latina, e afirmamos que esta é a principal fraqueza nos esforços regionais e globais para policiar crimes patrimoniais.

**Palavras-chave:** onde tem fiscalização, colocar normatização.

## 1 Introduction

Since approximately the 1960s, Latin American artefacts<sup>1</sup> have been popular on the international art market<sup>2</sup>. Specialised dealerships and targeted auction sales were developed to meet consumer demand for these objects. However, market supply of this was, and is, problematic. Most Latin American countries claim blanket ownership of all heritage items within their territory, prohibiting their extraction, transfer, and export for market purposes. Without a licit supply stream, dealers and consumers of especially non-contemporary Latin American art turned to material that is looted or stolen from its country of origin, smuggled to a market country, and sold via a series of opaque market practices that serve to shield illicit origins<sup>3</sup>. The resulting ancient

and historic Latin American art market is saturated with over six decades worth of illicit material, the identification and recovery of which remains an ongoing challenge. Recent seizures of looted and stolen Latin American cultural objects evidence both a strong market demand and the continued existence of criminal networks who act as suppliers (see discussion of Operations Athena II and Pandora IV below). These networks start with the initial displacement of cultural objects from Latin American heritage sites, posing a policing challenge for the “source” countries in the region, as well as the intermediary countries that these objects transit through.

At their earliest stages, trafficking routes for these objects are transnational. Although investigation of the intraregional illicit trade in cultural objects within Latin America is nearly absent within academic literature, it is a structural reality that requires police response. For example, on 7 September 2015, Argentinian newspaper Clarín reported that Argentinian police orchestrated two operations at the border of Gualeguaychú between Argentina and Uruguay<sup>4</sup>. In these operations, the Administración Federal de Ingresos Públicos through the Argentinian border control, confiscated several cultural artefacts. The objects were destined for Montevideo through which some objects were likely destined for Europe. In 2008, the Brazilian minister for culture Gilberto Gil, after recovering three stolen works of art from the Museu de Arte de Sao Paulo including works by Candido Portinari and Pablo Picasso, argued that the theft was most likely orchestrated by “international gangs” and commissioned by thieves from “overseas” territories. At the same time, recent seizures and returns indicate that Brazil may be one of the primary intermediate marketplaces for stolen Colonial-period art from Andean countries such as Bolivia and Perú<sup>5</sup>.

Local policing efforts represent the first and, perhaps, the most important line of defence against this type of heritage exploitation. Local police are tasked with both the prevention and investigation of heritage crimes, and particularly with combatting trafficking. Considering

<sup>1</sup> In this article, we focus on ancient and historic objects that exist as a protected class under the law of the country in question. The exact definition of this is different for each country, but the objects in question mostly relate to the pre-Conquest, Colonial, or early Republican periods. We will use the terms “artefact” or “cultural object” to refer to these pieces, and the term “heritage crime” to refer to violations of the national laws related to those objects.

<sup>2</sup> Yates, Donna. Illicit cultural property from Latin America: Looting, trafficking, and sale. In: Desmarais, France. (Ed.). *Countering illicit traffic in cultural goods: The global challenge of protecting the world's heritage*. Paris: ICOM, 2015. p. 33-46.

<sup>3</sup> Mackenzie, Simon; Brodie, Neil; Yates, Donna. *Trafficking Culture: New Directions in Researching the Global Market in Illicit Antiquities*. New York: Routledge, 2020.

<sup>4</sup> CLARÍN. *Los detienen en un control de rutina cuando querían contrabandear obras de arte hacia Uruguay*. September 7, 2015. Available at: [https://www.clarin.com/policiales/gualeguaychu-caen-querian-contrabandear-uruguay\\_0\\_r1otP7tP7e.html](https://www.clarin.com/policiales/gualeguaychu-caen-querian-contrabandear-uruguay_0_r1otP7tP7e.html). Accessed on: March 2, 2021.

<sup>5</sup> Agencia EFE. *Bolivia recovers stolen art thanks to help from U.S. couple*. April 9, 2015. Available at: <https://www.efe.com/efe/english/life/bolivia-recovers-stolen-art-thanks-to-help-from-u-s-couple/50000263-2582190>. Accessed on: March 2, 2021.

that this type of crime is frequently transnational, there has been increasing emphasis in recent years placed on international and regional collaborations for countering illicit trafficking in Latin America, as well as an increase in the development of policy measures designed to prevent these objects from displacement.

As previously mentioned, very little is presented in the academic literature about the intraregional illicit trade in Latin America, and the first line of defence against this trade: the police. Academic studies have primarily focused on law enforcement efforts of heritage crimes in general<sup>6</sup> and on trafficking specifically<sup>7</sup>. The nature and scope of heritage crime in Latin America has been documented through extensive research<sup>8</sup>, however the

<sup>6</sup> Oosterman, Naomi. Regional overviews of the policing of art crime in the European Union. In: Hufnagel, Saskia; Chappell, Duncan. (Eds.). *The Palgrave Handbook on Art Crime*. London: Palgrave Macmillan, 2019; Polk, Kenneth; Chappell, Duncan. Policing and prosecution of heritage crime: revisiting the Cordata—just how organised is the international traffic in cultural heritage?. In: Mitsilegas, Valsamis; Hufnagel, Saskia; Moiseienko, Anton. (Eds.). *Research Handbook on Transnational Crime*. London: Edward Elgar Publishing, 2019; Kerr, John. *The securitization and policing of art theft: The case of London*. London: Routledge, 2016; BLOCK, Ludo. European police cooperation on art crime: Comparative overview. *Journal of Art Crime*, v. 5, n. 1, p. 13-26. 2011.

<sup>7</sup> Mackenzie, Simon; Brodie, Neil; Yates, Donna. *Trafficking Culture: New Directions in Researching the Global Market in Illicit Antiquities*. New York: Routledge, 2020; Brodie, Neil; Sabrine, Isber. The illegal excavation and trade of Syrian cultural objects: a view from the ground. *Journal of Field Archaeology*, v. 43, n. 1, p. 74-84. 2018; Yates, Donna. The global traffic in looted cultural objects. In Rafter, Nicole; Carrabine, Eamonn. (Eds.). *The Oxford Encyclopedia of Crime, Media, and Popular Culture*. Oxford: Oxford University Press, 2016; Yates, Donna; Mackenzie, Simon; Smith, Emiline. The cultural capitalists: Notes on the ongoing reconfiguration of trafficking culture in Asia. *Crime, Media, Culture*, v. 13, n. 2, p. 245-254. 2017; Hardy, Samuel Andrew. *Illicit trafficking, provenance research and due diligence: The state of the art*. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), 2016; Mackenzie, Simon; Davis, Tess. Temple looting in Cambodia. Anatomy of a statue trafficking network. *British Journal of Criminology*, v. 54, n. 5, p. 722-740. 2014; Rodríguez Temiño, Ignacio; Roma Valdés, Antonio. Fighting against the archaeological looting and the illicit trade of antiquities in Spain. *International Journal of Cultural Property*, v. 22, n. 1, p. 111-130. 2015; Manacorda, Stefano; Chappell, Duncan. (Eds.). *Crime in the art and antiquities world: Illegal trafficking in cultural property*. New York: Springer Science & Business Media, 2011.

<sup>8</sup> See Yates, Donna. Displacement, Deforestation, and Drugs: Antiquities Trafficking and the Narcotics Support Economies of Guatemala. In: Kila, Joris; Balcells, Marc. (Eds.). *Cultural Property Crime. An overview and analysis contemporary perspectives and trends*. Leiden: Brill, 2014. p. 21-36; Yates, Donna. Church theft, insecurity, and community justice: The reality of source-end regulation of the market for illicit Bolivian cultural objects. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 20, n. 4, p. 445-457. 2014; Yates, Donna. Illicit cultural property from Latin America: Looting, trafficking, and sale.

policing of these crimes within the region itself is rarely discussed. Additionally, few academic studies have focused on describing legislation and policy efforts in the Latin American region concerning the trafficking of cultural goods. Whereas general studies concerning trafficking have taken a global approach, studies on heritage crime policing have mostly focused on European and Australian contexts. Our understanding of heritage crime therefore lacks systematic and descriptive information about “source end” policing generally, policing in Latin America specifically, and local efforts concerning legislation and policy to counteract trafficking.

This article therefore serves as a first step toward widening the discourse on heritage crime policing by examining the existing policing, policy, and legal efforts employed in Latin America. It takes a unique approach in presenting a first systematic overview of the practices of twelve Latin American countries concerning the policing of heritage crime, as well as the interregional and international cooperation efforts that Latin American countries participate in towards the prevention and investigation of cultural heritage crimes. Rather than providing a discussion of legislation, we collected data from actors who are ‘on the ground’ by contacting those people in relevant positions in, for example, the national police forces, cultural ministries, and museums. By taking this approach, we are able to contextualise existing legislation in the everyday practice of those actors involved in the enforcement of heritage crime. With this article, we aim to concretise and specify the current legal, policy, and policing efforts in Latin America, as well as the discussion of the prevention of intraregional illicit trade. The results presented in this article serve as an invitation for further research into source country trafficking in Latin America, and the further investigation of the ‘on the ground’ daily routines and

In: Desmarais, France. (Ed.). *Countering illicit traffic in cultural goods: The global challenge of protecting the world's heritage*. Paris: ICOM, 2015. p. 33-46; Yates, Donna. Reality and practicality: Challenges to effective cultural property policy on the ground in Latin America. *International Journal of Cultural Property*, v. 22, n. 2-3, p. 337-356. 2015; Yates, Donna. The global traffic in looted cultural objects. In Rafter, Nicole; Carrabine, Eamonn. (Eds.). *The Oxford Encyclopedia of Crime, Media, and Popular Culture*. Oxford: Oxford University Press, 2016; Yates, Donna. Cultural heritage offences in Latin America: Textile traffickers, mummy mailers, silver smugglers, and virgin vandals. In: Hufnagel, Saskia; Chappell, Duncan. (Eds.). *The Palgrave Handbook on Art Crime*. London: Routledge, 2019. p. 483-501; Yates, Donna; Tremain, Cara Grace. (Eds.). *The Market for Mesoamerica: Reflections on the Sale of Pre-Columbian Antiquities*. Gainesville: University Press of Florida, 2019.



decision-making processes of those involved in the enforcement of heritage crime.

## 2 Interregional and international cooperation in Latin America

In 2019, Operations Athena II and Pandora IV, which were collaborations between Interpol, Europol, the World Customs Organisation, and various national law enforcement agencies, were concluded. The result was the recovery of over 19,000 artefacts and cultural objects from 103 countries. Around 100 individuals were arrested, uncovering various organised criminal networks. After publication of the results of these operations in May 2020, Jürgen Stock, Secretary General of Interpol, stated that “*The number of arrests and objects show the scale and global reach of the illicit trade in cultural artefacts, where every country with a rich heritage is a potential target*”. Due to the market demand for Latin American cultural objects, the involvement of several countries from Latin America in these operations is unsurprising.

In recent years, there has been an increase in cooperation between countries in Latin America, specifically focusing on enhanced intelligence sharing between states. La Comunidad de Policías de América (AMERIPOL) is an international policing organisation that focuses on the coordination and intelligence sharing between law enforcement agencies in the Americas. AMERIPOL, which is headquartered in Bogotá, was founded in 2007 to promote and strengthen police cooperation, provide training, and organise the exchange of police intelligence between member states. AMERIPOL has a coordinating role in criminal investigation and judicial actions between law enforcement agencies and equivalent institutions in the Americas. Currently, AMERIPOL has 33 law enforcement members within the Americas and 26 observer organisations that are located internationally such as Interpol and Europol, but also the German *Bundeskriminalamt*, and Italian *Carabinieri*. AMERIPOL has a similar structure to Interpol, where every member state has a *Unidad Ameripol* (UNA) which functions similarly to the National Cen-

tral Bureau (NCB) of Interpol. The UNA is the primary communication vehicle for the exchange of intelligence from law enforcement agencies to AMERIPOL headquarters for further dissemination. AMERIPOL does not maintain a department or database specifically for heritage crimes. Nonetheless, many of the states surveyed for this article report that they actively use the AMERIPOL network to disseminate operations in the case of a crime against heritage.

One of these cooperation efforts that factors in heritage crime is El PACcTo (*Europa Latinoamérica Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado*), which is an international programme that focuses on enhancing and facilitating international cooperation against organised crime between the European Union and Latin American countries. Additionally, it aims to share best practices and provide and enhance technical assistance. The program is funded by the European Union and runs from 2017 to 2022. Unique to El PACcTo is that it focuses on the entire criminal justice system in the associated countries, meaning it concerns law enforcement agencies, justice systems, and penitentiary systems. In June 2020, 11 member countries<sup>10</sup> participated in a webinar concerning illicit trafficking of cultural property in Latin America, discussing how to investigate and combat the organised crime associated with it. Besides representatives of Latin American countries, European law enforcement specialists from Spain (*Grupo de Patrimonio Histórico*) and Italy (*Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale*), as well as Interpol and UNIDROIT, were present. The recommendations of the webinar are six-fold<sup>11</sup>: 1) development of uniform regulations for the protection of cultural heritage, especially concerning the restitution of objects, 2) improvement of international judicial cooperation, 3) implementation of databases specifically concerning cultural property, 4) increase of formal and informal cooperation between countries, 5) increased use of specialist investigation techniques and 6) obligatory recording of items by those parties involved in the selling and buying of artworks. Many of the discussed law enforcement agencies in this article are active within El PACcTO.

<sup>9</sup> Europol. *101 arrested and 19,000 stolen artefacts recovered in international crackdown on art trafficking* [press release]. May 6, 2020. Available at: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/101-arrested-and-19000-stolen-artefacts-recovered-in-international-crackdown-art-trafficking>. Accessed on: March 2, 2021.

<sup>10</sup> Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Panama, Paraguay, Perú, Uruguay.

<sup>11</sup> El PACcTO. *New cooperation tools to investigate trafficking in cultural property* [press release]. June 23, 2020. Available at: <https://www.el-paccto.eu/en/news/new-cooperation-tools-to-investigate-trafficking-in-cultural-property/>. Accessed on: March 2, 2021.

### 3 Policy, policing, and legislation in Latin America

In the following section, we will focus on policing, policy, and legislation concerning cultural heritage crimes in twelve countries in Latin America. The information presented was obtained from representatives within relevant national governments or specialised law enforcement agencies who were contacted under the aegis of the ERC-funded Trafficking Transformations project<sup>12</sup>. Representatives were asked the following questions, and were encouraged to expand upon them as they saw fit:

1. Who is tasked with investigation of heritage crimes? Is there a dedicated police unit or equivalent within another agency or within the relevant cultural ministry? or We know that there exists a dedicated police unit focused on heritage crimes, how is that unit managed and are there any updates about it that you can share?
2. What is the normal procedure when a heritage crime is reported? What agencies/offices are notified within and beyond?
3. What kinds of inter-regional cooperation is participated in concerning the prevention of heritage crime?
4. What do you believe are the country's strengths and weaknesses regarding policing of heritage crime?

The data was collected between 1 April and 31 July 2020 and was supplemented by data collected from government and agency sources available online, including statements on official websites, recordings of presentations made by heritage officials, and some limited information contained in the popular media. Countries absent are those we were unable to obtain responses from within the time limit of this publication, and do not indicate a lack of heritage crime policing. The detail of the information provided relates to the extent of the information provided to us and is unrelated to levels of regulation or policing within the country. We

<sup>12</sup> Grant agreement n° 804851. Ethical clearance for this research was provided by the Maastricht University ERCIC and the European Research Council Ethics Review Panel. All respondents are granted anonymity in accordance with our ethical guidelines.

look forward to expanding this survey when additional information is received.

#### 3.1 Argentina

In Argentina, the Departamento Protección del Patrimonio Cultural (DPPL) of the Federal Police is the primary agency responsible for the policing of heritage crime. The DPPL has three main methods through which they work. First, they focus on the active prevention and policing of heritage-related crimes, both national and international. There is a strong focus on combating the illicit trafficking of cultural objects, specifically within the MERCOSUR network<sup>13</sup>. Second, the DPPL organises and participates in (inter-)national conferences and courses to disseminate knowledge concerning art crime policing to international, national, provincial, and municipal stakeholders. Third, the DPPL maintains the Programa de Protección de Patrimonio Cultural that collects information on missing and stolen cultural objects in a central database. Currently, this contains 5,500 cultural objects. This national registry is supported by Interpol and the Ministerio de Seguridad and Ministerio de Cultural of Argentina.

Argentina has a long history of policy concerning the protection of heritage objects. In 1913, the National Congress established legislation for the protection of cultural objects originating from Argentinian soil and stimulated scientific research into the protection of cultural heritage. In 1968, Argentinian civil law drastically changed with the implementation and modification of the discussion of cultural heritage as a public asset. Additional modification of the law saw the incorporation of archaeological and paleontological sites as having scientific interest, which moved these artefacts from the jurisdiction of the public domain to that of national or provincial jurisdiction. In 2003, by presidential decree, the Comité Argentino para Combatir el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales was created within the Ministry of Culture. Currently, the Ministry of Culture's Secretaría de Patrimonio Cultural contains the Dirección Nacional de Bienes y Sitios Culturales. The main objectives of the Directorate are to develop and implement a national management system for cultural assets, safeguard tangible and intangible cultural herita-

<sup>13</sup> Customs union between Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay, and Venezuela. Current associated states: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, and Surinam.

ge, prevent and combat the illicit trafficking of cultural heritage, and protect land and underwater cultural heritage. The Directorate oversees the Comité Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, a national committee combatting illicit trafficking of cultural property. This national committee is an inter-ministerial collegiate body that consists of various organisations concerned with the protection of cultural heritage.

### 3.2 Belize

When a crime is committed at, or against a heritage site in Belize, the Police inform the Institute of Archaeology (IA), or vice versa, depending on who received the initial report, and investigation of the crime proceeds with both bodies contributing. Crimes committed at publicly accessible heritage sites are most likely to fall under the jurisdiction of Belize's Tourism Police who maintain a presence at these locations. Infractions at other locations, such as remote jungle sites, may be assigned to another police unit depending on the circumstances. In most cases the IA serves as the investigation's technical team, providing information about the site and objects that have been subject to crime, and the police engage in the traditional criminal investigation aspects. The IA and Police are the two primary actors in heritage crime cases in Belize, with the country's Customs and Immigration departments playing a supporting role in investigations if they happened to seize cultural objects being trafficked.

The IA is a department of the National Institute of Culture and History (NICH), who are charged with the protection of cultural heritage. Part IV of the NICH Act, Chapter 331 (2000; Revised Edition 2003), where this mandate originates, defines protected art categories as ancient monuments and antiquities and further defines those as being articles, constructions, or natural features that have been worked by humans, and that are over 100 years old. The NICH Act furthermore states that no person may possess ancient monuments or antiquities unless they have a written license from the IA. Violation of this may result in a fine and a prison sentence of up to 5 years. People who come into possession of these objects have 15 days to register it with the IA, with the penalty for violation being a fine and up to 2 years in prison. People who find these specific objects have 14 days to report it and face a fine and a prison

sentence of up to 5 years if they omit doing so. The NICH Act gives the IA the power to serve written notice on anyone they believe is in violation of the above, and to confiscate the object or monument in question on behalf of the state. The act makes clear that licenses issued by the IA to possess antiquities or ancient monuments are not transferable and that no person can "give, sell, transfer or otherwise part with the possession, custody or control of any ancient monument or antiquity" without consent in writing from the IA. The NICH Act further defines actions such as wilfully destroying ancient monuments and removing antiquities from ancient monuments as offences that carry fines and potential prison sentences.

Difficulties in policing of heritage crime stem largely from two practical issues. The first is that Belize is an archaeologically rich country, and remains of the Maya civilisation can be found nearly everywhere, from off the coast under territorial waters too deep within the jungle that blankets large portions of the country. It is impossible to maintain a police or IA presence at even the known heritage sites within the country as they number in the tens of thousands, and there are countless sites that are unknown to the IA, but may be known to those wishing to exploit heritage. Belize, having bilateral agreements to prevent the illicit trafficking of cultural objects with Guatemala and México, suffer a similar practical reality: borders running through deep jungle with both countries with discovered and undiscovered Maya civilisation remains lying along those borders. These borders are impossible to police, making interregional cooperation the only option for dealing with transnational flows of illicit material. Second, Belize is rapidly developing, and new areas are being opened for road building and agriculture. Such development is vital for the future of Belize, but can challenge the preservation mandate of the NICH Act. While penalties exist for heritage destruction in these circumstances, monitoring capabilities for all development projects are limited. Belize mitigates these issues with a strong focus on raising public awareness about the importance of preserving cultural heritage and the obligations that exist to report the discovery of, and crimes against ancient monuments and artefacts. Belize is a country of less than 400,000 inhabitants, meaning that it is possible to reach a sizeable proportion of citizens with awareness raising, outreach, and education campaigns. Eye-catching posters and flyers, public events, and inclusion of heritage



protection in school curricula are all seen as having a strong societal effect against heritage crime.

### 3.3 Brazil

In Brazil, the Divisão de Repressão a Crimes contra o Meio Ambiente e Patrimônio Histórico (DELEMAPH) of the Federal Police is tasked with the investigation of heritage crime. DELEMAPH has a central unit in Brasília, and has representatives in each of Brazil's 27 states. Only those objects that are registered as *bem tombado* are under the jurisdiction of DELEMAPH. This registration, that can be provided by federal, state, and municipal administration, is protected via federal law by Decree N° 25 that dates from 30 November 1937 and marks the first legal protection of Brazilian cultural heritage. The Decree defines cultural heritage as both movable and immovable property existing within Brazil that the conservation of which is of public interest, either due to its connection to important events in Brazilian history, or due to its exceptional archaeological, bibliographic, artistic or ethnographic value. Additionally, *bem tombado* also encompasses certain natural monuments, sites and landscapes that are considered important to conserve and protect. There is thus a clear distinction between those objects that are *bem tombado*, and those that are not. For example, if a contemporary painting is stolen that is not registered, the civil police investigates the case as a regular property theft.

The Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) is, amongst other tasks, responsible for the prevention of heritage crimes. The IPHAN maintains a database (Bens Culturais Arqueológicos ou tombados Procurados, BCP) of stolen and missing heritage objects. This database is maintained at federal level, and records archaeological or other *bem tombado* that are reported stolen or missing. The database only holds those objects that are appropriately registered, and that are reported to the database. The database is actively used by IPHAN to facilitate organisations such as police, customs agencies, and the Public Ministry with information necessary to retrieve the object. Within Decree N° 25, article 16 indicates a legal obligation to register all stolen or missing objects to IPHAN. In reality, not all objects are always registered. Whenever IPHAN receives a registration, they immediately contact the Ministry of Foreign Affairs, the Federal Police (DELEMAPH), and those dealers and art traders who

are associated with CNART (Cadastro de Negociantes de Obras de Arte e Antiguidades), a nationwide dealer register containing approximately 2000 art dealers. Since the BCP does not register every single cultural object, there are other institutes who maintain databases, such as the List of Wanted Cultural Property by the Public Ministry of the State of Minas Gerais (Lista de Bens Culturais Procurados), the Register of Missing Museum Goods (Cadastro de Bens Musealizados Desaparecidos) from the Brazilian Museum Institute (Brasileiro de Museus), and the List of Missing Works of the National Library (Lista de Obras Desaparecidas). These databases, together with the BCP, also share their records of stolen objects, via the NCB, to Interpol's Stolen Works of Art Database in Lyon.

The regular procedure in the case of heritage crime is for an owner to contact the police and report the object stolen, and for the police issue an incident report. With the incident report, the owner can notify IPHAN (when concerning *bem tombado*) who then records the missing object into the database. Then, CNART is contacted. If the object was taken from a museum or other institute, the Brazilian Museum Institute is also notified. Internationally Brazil is a member of Mercosur, El PACCTO, and through a collaboration between Itau Bank and ICOM, Brazil has started working on a Brazilian Red List of Cultural Heritage.

### 3.4 Chile

The primary responsibility of protecting cultural objects in Chile lies with the Public Ministry. Chilean cultural objects may be identified as *Monumentos Nacionales* via the Council of National Monuments, and significant cultural objects that do not meet the classification of National Monument (such as sculptures, commemorative sites, state museum collections, and archaeological and paleontological artefacts of Chilean origin), are protected by criminal Law N° 17.2883 that states that all aforementioned objects are under the care and protection of the Chilean State. There is no specific legislation for other types of cultural objects, apart from a specific 'exit' law (N° 17.2364) that mandates that none of these objects may leave the country without an authorisation document issued by the National Museum of Fine Arts. Guaranteeing restrictions or returns of artworks that the museum considers to be of national heritage interest. The organisation that oversees this law

is the Servicio Nacional de Aduanas. Whenever a crime against, or theft of, one of these cultural objects occurs, the Public Ministry is responsible for instructing the correct police authorities. Depending on the crime, the type of object, and the geographical range of the crime, these forces are either the Carabineros de Chile, a uniformed police force with a large presence throughout Chile, the Policía de Investigaciones (PDI) which encompasses the sub-division BIDEA (Brigada de Delitos Medio Ambientales y Contral el Patrimonio Cultural), or, if concerning fraud, appropriation, or another economic related crime, the Brigadas Investigadoras de Delitos Económicos.

In 2002, BIDEA was created as part of the PDI. The officers of BIDEA are primarily tasked with the investigation of theft, damage, or involuntary seizure. In 2019, the Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Patrimoniales (TIBP) was created, which was a result of the cooperation of various governmental institutions, and has a bridging function between police and the relevant Ministries. In instances of heritage crime, they serve as a collaborative partner for the identification of the affected cultural objects, connecting heritage crime to the appropriate policing entity.

In heritage crime cases, the policing procedure is determined based on the type of crime committed. When it concerns the theft of a cultural object, BIDEA is tasked with the case and subsequently opens a case with the Public Ministry. The organisation or individual who experienced the theft delivers a description and images of the stolen object and BIDEA then adds the property to a national database that is structured via OBJECT-ID. The PDI disseminates the findings to the Interpol's National Central Bureau (NCB) of Chile who in turn sends the information to Interpol for inclusion in the Stolen Works of Art Database. The TIBP Unit is charged with informing the National Customs Agency who work with a *Theft Alert* which is immediately, nationally and internationally, implemented via the Latin American and Caribbean Theft Alert Network of REDLAD (La Red Latinoamericana y del Caribe para la Democracia). The TBIP regularly uses the media to raise public awareness in the hopes this will make the cultural object difficult to traffic or sell. When the crime concerns damage or destruction to a National Monument, first the Council of National Monuments or the National Heritage Service are informed and file complaints against the perpetrators, before the Public

Ministry steps in and instructs the police on the appropriate action to be taken.

Apart from its cooperation with the Theft Alert Network, Chile also collaborates within Mercosur Cultural – Tráfico Ilícito which is an interregional network that encourages cooperation in the MERCOSUR network, for example by sharing databases with information concerning cultural property in transit, authentication certificates, and evaluating best practices. Chile has bilateral agreements concerning the combatting of illicit trafficking of cultural property with México, Ecuador, and Perú. With Perú, Chile maintains extensive cooperation training customs agents in north Chile to prevent trafficking via the Atacama Desert.

### 3.5 Colombia

In Colombia, the Área Protección al Turismo y Patrimonio Cultural of the Unidades Básicas de Investigación Criminal is tasked with the protection of the national archaeological, cultural, and religious heritage. Besides the protection of cultural objects, the Directorate is also responsible for the environment, natural resources, and tourism. The Directorate is part of the national police force and provides support in criminal police investigations concerning heritage crimes, but also focuses on human trafficking, child and adolescent sexual exploitation, and the trafficking of flora and fauna. Additionally, they provide technical and forensic support for crime scenes in these fields.

When a heritage crime is committed, the police agency to which the crime is reported to, usually the national police, will inform the Attorney General of the State who assigns the investigation to the appropriate police unit. The strength of the Colombian Directorate is their strong uniformed presence at the main tourism and heritage sites throughout Colombia, resulting in, certain cases, the time between reporting and policing to be very short. Often institutes external to the Directorate are contacted during the investigation of a case, such as the Instituto Colombiano de Antropología e Historia (UBIC), Archivo General de la Nación, and the Servicio Geológico Colombiano. They are tasked with supporting the technical identification of artefacts, as well as providing expert opinions on authenticity. Additionally, through UBI, an alert is made to the NCB of Interpol in Colombia, who in turn sends alerts to those

states that are most likely to be linked to the heritage asset in some way, such as being a possible destination for a trafficked object. The countries most frequently cooperated with are all in South America (for example Ecuador, Perú, Bolivia, Panamá), but they also maintain strong ties with the United States, countries in Europe (Spain, Switzerland), and Asia (China, United Arab Emirates).

### 3.6 Costa Rica

In Costa Rica, the Organismo de Investigación Judicial functions as headquarters for five police departments. Within the Departamento de Investigaciones Criminales the Sección de Delitos Varios and its unit Patrimonio Arqueológico y Cultural are tasked with the investigation of heritage crimes. Currently, the unit consists of three investigative police officers. The unit works closely together with the Department of Protection of Cultural Heritage of the National Museum of Costa Rica.

In the case of a heritage crime, the first mandatory procedure is to contact the National Museum of Costa Rica. The Department of Protection of Cultural Heritage of the museum is called upon for its expertise, particularly for determining the authenticity of the object, and to evaluate which specific elements of the object might indicate its destination in the market. Internationally, the Unit is allied with various regional and international police organisations. Costa Rica is a member of AMERIPOL, El PAcCTO, and reports to the NCB of Costa Rica who, if necessary, contacts Interpol for objects to be added to the Stolen Works of Art Database.

Although the Unit does not maintain a separate database for cultural objects, they actively record criminal data concerning heritage crimes. From 2013 to 2020, 67 criminal cases were reported in the different provinces of Costa Rica. Most cases were reported in the provinces San José and Guanacaste. Additionally, 55 people were charged with a violation of law N° 11496-C (Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico). This law protects archaeological national heritage, an umbrella term, encompassing archaeological objects, tangible and intangible heritage (either ancient or contemporary), indigenous tangible or intangible heritage, human remains, and flora and fauna related to this heritage. Specifically, the law prohibits the trade and export of

these objects by both private and state institutions. The only organization allowed export cultural objects is the National Museum, who requires authorization of the Comisión Arqueológica Nacional. From 2016 to 2019, there were 799 archaeological objects confiscated nationwide that were in the process of being trafficked.

### 3.7 Guatemala

Guatemala's Public Ministry contains the Fiscalía de Sección de Delitos contra el Patrimonio Cultural de la Nación (henceforth Fiscalía), which is charged with the investigation and prosecution of heritage crimes. This office is headquartered within the UNESCO World Heritage site of Antigua Guatemala, with a regional headquarters in the Petén department, which houses many of the country's major archaeological sites. This office is charged with protecting, conserving, and recovering cultural objects that have been subject to crime as defined by Guatemala's penal code and cultural heritage law.

The looting of archaeological material and the subsequent trafficking of that material to foreign markets are the primary heritage crimes Guatemala experiences. Responding to these issues, the Departamento de Prevención y Control de Tráfico Ilícito de Bienes Culturales located within the Ministry of Culture and Sport serves as a technical department with direct specialty in looting and illicit trafficking cases. At a national level, this department manages trafficking cases, facilitates cooperation across offices and policing agencies, provides training regarding the collection of evidence in these cases, and aids in the development of policies to reduce theft and trafficking of heritage items. They also promote the signing of inter-institutional agreements across Guatemala's government ministries (for example with the Public Ministry in 2013 and the Tax Administration in 2015) to aid in investigations related to illicit trafficking of art.

At an international level, the office is tasked with monitoring public art sales for potentially-stolen Guatemalan pieces, presenting formal claims to Guatemalan pieces abroad, and alerting relevant governments bodies abroad and NGOs to thefts, by example through reporting stolen pieces to Interpol's database. The office represents Guatemala in international meetings, including those related to the 1970 UNESCO Convention, and plays an important role in the development of bilateral



and multilateral agreements related to the prevention of art trafficking.

There have been attempts to create a specialised policing unit focusing on heritage crimes in Guatemala, and for a period there were dedicated agents based in the Unidad de Robos y Atracos of the División Especializada en Investigación Criminal de la Policía Nacional Civil tasked with investigating heritage crime cases. However, they were eventually reassigned to non-heritage-related theft cases due to the incredible workload of that unit. Both the Fiscalía and the Departamento de Prevención y Control de Tráfico Ilícito de Bienes Culturales however, may make investigation requests to the police and the police are obliged to provide their support. Both offices also maintain a strong working relationship with Guatemala's Interpol NCB. There is an active training regime for Guatemalan police officers related to this topic, particularly within the police's División de Protección a la Naturaleza.

Considering different circumstances, individuals with information about heritage crimes file a complaint with either the police or the Public Ministry, and preferably directly with the Fiscalía. Depending on who receives the claims, questions about the case are directed to the Fiscalía. Subsequently, the Departamento de Registro de Bienes Culturales y Coloniales of the Dirección General del Patrimonio Cultural y Natural in the Ministry of Culture and Sport is consulted to see if the piece(s) in question have been previously registered. If so, an Object ID-based theft report is prepared. If not, and photographs are available, a technical report about the object is issued. The reporting individual or organisation is requested further information to prepare an Object ID-based theft report.

Within Guatemala, this report is disseminated to the Fiscalía of the Ministerio Público, the Interpol NCB (reporting to Interpol database), customs, the Ministerio de Relaciones Exteriores, ICCROM Guatemala, and Guatemala's UNESCO office. Details are also disseminated through several Facebook pages to raise awareness in the general public. Internationally, the Ministerio de Relaciones Exteriores is charged with transferring information about the crime in question to relevant partner countries. On a more informal level, officials within the Departamento de Prevención y Control de Tráfico Ilícito de Bienes Culturales and the Fiscalía share details of heritage crimes directly with officials and insti-

tutions in countries such as Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay, Costa Rica, El Salvador, Honduras and Mexico when necessary.

Within Latin America, Guatemala has signed bilateral cultural property-related agreements with México, Perú, and Belize; and has further agreements with the USA and Egypt. They are signatories of the OAS Convención de la OEA sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, the Convención Centroamérica para la Protección del Patrimonio Cultural, the Convención Centroamericana para la Restitución y el Retorno de Objetos, and the Convención Centroamérica para la Realización de Exposiciones de Objetos Archaeological, Historical and Artistic, some of which have resulted in mutual returns of stolen art objects.

### 3.8 Honduras

The issue of illicit transfer and looting of artefacts in Honduras first came to public attention in the mid-nineteenth century, when many objects were looted from sites such as the UNESCO World Heritage Site Copán. Faced with these issues, the first measure taken by the central government was to establish Agreement N°. 4 (January 28, 1845) which prohibited for individuals from removing cultural objects from Copán and placed the site in the custody of local authorities. In 1900, Agreement N°. 127 elaborated on the previous agreement by prohibiting the export of artefacts from Copán, as well as other archaeological sites in Honduras. Between 1927 and 1934, a series of agreements were issues concerning the safeguarding of Copán, which remains a site at particular risk for heritage crime.

July 1952 saw the establishment of the Instituto Hondureño de Antropología e Historia (IHAAH) with the mission of carrying out the protection, conservation, investigations, and dissemination of Honduras' cultural heritage. In 1994, the Fiscal Especial para Grupos Étnicos y Patrimonio Cultural was created, which was attached to the Public Ministry. For the past 30 years, the Unidad de Registro y Control of the IHAAH has kept an archive of all cultural objects stolen from museums, churches, and private collections. The information in this archive was gathered after the objects were reported as stolen to cultural institutes, police, government, and even through the media.

Honduras has ratified various international conventions such as the 1954 Hague Convention, 1972 UNESCO convention, 1976 Convenciones sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, histórico y artístico de las naciones Americanas, 1992 Convención Centroamericana para la restitución y el retorno de objetos arqueológicos, históricos y artísticos, and the 2003 Convention for the safeguarding of intangible cultural heritage. In Honduras' Penal Code, article 4 of the law for the protection of cultural heritage of the nation, via Decree 220-97 (1997), established that Honduran cultural heritage remains a permanent, inalienable, imprescriptible, and non-tradeable property of the country. The purchase and sale of cultural heritage is completely prohibited in Honduras. However, at the same time, article 5 of the same Decree, established that privately-owned cultural objects (such as collections of religious institutes, or those who gained possession of artefacts before the law was ratified) are prohibited from sale and commercialisation. However, they can be transferred to the IHAH for custodianship.

### 3.9 Nicaragua

The policing of heritage crime in Nicaragua consists of a three-way amalgam between the Dirección de Investigaciones Económicas (DIE-PN) of the National Police, the Instituto Nicaragüense de Cultura (INC) and the Dirección Nacional de Patrimonio Cultural (DNPC). In the case of cultural heritage crimes, the DIE-PN works in close collaboration with the Nicaraguan Institute of Culture, which is the main governmental body concerned with the protection, conservation, repatriation, and promotion of the *Patrimonio Cultural de la Nación*.

When crime is reported, the collaboration between the National Police and the INC will result in a cooperation, depending on the type of crime, with one of the directorates of the DNPC. The overarching Directorate for Cultural Heritage deals primarily with the technical coordination of crimes concerning the illicit trafficking of cultural objects and crimes against tangible cultural heritage. The DNPC maintains the Registro Nacional de Bienes Culturales y de la Creación Artística that registers all known artefacts that exist within Nicaraguan national territory with the purpose of registering its description, ownership, and state of conservation. Additionally, the DNPC is the main body for carrying

out exit controls of cultural objects that are not declared Cultural Heritage of the Nation, by providing export certificates. The exit of assets that are declared Cultural Heritage of the Nation is prohibited, unless it concerns scientific study or loan-agreements for temporary exhibition.

Other Directorates the National Police and INC work with are the National Directorate of Archaeology, which controls permits for archaeological and paleontological investigations carried out at national level; the Rubén Darío National Library and General Archive of the Nation which is concerned with the protection of documentary heritage and provides assistance with crimes concerning these specific assets; and the National Museum Directorate that manages public and private museums and supports managers therein with the protection of cultural property within the museum. Overarching all these Directorates is the Legal Advice Department that supports the Directorates, as well as the DIE-PN and INC, especially with the coordination and collaboration with the Attorney General's Office who acts as the state's legal representative.

Heritage crime can be reported to the National Police, or directly to the INC. In the event of a crime reported directly to INC, they immediately communicate to one of the Directorates listed above to start on-site inspection. Additionally, the DIE-PN is informed and, if necessary, the Customs Agency. On-site technical inspection is done to determine the scope of the event and to inventory the cultural objects involved. A valuation of the damages to the site and artefacts is assessed and an authentication check is executed. This results in a technical report that is disseminated to all Directorates, the INC, and the DIE-PN, the Attorney General's Office and the Legal Advice Department. In the event that a heritage crime is directly reported to the DIE-PN, the police investigation procedure starts with notifying the INC who then executes the previous discussed steps providing expert documentation about the cultural assets.

Nicaragua is a signatory to various international decrees such as Aprobación de la Convención Sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (1976), and Aprobación de las Convenciones Centroamericanas para la Restitución y el Retorno de los Objetos Arqueológicos, Históricos y Artísticos; para la Realización de Exposiciones de Objetos Arqueológicos, Históricos y Artísti-

cos; y para la Protección del Patrimonio Cultural (1998).

### 3.10 Panamá

The Dirección Nacional del Patrimonio Histórico (DNPH) of the Ministry of Culture oversees the country's national heritage. In the case of illicit trafficking, or damage to monuments, law N° 14 (1982, modified law N° 58, 2003) provides the DNPH with the authority to carry out sanctions, such as fines. In 2015, the Penal Code was adapted, resulting in article 214, section 10, arguing that five to ten years in prison can be sanctioned in the case of theft of national historical heritage, as well as objects that hold scientific, religious, cultural, or artistic value. With this adaptation of the Penal Code, the investigation and protection of cultural objects became part of the Public Ministry's responsibility.

Heritage crimes are usually reported to the police or directly to the DNPH.

### 3.11 Paraguay

In Paraguay, there is no dedicated police force for heritage crime. However, by presidential Decree N° 5.375 (2016), the Comisión Nacional de Prevención y Combate al Tráfico Ilícito de Bienes Culturales was created. The Committee is represented by members from the Secretaría Nacional de Cultura, the Ministries of Foreign Affairs and Interior, the National Police, Interpol, Customs Agency, Secretaría Nacional de Turismo, and the Public Ministry. In the case of a heritage crime such as theft, the Public Prosecutors Office informs the Committee who then reports the crime to Interpol for quick dissemination into its database. Additionally, the Committee notifies, via the National Police, the customs agencies of Argentina and Brazil.

Paraguay is a member and signatory of various international and regional collaborations. They are a member of MERCOSUR, specifically MERCOSUR Cultural, and the Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). Concerning CELAC, Paraguay was a signatory of the Declaration of Belén (2015) in which article 25 declared that all member states should 1) create a voluntary registry of material cultural assets, 2) use international networks to repatriate illegally stolen cultural property and 3) have the Cultural Ministers

of CELAC countries establish a strategy for defining 'cultural assets'.

Paraguay's strengths regarding policing of heritage crime include the involvement and knowledge of the civil population and institutions concerning national heritage, the various training courses on the prevention of illicit trafficking and the combatting of online trafficking. However, the absence of a heritage crime unit and a lack of economic resources are considered areas for improvement.

### 3.12 Perú

Heritage crime in Perú can be classified as either administrative or criminal, based on the nature of the offence, and each follows a different reporting and investigative pathway.

Article 49 of the Ley General de Patrimonio Cultural (Ley N° 28296, 2007), which charges the Ministry of Culture with levying fines, as well as seizing or confiscating cultural objects that are considered to be *Patrimonio Cultural de la Nación*, defines a series of administrative heritage crimes. These crimes involving cultural objects include: not registering them with the ministry, damaging them, attempting to export them without a permit from the Instituto Nacional de Cultura, and illegal excavation.

Investigation of administrative crimes is undertaken by the Dirección de Control y Supervisión of the Dirección General de Defensa del Patrimonio Cultural (DGDPC) of the Ministry of Culture, which is based in Lima. If a case involves the illicit trafficking of cultural objects, or the investigation of artefacts that have left Perú without proper authorization, the Dirección de Recuperaciones, also within the DGDPC of the Ministry of Culture, play a prominent role. These directorates investigate and produce a technical report that provides the details of the heritage crime and includes how the offender was identified. Following the production of this report, the DGDPC imposes the correct penalty on the offender (fine and/or confiscation) under the law. Beyond Lima, these penalties are, in theory, imposed by the Direcciones Desconcentradas de Cultura of each region, but in practice only the Cuzco region maintains a specific body to impose heritage crime sanctions, and the DGDPC in Lima imposes heritage crime penalties for the rest of the country.



Heritage crimes that are classified as criminal in Perú are defined by the Penal Code (1991). Articles 186 and 189 of the Penal Code specifically note that theft or robbery of “the cultural heritage of the Nation” is to be considered aggravated under the law, thus carrying significantly increased custodial sentences. Articles 226 through 231 define a series of criminal offences against, specifically, pre-Hispanic cultural objects (as well as other cultural objects that have been defined as *bienes culturales*) all of which carry significant custodial sentences. These crimes include knowingly excavating, removing, or destroying pre-Hispanic cultural objects from heritage sites, illegally exporting or commercializing pre-Hispanic cultural objects, and corruption on the part of public officials during the commission of any of these other crimes.

To investigate criminal cases as defined above, Peru maintains the Unidad de Delitos contra el Patrimonio Cultural within the Dirección de Policía Fiscal. This unit of about 5 officers has jurisdiction over criminal heritage crime cases throughout the entire country, however in practice most of their work is office-based and conducted in Lima, where the support cases that are being actively investigated by a public prosecutor. In that vein, the Public prosecutor’s office maintains expertise in heritage crimes. Currently there is one senior prosecutor and two deputy prosecutors who are present during inspections of crimes at heritage sites and who are in charge of maintaining heritage crime case files and gathering evidence, however much of the actual investigation of the particulars of these crimes is undertaken by experts within the Ministry of Culture. If the Public Prosecutor believes there is basis for criminal proceedings, the case goes to court. It is worth noting, again, that while the Unidad de Delitos contra el Patrimonio Cultural has jurisdiction over heritage crimes in the whole country, there are no regional offices or heritage crime subunits, and thus no specialized police or prosecutor presence beyond Lima. In Cuzco, heritage crimes cases are often managed by the police working with the Tourism Public Prosecutor. Beyond, police units with regional jurisdiction and prosecutors on duty manage heritage crime cases.

## 4 Conclusion

As evidenced by this state-by-state survey, different Latin American countries apply different strategies to the policing of heritage crime. Those strategies are largely governed by three factors: the scope and scale of heritage crime within the country; the administrative structure of the country’s governmental institutions and policing agencies; and the legal framework that defines heritage crime and mandates protection. While some similarities exist across various Latin American states regarding these three factors, our survey illustrates the need for a context-specific understanding of heritage crime policing on a state-by-state basis.

For example, Argentina, Brazil and Chile have established police units dedicated to cultural heritage crimes within the federal police, and either maintain their own database (Argentina, Chile) or a register of cultural assets stolen or missing from various institutes (Brazil). Countries such as Costa Rica, Nicaragua, and Colombia have dedicated police officers within police units that are not solely concerned with cultural heritage, but also with, for example, tourism, environmental crimes, property theft, or economic crimes. Additionally, other countries rely primarily on Ministerial expertise in conjunction with normal police investigations, as there is no police unit dedicated to heritage crimes (Paraguay, Honduras).

Representatives from many of the countries contacted for this survey cited that a lack of specialised personnel and high workloads were relative weaknesses in their efforts to protect cultural objects from crime. Overall, a lack of economic resources for development in policing in this area, despite a general sense that protection of heritage objects is of national interest, was considered the primary barrier to improved policing of heritage crime among several respondents. This response parallels the findings of a 2019 study in which representatives within comparable ministries and agencies within Europe cited lack of funding and funding-related staffing issues as a significant barrier to effective heritage crime prevention<sup>14</sup>. Although many of the countries in this

<sup>14</sup> Brodie, Neil; Yates, Donna; Slot, Brigitte; Batura, Olga; van Wanrooij, Niels; op ‘t Hoog, Gabrielle. *Illicit Trade in Cultural Goods in Europe: Characteristics, criminal justice responses and an analysis of the applicability of technologies in the combat against the trade*. Report. Directorate-General for Education, Youth, Sport and Culture. Brussels: European Commission, 2019. Available at: <https://op.europa.eu/>

survey have a completely different economic reality than those within Europe, it is notable that money is an issue in both locations. The financial commitment to heritage crime policing is a clear area where further research is needed.

Overall, there is increased cooperation in the region, and in cases of theft of cultural objects, Interpol is a partner for all countries discussed in the survey. The different coordination efforts in Latin America, such as El PACcTo, AMERIPOL, and MERCOSUR (Cultural), show increasing efforts of the states to combat the illicit trafficking of cultural heritage, and to establish both formal and informal communication lines between countries. There is an important factor here for the national law enforcement agencies of Latin American countries, as these regional collaborations are between law enforcement agencies, and not via cultural institutions. Therefore, police agencies are often the first line of defence when crimes against heritage occur. Having a limited line, or absent, first line of defence can result in increased crime against heritage. The exact form that these regional cooperation efforts take in heritage crime cases and analysis of their effectiveness, then, is another clear area to direct further research.

This article is a first step to widen the discourse of heritage crime policing focusing specifically on policing strategies in Latin America. Through this survey, we aimed to provide an overview of various police practices within this crime 'niche' and to shed a light on police cooperation in the region. We also consider this to be a call to action for more research to be conducted on heritage crime policing generally, and Latin America specifically. Although in Latin America, the political backing of the policing of heritage crime is greater than, for example, in Europe<sup>15</sup>, further research into police cooperation in Latin America, and national police practices 'on the ground' can uncover the daily routines and decision-making processes of those tasked with protecting cultural heritage. In that way, we can have a more detailed knowledge of how individual police practitioners shape the policing of heritage crimes.

---

en/publication-detail/-/publication/d79a105a-a6aa-11e9-9d01-01aa75ed71a1. Accessed on: March 2, 2021.

<sup>15</sup> BLOCK, Ludo. European police cooperation on art crime: Comparative overview. *Journal of Art Crime*, v. 5, n. 1, p. 13-26. 2011.

## Acknowledgements

We would like to thank the respondents who took the time to carefully respond to our questions during this project. We would also like to thank Diana Berzina for her support in producing this paper and Camila Malig Jedlicki for her assistance with translating. This project has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (grant agreement n° 804851).

## References

- BLOCK, Ludo. European police cooperation on art crime: Comparative overview. *Journal of Art Crime*, v. 5, n. 1, p. 13-26. 2011.
- Agencia EFE. *Bolivia recovers stolen art thanks to help from U.S. couple*. April 9, 2015. Available at: <https://www.efe.com/efe/english/life/bolivia-recovers-stolen-art-thanks-to-help-from-u-s-couple/50000263-2582190>. Accessed on: March 2, 2021.
- Brodie, Neil; Sabrine, Isber. The illegal excavation and trade of Syrian cultural objects: a view from the ground. *Journal of Field Archaeology*, v. 43, n. 1, p. 74-84. 2018
- Brodie, Neil; Yates, Donna; Slot, Brigitte; Batura, Olga; van Wanrooij, Niels; op 't Hoog, Gabrielle. *Illicit Trade in Cultural Goods in Europe: Characteristics, criminal justice responses and an analysis of the applicability of technologies in the combat against the trade*. Report. Directorate-General for Education, Youth, Sport and Culture. Brussels: European Commission, 2019. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d79a105a-a6aa-11e9-9d01-01aa75ed71a1>. Accessed on: March 2, 2021.
- CLARÍN. Los detienen en un control de rutina cuando querían contrabandear obras de arte hacia Uruguay. September 7, 2015. Available at: [https://www.clarin.com/policiales/gualeguaychu-caen-querian-contrabandear-uruguay\\_0\\_r1otP7tP7e.html](https://www.clarin.com/policiales/gualeguaychu-caen-querian-contrabandear-uruguay_0_r1otP7tP7e.html). Accessed on: March 2, 2021.
- Coggins, Clemency. Illicit traffic of pre-Columbian antiquities. *Art Journal*, v. 29, Autumn, p. 94-114. 1969.

- Coggins, Clemency. New legislation to control the international traffic in antiquities. *Archaeology*, v. 29, n. 1, p. 14-15. 1976.
- Coggins, Clemency. United states cultural property legislation: Observations of a combatant. *International Journal of Cultural Property*, v. 7, n. 1, p. 52-68. 1998.
- El PACcTO. *New cooperation tools to investigate trafficking in cultural property* [press release]. June 23, 2020. Available at: <https://www.elpaccto.eu/en/news/new-cooperation-tools-to-investigate-trafficking-in-cultural-property/>. Accessed on: March 2, 2021.
- Europol. *101 arrested and 19,000 stolen artefacts recovered in international crackdown on art trafficking* [press release]. May 6, 2020. Available at: <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/101-arrested-and-19000-stolen-artefacts-recovered-in-international-crackdown-art-trafficking>. Accessed on: March 2, 2021.
- Gilgan, Elizabeth. Looting and the market for Maya objects: A Belizean perspective. In: Brodie, Neil; Doole, Jennifer; Renfrew, Colin (Eds.). *Trade in illicit antiquities: The destruction of the world's archaeological heritage*. Cambridge: McDonald Institute, 2001. p. 425-442.
- Gutchen, Mark. The destruction of archaeological resources in Belize, Central America. *Journal of Field Archaeology*, v. 10, p. 217-227. 1983.
- Hardy, Samuel Andrew. *Illicit trafficking, provenance research and due diligence: The state of the art*. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), 2016.
- Kerr, John. *The securitization and policing of art theft: The case of London*. London: Routledge, 2016.
- Mackenzie, Simon; Brodie, Neil; Yates, Donna. *Trafficking Culture: New Directions in Researching the Global Market in Illicit Antiquities*. New York: Routledge, 2020.
- Mackenzie, Simon; Davis, Tess. Temple looting in Cambodia. Anatomy of a statue trafficking network. *British Journal of Criminology*, v. 54, n. 5, p. 722-740. 2014.
- Manacorda, Stefano; Chappell, Duncan. (Eds.). *Crime in the art and antiquities world: Illegal trafficking in cultural property*. New York: Springer Science & Business Media, 2011.
- Oosterman, Naomi. Regional overviews of the policing of art crime in the European Union. In: Hufnagel, Saskia; Chappell, Duncan. (Eds.). *The Palgrave Handbook on Art Crime*. London: Palgrave Macmillan, 2019.
- Paredes Maury, Sofia. *Surviving in the rain forest: The realities of looting in the rural villages of El Petén, Guatemala*. FAMSÍ Reports, 1999. Available at: <http://www.famsi.org/reports/95096/95096ParedesMaury01.pdf>. Accessed on: March 21, 2016.
- Polk, Kenneth; Chappell, Duncan. Policing and prosecution of heritage crime: revisiting the Cordata—just how organised is the international traffic in cultural heritage?. In: Mitsilegas, Valsamis; Hufnagel, Saskia; Moiseenko, Anton. (Eds.). *Research Handbook on Transnational Crime*. London: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Robertson, Marle Green. Monument thievery in Mesoamerica. *American Antiquity*, v. 37, n. 2, p. 147-155. 1972.
- Rodríguez Temiño, Ignacio; Roma Valdés, Antonio. Fighting against the archaeological looting and the illicit trade of antiquities in Spain. *International Journal of Cultural Property*, v. 22, n. 1, p. 111-130. 2015.
- Yates, Donna. Displacement, Deforestation, and Drugs: Antiquities Trafficking and the Narcotics Support Economies of Guatemala. In: Kila, Joris; Balcells, Marc. (Eds.). *Cultural Property Crime. An overview and analysis contemporary perspectives and trends*. Leiden: Brill, 2014. p. 21-36.
- Yates, Donna. Church theft, insecurity, and community justice: The reality of source-end regulation of the market for illicit Bolivian cultural objects. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 20, n. 4, p. 445-457. 2014.
- Yates, Donna. Illicit cultural property from Latin America: Looting, trafficking, and sale. In: Desmarais, Françoise. (Ed.). *Countering illicit traffic in cultural goods: The global challenge of protecting the world's heritage*. Paris: ICOM, 2015. p. 33-46.
- Yates, Donna. Reality and practicality: Challenges to effective cultural property policy on the ground in Latin America. *International Journal of Cultural Property*, v. 22, n. 2-3, p. 337-356. 2015.
- Yates, Donna. The global traffic in looted cultural objects. In: Rafter, Nicole; Carrabine, Eamonn. (Eds.). *The Oxford Encyclopedia of Crime, Media, and Popular Culture*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Yates, Donna. Cultural heritage offences in Latin America: Textile traffickers, mummy mailers, silver smugglers, and virgin vandals. In: Hufnagel, Saskia; Chappell, Duncan. (Eds.). *The Palgrave Handbook on Art Crime*. London: Routledge, 2019. p. 483-501.



Yates, Donna; Mackenzie, Simon; Smith, Emiline. The cultural capitalists: Notes on the ongoing reconfiguration of trafficking culture in Asia. *Crime, Media, Culture*, v. 13, n. 2, p. 245-254. 2017.

Yates, Donna; Tremain, Cara Grace. (Eds.). *The Market for Mesoamerica: Reflections on the Sale of Pre-Columbian Antiquities*. Gainesville: University Press of Florida, 2019.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The principles of Cultural  
Heritage Law based on the  
Polish Law as an example**

**Os princípios do Direito do  
Patrimônio Cultural baseados  
no Direito Polonês como um  
exemplo**

Małgorzata Joanna Węgrzak

Kamil Zeidler

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# The principles of Cultural Heritage Law based on the Polish Law as an example\*

## Os princípios do Direito do Patrimônio Cultural baseados no Direito Polonês como um exemplo

Małgorzata Joanna Węgrzak\*\*

Kamil Zeidler\*\*\*

### Abstract

The aim of this paper is to discuss the principles of cultural heritage law with a double perspective: under the lights of the philosophy and general theory of law and under the influence of the Polish legal vision. Among the whole set of legal norms, principles of law are of particular importance. The attribute that gives a legal norm the status of a principle is its importance for the legal system. In this paper the international, European and domestic principles of cultural heritage law in force in Poland will be discussed. With reference to the methodology, the research was undertaken at several levels, corresponding to the chapters of the papers. The conceptual apparatus of public and private law has mainly been used. The methodology adopted on the basis of the general theory and philosophy of law, in turn, made it possible to analyse the research problem (a catalogue of principles of cultural heritage protection law), and the dominant method in the research was the dogmatic one supported – if necessary- by the axiological method. An analysis of legal regulations in force in Poland was of significant importance for the formulation of a catalogue of principles of cultural heritage law. It was also essential to take into account the views of doctrine and the case law. The application of the above mentioned research methods was necessary due to the complexity of the research conducted to create a catalogue of principles of cultural heritage law and to build new solutions for separating this comprehensive branch of law.

**Keywords:** Cultural heritage law. Cultural heritage. Principles of law. Cultural property. Protection of cultural heritage. Historical monuments.

### Resumo

O objetivo deste artigo é discutir os princípios do direito do patrimônio cultural. Entre todo o conjunto de normas jurídicas, os princípios de direito são de particular importância. O atributo que confere a uma norma jurídica o estatuto de princípio é a sua importância para o ordenamento jurídico. Uma divisão significativa dos princípios jurídicos introduz uma distinção entre os princípios formulados diretamente no texto jurídico (princípios explícitos), os princípios intérpretes do texto jurídico, embora não expressos

\* Recebido em 10/08/2020  
Aprovado em 04/03/2021

\*\* PhD, adjunct at the Department of Human Rights and Intellectual Property Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdańsk (Poland), attorney at law, NAWA PROM scholarship holder at the Charles III University in Madrid (Spain); awarded in the competition of the General Conservator of Monuments in Poland and the Association of Monuments Conservators for scientific work on monument protection and museology in 2019, PhD on the subject of “The principles of the cultural heritage protection law in the administrative courts’ decisions”. Research interests include in particular the issues of cultural heritage protection law and intellectual property law in Polish.  
E-mail: malgorzata.wegrzak@ug.edu.pl

\*\*\* Professor of law at the Department of Theory and Philosophy of State and Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdansk (Poland). Author of more than 500 publications on theory and philosophy of law, legal protection of cultural heritage, and public international law (including: Restitution of Cultural Property. Hard Case - Theory of Argumentation - Philosophy of Law, Gdansk University Press - Wolters Kluwer, Gdansk-Warsaw 2016); had lectures at many universities in Poland and abroad; member of international scientific associations: Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie (IVR), International Law Association (ILA), International Council on Monuments and Sites (ICOMOS), International Council of Museums (ICOM); ICCROM'S Council member (2017–2021). Director of the Centre for East Asian Studies at the University of Gdansk.  
E-mail: kamil.zeidler@ug.edu.pl



explicitamente no texto jurídico (princípios implícitos), e os princípios de direito não expressos em atos legislativos, mas constituindo um elemento de cultura jurídica (princípios implícitos de segundo grau) e fazendo parte do sistema de direito. A lei de proteção do patrimônio cultural é agora considerada um ramo abrangente do direito. Um dos critérios básicos para separar um ramo do direito é a existência de seus próprios princípios de direito, premissa que se cumpre em relação ao catálogo de princípios apresentado no artigo. Torna-se significativo o impacto real da jurisprudência do tribunal na interpretação dos regulamentos legais relativos à legislação de proteção do patrimônio cultural, porém a maior influência pode ser observada no estabelecimento de seus próprios princípios. O princípio fundamental é o princípio da proteção do patrimônio cultural. Entre este princípio podem ser distinguidos outros princípios do direito de proteção do patrimônio cultural em particular (com a ressalva de que o catálogo apresentado no artigo tem caráter aberto): o princípio do acesso ao patrimônio cultural, o princípio da integridade do patrimônio cultural, o princípio da proteção da propriedade, o princípio da utilidade social, o princípio do controle da preservação do patrimônio cultural, o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da mudança do valor de utilidade do patrimônio cultural ao longo do tempo, o princípio do financiamento de um monumento histórico pelo proprietário, o princípio do financiamento com recursos públicos; princípio da proporcionalidade. Tal catálogo dos princípios relativos à lei de proteção do patrimônio cultural deve ser formulado.

**Palavras-chave:** direito do patrimônio cultural, patrimônio cultural, princípios de direito, propriedade cultural, proteção do patrimônio cultural, monumentos históricos

## 1 Introduction

The principles of law are components of a dynamic and highly complex system: the law of contemporary society. As part of a general theory of law they are recognised not as an isolated discourse but as a decisive element for the dynamization of the legal culture. They are one of the most significant normative constructs, becoming, at the same time, the popular subject of legal research in both theoretical and dogmatic perspectives. The feature that gives a legal norm the status of a prin-

ciple of law is its importance for the legal system. What can be easily observed, the system of law is recognised as a set of norms with similar logical dependencies and it is based on common principles. Thus it is the very definition of a system of law that determines the importance of principles in its creation, and the lack of principles makes it impossible to name such a set of norms a system of law.<sup>1</sup> The legal principles deserve also particular attention especially because of the fact that at present they have become the most important instrument of judicial activism. Legal cases are more or less difficult to solve, depending on the difficulty of finding a unique optimal equilibrium and the principles become a guidance for the executive authorities to make a decent decision.<sup>2</sup>

In modern jurisprudence it is accepted that principles of law are used in two main meanings - descriptive and directive. In this article latter meaning is adopted. Although it should be noted that there is no one universally accepted definition of the principles of law and multitude of concepts exist. As directive statements, they might be interpreted from legal acts and they assign their addressees in certain circumstances a given pattern of behavior. The principles of law might also be seen as legal norms that protect an important good, express certain values and serve to implement specific ideas. Thus legal principles are understood as legal norms which order (forbid) the realization of a certain value.<sup>3</sup>

Currently, the axiological provenance and normative content of the principles of law as well as their functions in the legal order with a special regard to application and interpretation of law by courts become very crucial. Ronald Dworkin pointed out that the law, which is the ground for judicial judgements, consists of rules and principles. It must be noted that judges resolve ca-

<sup>1</sup> See: KORDELA, M. *Zasady prawa: studium teoretycznoprawne: the principles of law: theoretical legal studies*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2014.

<sup>2</sup> See: MORAWSKI, L. *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian: main problems of modern law philosophy: law in the process of transformation*. Warsaw: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 2003.

<sup>3</sup> ZEIDLER, K. *Przestrzenie badawcze prawa ochrony dziedzictwa kultury: research areas of the law on the protection of cultural heritage*. *Gdańskie Studia Prawnicze*, v. 32, p. 147-154, 2015. See also: TKACZ, S. *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawnoznawstwie: od dogmatyki do teorii: the integrated concept of the principles of law in Polish jurisprudence: from dogmatic to theory*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2014.

ses basing on such principle, even against what a rule established.<sup>4</sup>

In turn, Manuel Atienza and Jose Manero developed this idea and stipulated that the difference between rules and principles, as far as the conditions for their application seems to be a matter of grade. It must be stressed that is not the legal text that determines which category the legal norms fall into, but the way it is used in the law enforcement process. It is therefore not the legislator who gives norms the status of rules or principles, but the interpreter who decides how he uses a legal text. The distinction of the catalogue of principles is strongly associated with case law and the doctrine that determine which norms constitute principles of law. The normative basis for decisions is a specific legal provision in a normative act, and principles of law are used as arguments in favour of the decision that is taken.<sup>5</sup>

According to Slawomira Wronkowska the special role of legal principles in the legal system is that: first of all, they set the course of legislator's actions. They indicate what the legislator should achieve by making laws and what values in the legislative process must not be infringed. Moreover they mark certain ways of shaping some legal institutions; secondly, they guide the interpretation of the law, which is very important as legal principles are also interpretative directives; thirdly, they demonstrate the directions of application of the law; finally, fourthly, they direct how to deal with the different rights that are available for its holders.<sup>6</sup> Equally important, legal principles are often optimisation directives. It means that some of them set certain ideas and goals that should be implemented as much as possible, taking into account factual and legal possibilities. It has to be noted that the ideal situation might never be achieved.

<sup>4</sup> See: DWORKIN, R. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.; DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>5</sup> See: ATIENZA, M.; MANERO, J. R. *A theory of legal sentences*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1999.; ATIENZA, M. Is legal positivism a sustainable legal theory? In: GIZBERT-STUDNICKI, T.; STELMACH, J. (eds.). *Law and legal cultures in the 21 st Century: diversity and unity*. IVR World Congress, 23. August 1-6, 2007. Cracow, Poland. Warsaw: Wolters Kluwer, 2007.; ATIENZA, M. On the reasonable in law. *Ratio Juris*, v. 3, n. 1, 1990.; ATIENZA, M.; MANERO J. R. Permission, principles and rights: a paper on statements expressing constitutional liberties. *Ratio Juris*, v. 9, n. 3, p. 236-247, 1996.

<sup>6</sup> WRONKOWSKA, S.; ZIELIŃSKI, M.; ZIEMBIŃSKI, Z. *Zasady prawa: zagadnienia podstawowe: the principles of law: basic concepts*. Warsaw: Przedsiębiorstwo Wydawnicze Ars boni et aequi, 1974. p. 187.

In turn, legal rules should be made in accordance with factual possibilities of their application. On the contrary, principles of law may set the directions and objectives that lead to the desired state, even when it is known that it is very distant from reality.

In this paper the principles of the protection of cultural heritage law will be discussed. It demonstrates how the philosophical legal concepts are useful in studies on cultural heritage protection law and its principles. The extensive research conducted at present in the indicated scope exposed the existence of them in the cultural heritage law and became the basis for their suggested catalogue.<sup>7</sup>

In the process of implementing cultural heritage law, there is also a need to weigh legal principles in relation to the values they protect. Conflicting values or legal requirements can make rationally deduced solutions unattainable and they need to be weighed in the process of implementing the law and in search of equilibrium between them. There is a controversy what values should be given priority to a particular case and it is common that the courts' decisions become discretionary. The decision concerning the "superiority" of one principle to another is connected with a court ruling in a concrete case and in another case a completing different "weighing up" of values might be made. The actual impact of the court jurisprudence on the interpretation of legal regulations concerning cultural heritage protection and explanation of the meaning of law becomes significant, however the greatest influence can be seen in establishing of its principles.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> ZEIDLER, K. *Zasady prawa ochrony dziedzictwa kultury: propozycja katalogu: the principles of the law on the protection of cultural heritage: the proposed catalog*. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, n. 4, 2018. p. 147; WĘGRZAK, M. *Zasady prawa ochrony dziedzictwa kultury w orzecznictwie sądów administracyjnych: the principles of cultural heritage protection law in administrative courts' decisions*. Gdańsk-Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2020. p. 107.

<sup>8</sup> WĘGRZAK, M. *Zasada dostępu do zbiorów muzealnych a ich ochrona: the principle of access to museum collections and the principle of cultural heritage protection*. In: GREDKA-LIGARSKA, I.; ROGACKA-LUKASIK, A. (eds.). *Muzea: aspekty praktyczne i prawne: museums: practical and legal aspects*. Sosnowiec, 2018. p. 13-20; WĘGRZAK, M. *Zasada społecznej użyteczności zabytków w kontekście turystyki kulturowej: the principle of social utilities of cultural heritage with reference to cultural tourism*. In: DOBOSZ, P.; GÓRNY, W.; MAZUR, A.; KOZIEN, A. (eds.). *Prawo ochrony dóbr kultury, jako narzędzie innowacyjności turystycznej w strukturach lokalnych: the law of cultural goods protection as an instrument for tourism innovation in local structures*. Kraków: Publikacje Naukowe KN Prawnej Ochrony Dóbr Kultury, 2019. p. 41-57.

## 2 Typologies of the principles of law

Among the most important typologies of legal principles, the following should be distinguished: 1) legal principles explicitly formulated in legal texts (explicit principles); 2) those that might be interpreted from legal texts, although not explicitly expressed in them (implicit principles); 3) legal principles that are not expressed in legal acts but that are a part of the legal culture (implicit principles of second degree).

The binding character of some principle may be based on the fact that it has been explicitly formulated in the legal text, or that might be decoded from the legal text in the process of applying the law. A binding nature of legal principle may also be based on an uncontested doctrine opinion regarding its legal validity (positive justification), in the absence of legal provisions that excludes this principle from being applicable in a particular legal system (negative justification). Principles that have such a justification for their validity are undisputed components of historically shaped political and legal culture and can be considered as a kind of customary norms.

Based on another criterion of the division of legal principles, the following are distinguished: universal principles, understood as principles of the whole system of law, and particular principles, understood as the rules of a part of the legal system. Regarding this selection, more specifically, one can distinguish: 1) the general principles of system of law that are usually constitutional principles; 2) the principles of particular branches of law; and 3) the principles that are specific for a particular legal act. In this case they are treated as the regulatory ideas of the legal system, its individual branches, and sometimes specific legal regulations. Moreover, principles of law play a special role in the construction of the legal system, branches of law or legal institutions.<sup>9</sup>

Finally, the division of legal principles may concern their origin, i.e. distinguishing them: 1) principles of national law; 2) principles of European law; 3) principles of international law. However, due to the integration of these legal orders one and the same principle can be -

<sup>9</sup> See: WRONKOWSKA, S.; ZIELIŃSKI, M.; ZIEMBIŃSKI, Z. *Zasady prawa: zagadnienia podstawowe: the principles of law: basic concepts*. Warsaw: Przedsiębiorstwo Wydawnicze Ars boni et aequi, 1974.

and very often is - a principle of national law, European law and international law at the same time. The presented division is by no means a separate one. Some general principles can also be principles of a given branch of law while some of the particular ones are interbranches of law.

## 3 Cultural heritage law and its principles

While analysing the system of cultural heritage protection, it is not possible to limit it only to a normative analysis. The model of the system of cultural heritage protection should take into account at least three instruments: legal, financial and those that raise social awareness of the importance of the issue, including in particular public participation and the awareness of state authorities.<sup>10</sup> Anyway, in the article we focus on legal (normative) aspect on cultural heritage protection. What can be observed is the fact that the division of the legal system strictly into branches due to the mutual interaction of them and the influence of international law might be difficult in a situation of evolving legal culture. Depending on the tradition, methods of regulation and opinions of doctrine certain groups of legal norms regulating a specific sphere of social relations are considered to be a branch of law. The legislator rarely clearly defines to which branch of law he classifies the norms that he creates and it is mostly the work of jurisprudence and legal doctrine. It is worth noticing that at present the existence, next to or more often within several branches of law, the so-called comprehensive branches of law. The branches of law are understood as a set of legal norms separated according to specific criteria are accepted. One of the criterium for separating them of law is having its own principles of law. It should be stressed that cultural heritage protection law is recognized at present as a comprehensive branch of law and one of the most important prerequisite for its autonomy is the existence of its own legal principles.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> ZEIDLER, K. *Zabytki. Prawo i praktyka: historical monuments, law and practice*. Gdańsk–Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Wolter Kluwer, 2017. p. 79.

<sup>11</sup> See: ZEIDLER, K. *Prawo ochrony zabytków jako nowa gałąź prawa: cultural heritage protection law as a new branch of law*. In: ZEIDLER, K. (ed.). *Prawo ochrony zabytków: cultural heritage protection law*. Gdańsk–Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Wolter Kluwer, 2014. p. 28; ZEIDLER, K. *Zasady prawa ochrony*



What is worth mentioning here is that, there are a significant number of general principles of the legal system and the principles of individual branches of law that are relevant for the law on the protection of cultural heritage. It seemed, however, that the principles that are unique only for this complex branch of law might be simultaneously general principles of law or principles of individual branches of law. Nevertheless, they specify their content on the basis of the cultural heritage protection law. For example, given that the basic instruments for legal protection of monuments are provided by administrative law with a special regard to administrative procedure, all principles of the code of administrative procedure become principles of cultural heritage protection law. Similarly, certain principles of European law regarding the protection of European heritage are the principles of cultural heritage protection law, in particular the principle of subsidiarity, the principle of proportionality or the principle of sustainable development. Besides this the general principles of the system of law, such as the principle of access to information or decentralisation, are of the great importance. In this paper, however, the principles specific to cultural heritage protection law in Poland will be discussed.

Firstly, the constitutional principles shall be considered and among them the principle of cultural heritage protection. This principle has the character of the so-called metaprinciple of cultural heritage protection law, that not only other principles of law should be interpreted in the light of this principle but all provisions of national law without exception - both those that fall under cultural heritage protection law as well as others, classified under other branches of law.<sup>12</sup> On one hand it is the constitutional principle based on the preamble and Article 5 of the Constitution of the Republic of Poland, on the other hand it is so-called meta - principle of cultural heritage protection law. It is stipulated

that “The Republic of Poland shall [...] safeguard the national heritage and shall ensure the protection of the natural environment pursuant to the principles of sustainable development”.<sup>13</sup> In the light of this principle not only other principles of cultural heritage law but also legal regulations regarding given subject should be interpreted.

Another constitutional principle of cultural heritage - the principle of access to cultural objects - is expressed in Articles 6 and 73 of the Constitution. The first of these provisions imposes an obligation on state authority to provide conditions for equal access to cultural goods that are the source of the Nation’s identity, continuity and development. The constitutional order to preserve and promote cultural heritage can be designated to public authorities. The society, however, is also involved in these obligations. Historical and artistic goods have a special value because of their role as a link between past, present, and future. As seen from the above example, Article 5 of the Constitution of the Republic of Poland has a systemic meaning in the sense that its normative meaning extends to the whole system of law and the direct addressee of the obligation is the State in its entirety, and consequently all its organs; although of course this task is carried out by a specialised governmental administration (in Poland the Ministry of Culture and National Heritage).

The principle of cultural heritage protection, however, requires a broad systemic approach and needs correction of its interpretation. It has to be noticed that its linguistic interpretation in Polish law should not prevail. Literally it is prescribed to protect the national heritage only, regardless of the definition of a nation that it is commonly used such as political, ethnical etc - *a contrario* that there is no obligation to protect a heritage that is not national. Thus, it must be considered that the basis for the principle of cultural heritage protection is in Article 5 of the Constitution, but its content needs to be adjusted in the process of the interpretation of the law, taking into account the meaning of other legal provisions, the Constitution as well as the broader systemic context.

dziedzictwa kultury: propozycja katalogu: the principles of the law on the protection of cultural heritage: the proposed catalog. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, n. 4, 2018. p. 147; WĘGRZAK, M. Zasada ochrony dziedzictwa kultury w świetle wybranego orzecznictwa sądów administracyjnych: the principle of the protection of cultural heritage in the light of selected administrative courts’ decisions. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, v. 13, n. 3, p. 52-72, 2017. p. 52; LIESA FERNANDEZ, Carlos R. Cultura y derecho internacional: the culture and international law. *Cudernos de la Catedra de Democracia y Derechos Humanos*, Alcalá de Heranes - Madrid, n. 8, 2012. p. 52.

<sup>12</sup> BRODECKI, Z. (ed.). *Europa sędziów: Europe of judges*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2007.

<sup>13</sup> Constitution of the Republic of Poland, Journal of Law of 1997, No. 78, item 483 as amended.

## 4 The proposal of a catalogue of the principles of cultural heritage protection law

In an attempt to create a catalogue of the principles of cultural heritage protection law, the following will be discussed: the principle of protection of cultural heritage, the principle of access to cultural heritage, the principle of integrity of cultural heritage, the principle of property protection, the principle of social utility, the principle of control of preservation of cultural heritage, the principle of sustainable development, the principle of cultural heritage management, the principle of changing the utility value of cultural heritage over time, the principle of funding historical monument by the owner, the principle of funding from public resources, the principle of proportionality. It is worth noting that the given proposal is not closed and other principles might be found. In this paper some of the principles given above will be considered.

With regards to the principle of access to cultural heritage it must be stressed that cultural heritage property should be commonly available without imposing restrictions on the recipients of culture. However, the obligation to create conditions for the dissemination of cultural goods, should be implemented by taking into account the principle of cultural heritage protection and the principle of integrity of cultural heritage. The principle of access to historical monuments is also a constitutional principle, expressed in Articles 6 (1) and 73 of the Constitution of the Republic of Poland. The first of these provisions imposes an obligation on State authorities - stating that the Republic of Poland creates conditions for the dissemination and equal access to cultural goods, which is the source of the identity of the Polish nation, its duration and development; the second Article grants a subjective right, stating that everybody is provided with the freedom of artistic creation, scientific research and to announce their results, to teach and to use the cultural goods. This principle is situated in chapter II of the Polish Constitution: Freedoms, rights and obligations of the human being and the citizen, in the section devoted to freedoms and economic, social and cultural rights.

It has to be noticed that the principle of access to culture is limited by the principle of cultural heritage protection as well as the principle of integrity of cul-

tural heritage. The concept of integrity refers to the connection between an author and their creation and the protection of the personal and reputational, rather than monetary value of their work.<sup>14</sup> Thus the right of integrity is known as a right of an author to prevent all modification: revision, alteration, or distortion of their work, regardless of who owns the work. Two distinct objectives in the right of integrity may be found: the preservation of cultural heritage and the protection of an author's reputation and moral rights to their work. Moreover the issue of ownership of work, if it is recorded in a material form, might also be considered.

It is said that the principle of integrity of cultural heritage is similar to the principle of integrity of works in copyright. Some claim, however, that it differs significantly in purpose, because it is not much for the protection of the author's rights as for the protection of cultural heritage object itself from interference in its shape and form. Thus, it is directly connected with the recommendations developed on the basis of conservation theory. The preservation of the original is also in the public interest to maintain cultural heritage for the future generation and the concept of cultural heritage as a common good since because of its special qualities and values. It leads to the conclusion that cultural heritage is public property.<sup>15</sup>

Establishing the boundaries of compromise in the protection of cultural heritage becomes a challenge, especially the necessity to balance the public interest (general social interest) and the individual interest (investor or owner). One should argue that preservation of cultural property as a testimony of the past is in the public interest. The values that can be in conflict is the protection of cultural heritage, due to the social dimension of the protected value and private property. By emphasizing the goal of preserving the cultural heritage for future generations, the attention is displaced from the object of protection itself and its relations with the nation to the concept of protection of the interest of the

<sup>14</sup> NIŻANKOWSKA, A. M. *Pravo do integralności utworu: right to the integrity of the author's work*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2007. p. 89; See also: BARTA, J.; MARKIEWICZ, R. *Pravo autorskie: copy-right law*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2008.

<sup>15</sup> See: MERRYMAN, J. H. The public interest in cultural property. *California Law Review*, v. 77, n. 2, 1998.; PROTT, L. V.; O'KEEFE, P. J. 'Cultural heritage' or 'cultural property'?. *International Journal of Cultural Property*, v. 1, n. 2, 1992.; also: SAX, J. L. *Playing darts with a Rembrandt: public and private rights in cultural treasures*. Michigan: The University of Michigan Press, 2001.

successors. This principle does not reject the existing achievements in the field of restitution and repatriation of works of art, protection of monuments in the situation of warfare and it does not conflict with the solutions adopted in the European Union law concerning the return of illegally exported objects as well as the regulation of cross-border movement of monuments.<sup>16</sup>

The principle of property protection and the right of ownership has to be balanced with the protection of integrity of cultural heritage and the principle of protection of cultural heritage. As the protection of cultural property is not just in the owners' interests but in that of the whole society, their entitlements to possession of cultural objects are limited. This leads to the conflict between public and private good. In the light of this discussion on the interests, public or private, the principle of priority of interest might be seen. It has to be stressed that currently, in the age of the protection of human rights, the abovementioned collision is not always resolved in favor of the public interest. As a result, various values, rights and causes are weighed up.<sup>17</sup>

Nevertheless, the principle of property protection is very important in the light of ownership divisions of monuments. It is the owner's duty, above all, to provide the most effective protection of cultural objects that they own and to maintain them in a good condition.<sup>18</sup> It must be noted that the ownership of cultural heritage is severely limited by many duties laid upon them and in fact the only part who makes a decision relating to the cultural heritage object is the state.<sup>19</sup> According to Article 5 of the Polish act on protection and preservation of monuments of 2003 the guardianship of monuments by its owner, or its proprietor consists, in particular, in ensuring conditions for protection, and

maintenance of a monument and its surroundings in the best possible state and use of a monument in a way ensuring permanent preservation of its value.<sup>20</sup>

Other principle, the principle of social utility of cultural heritage is based on the thesis that historical monuments should be used well nowadays; one could say: they should be "socially useful". This principle, derived from the category of a historical monument as a common good, is combined with the principle of access to cultural heritage.<sup>21</sup> According to the contents of this principle, a cultural property should not be perceived as belonging only to the owner or disposer of this monument, and its protection and preservation in the best possible condition for future generations should be implemented, even if, as a result, it may be opposed to the rights and freedoms of individuals.

Besides this, the principle of control of the preservation of monuments is connected with the concepts of control, supervision and monitoring that are well known for science of administration. To effectively achieve the objectives defined as protection or care of monuments, it is necessary to obtain current information on the condition of monuments to influence - both by soft measures and by more powerful actions - influence the owners and holders of monuments so as to limit the negative impact on cultural heritage.

The principle of sustainable development is one of the fundamental principles of law of environmental protection, being both a universal principle - and that's because it was expressed directly in Article 5 of the Constitution of Republic of Poland - as well as a particular rule of law environmental protection. However, it turns out that this principle it can be effectively adapted to the cultural heritage law.

Next, the principle of cultural heritage management includes both the protection and care of monuments, as well as the sphere of their utility value, i.e. contemporary use of a monument and the creation of access to its explorations. Proper management of cultural heritage is most widely manifested in historical cities. This principle is connected with a change in approach to the

<sup>16</sup> JAGIELSKA-BURDUK, A. *Zabytek ruchomy: movable monument*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2012.

<sup>17</sup> ZEIDLER, K. *Restitution of cultural property: hard case: theory of argumentation: philosophy of law*. Gdańsk-Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Wolter Kluwer, 2016. p. 87.

<sup>18</sup> DOBOSZ, P. *Apekty prawne systemu ochrony dziedzictwa w Polsce: legal aspects of heritage protection in Poland*. In: PURCHLA, J. (ed.). *Zarządzanie miejscami wpisanymi na Listę Światowego Dziedzictwa UNESCO w Polsce i w Norwegii: Management of UNESCO World Heritage Sites in Poland and Norway*. Kraków: Międzynarodowe Centrum Kultury, 2011. p. 71.

<sup>19</sup> DRELA, M. *Własność zabytków: ownership of historical monuments*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2006. p. 4; See also: ZEIDLER, K. *Restitution of cultural property: hard case: theory of argumentation: philosophy of law*. Gdańsk-Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Wolter Kluwer, 2016.

<sup>20</sup> Act of July 23, 2003 on protection and preservation of monuments, Journal of Law of 2020, item Journal of Law of 2020 item 282,782 as amended.

<sup>21</sup> See: ZEIDLER, K. *Restitution of cultural property: hard case: theory of argumentation: philosophy of law*. Gdańsk-Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Wolter Kluwer, 2016.



issue of historical monuments' protection, where the idea of the protection, understood classically as being left unchanged is abandoned in favour of the so-called "management of a change". One can notice that the interference with the substance of a historical monument, some changes in its function and its utility values is accepted so that it can be used at present and thus well preserved. As a result, the approach to the management as a process involving local communities and individual local government prevails. An important element of this process is to ensure adequate public participation, also at the decision-making stage.

Other principle, the principle of changing the utility value of cultural heritage over time, is based on the function of a historical monument, that also might change during the period of time. To protect monuments effectively such a modification should be accepted, so that today, unlike in the past, they can be used. To give an example, the new destination for the use of a historical building might be found. As a result, they are converted into cultural institutions, hotels, museums or restaurants. This counteracts the situation in which such historical buildings could be destroyed and ruined while being abandoned and not properly maintained. Even if a given cultural heritage object fulfilled certain functions in the past, nowadays it may have a different use. Moreover, a historical site with a significant usable value can strengthen it over time, gaining additional value and thus also a property value. On the other hand, a monument presenting a specific property value might lose it, gaining its historical or scientific value over time.

The principle of financing historical monuments by the owner of the monument is linked to the ownership issue and the fact of owning a monument with responsibility for financing the activities regarding the monuments. This principle is in relation to the principle indicated below, i.e. the principle of public funding. It is important to find appropriate proportions between the implementation of these two principles. However, it has to be considered that we recognise monuments as a common good, whose preservation is in the interest of the whole community, not just the individual (owner or the holder of a monument). As a result, the conservation authority may interfere with the performance of owner's duties. Thus, the implementation of owners obligations should be compensated and financially supported by the administrators of public funds. It is therefore important that the relationship between

these principles regarding monuments' maintenance is properly arranged.

The general rule provided in the act on the protection and preservation of monuments, is the obligation to finance conservation, restoration and construction works on monuments by entities having legal title to dispose of them, including their owners. It follows from the content of Art. 5 of the Act on the protection and preservation of monuments that stipulates that the care of the monument is of an individual nature, and the current legal disposer of a monument is responsible for its implementation. This is manifested, among others, in the use of the monument in a manner ensuring permanent preservation of its value and the obligation to finance conservation, restoration and construction works regarding the monument.

The principle of financing from public funds, concerning in particular, the financing of the care of the monuments, is inextricably linked to the principle of the previous one, i.e. the principle of financing by the owners of the monument. It should be pointed out that these principles are adversarial and the applicable law introduces solutions that give priority to one or to the other. However, it is recommended to consider one of them as *lex generalis*, the other as *lex specialis*, so that it is not necessary to weigh these principles every time, but only (once the legal prerequisites are met) apply given legal regulations.

Another principle, the principle of proportionality, is an important procedural principle. It manifests itself in the fact that public administration bodies are obliged to protect cultural heritage that preservation is in the public interest. It might make necessary to limit the sphere of ownership of the owner of the monument, but only to the necessary extent, taking care of the selection of specific measures to protect both the interests of individuals and specific social goods. The interference in the area of individual rights must remain in a reasonable and appropriate proportion to the objectives justifying the restriction. Thus, the postulate of necessity, usefulness, and proportionality of the restrictions introduced should be realized.

The principle of proportionality allows for the settlement of a dispute between the common good and individual interests. In specific states of fact such interests often are in collision with each other. The principle of proportionality is, therefore, extremely important while

the conflict of legal principles appears. It allows for the solution of this collision by giving the priority of one principle above another in a particular case. In case of a conflict of principles, the court applies the principle more relevant in a given situation, which does not mean that the second one is not in force or that in another case the order of preferences may be different. If possible, the court should apply these principles taking into account the principle of proportionality. With regard to the law on the protection of cultural heritage, this principle therefore shows the relevance of the objectives and the measures needed to achieve a given aim, taking into account the obligation to preserve cultural heritage in the best possible condition for future generations, which derives from the principle of cultural heritage protection.

## 5 Conclusions

Gdansk (formerly Danzig) is a Polish city that stands out for protecting cultural heritage. Due to its rich history, Gdansk was destroyed and rebuilt many times and became an international center for multidisciplinary research in the reconstruction and protection of cultural heritage. Against this background, could the authors add, in a paragraph, why it is relevant to publish, in an international academic journal, an analysis of the principles of cultural heritage law applicable in Poland?

It should be stressed that the research conducted in Gdańsk in the area of principles of cultural heritage law based on Polish law may have universal meaning and be applicable in other countries. Gdansk (formerly Danzig) is a Polish city that stands out for protecting cultural heritage. Due to its rich history, Gdansk was destroyed and rebuilt many times and became an international center for multidisciplinary research in the reconstruction and protection of cultural heritage. The presented axiological approach to cultural heritage and its principles might be an example for others jurisprudence.

Most of the principles outlined here applies jointly to the protection of immovable and movable cultural heritage. It is worth noting – what is somehow due to the complex nature of the branch of cultural heritage protection law - that most of the legal principles of the above mentioned are the rules, whether of systemic, individual branches of law or legislative acts. Only some

of them, like the most important one - the principle of the protection of cultural heritage - are principles specific for law on the protection of cultural heritage. Moreover, some of these principles have their origins in international law, as well as in so-called international doctrinal documents (soft law).

The *lege ferenda* it can be considered, first of all, which of the above presented principles should be explicitly stated in the legislative act governing the law on protection of cultural heritage. Secondly, it is necessary to formulate the content of legal provisions of this act in a way that expresses the principles as appropriate as possible. Fulfilling these requirements will lead to the strengthening the legal system of cultural heritage protection and will emphasize its importance for development of the cultural identity of the society.<sup>22</sup> What has to be noted, the development of social awareness and values connected with culture guarantees preservation of its heritage for future generations.

## References

- Act of July 23, 2003 on protection and preservation of monuments. *Journal of Law of 2020*, item *Journal of Law of 2020* item 282,782 as amended.
- ATIENZA, M. On the reasonable in law. *Ratio Juris*, v. 3, n. 1, 1990.
- ATIENZA, M. Is legal positivism a sustainable legal theory? *In: GIZBERT-STUDNICKI, T.; STELMACH, J. (eds.). Law and legal cultures in the 21 st Century: diversity and unity. IVR World Congress, 23. August 1-6, 2007. Cracow, Poland. Warsaw: Wolters Kluwer, 2007.*
- ATIENZA, M.; MANERO, J. R. *A theory of legal sentences*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1999.
- ATIENZA, M.; MANERO J. R. Permission, principles and rights: a paper on statements expressing constitutional liberties. *Ratio Juris*, v. 9, n. 3, p. 236-247, 1996.
- BARTA, J.; MARKIEWICZ, R. *Prawo autorskie: copyright law*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2008.
- BRODECKI, Z. (ed.). *Europa sędziów: Europe of judges*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2007.

<sup>22</sup> ZEIDLER, K. *Prawo ochrony dziedzictwa kultury: cultural heritage protection law*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2007.

- Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997, Journal of Law of 1997, No. 78, item 483 as amended.
- DOBOSZ, P. Aspekty prawne systemu ochrony dziedzictwa w Polsce: legal aspects of heritage protection in Poland. In: PURCHLA, J. (ed.). *Zarządzanie miejscami wpisanymi na Listę Światowego Dziedzictwa UNESCO w Polsce i w Norwegii: Management of UNESCO World Heritage Sites in Poland and Norway*. Kraków: Międzynarodowe Centrum Kultury, 2011.
- DRELA, M. *Własność zabytków: ownership of historical monuments*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2006.
- DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, R. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- JAGIELSKA-BURDUK, A. *Zabytek ruchomy: movable monument*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2012.
- KORDELA, M. *Zasady prawa: studium teoretyczno-prawne: the principles of law: theoretical legal studies*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM, 2014.
- LIESA FERNANDEZ, Carlos R. *Cultura y derecho internacional: the culture and international law. Cuadernos de la Catedra de Democracia y Derechos Humanos*, Alcalá de Henares - Madrid, n. 8, 2012.
- MERRYMAN, J. H. The public interest in cultural property. *California Law Review*, v. 77, n. 2, 1998.
- MORAWSKI, L. *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian: main problems of modern law philosophy: law in the process of transformation*. Warsaw: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 2003.
- NIŻANKOWSKA, A. M. *Prawo do integralności utworu: right to the integrity of the author's work*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2007.
- PROTI, L. V.; O'KEEFE, P. J. 'Cultural heritage' or 'cultural property'? *International Journal of Cultural Property*, v. 1, n. 2, 1992.
- SAX, J. L. *Playing darts with a Rembrandt: public and private rights in cultural treasures*. Michigan: The University of Michigan Press, 2001.
- TKACZ, S. *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawnoznawstwie: od dogmatyki do teorii: the integrated concept of the principles of law in Polish jurisprudence: from dogmatic to theory*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2014.
- WEŹGRZAK, M. Zasada ochrony dziedzictwa kultury w świetle wybranych orzecznictwa sądów administracyjnych: the principle of the protection of cultural heritage in the light of selected administrative courts' decisions. *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*, v. 13, n. 3, p. 52-72, 2017.
- WEŹGRZAK, M. Zasada dostępu do zbiorów muzealnych a ich ochrona: the principle of access to museum collections and the principle of cultural heritage protection. In: GREDKA-LIGARSKA, I.; ROGACKA-ŁUKASIK, A. (eds.). *Muzea: aspekty praktyczne i prawne: museums: practical and legal aspects*. Sosnowiec, 2018. p. 13-20.
- WEŹGRZAK, M. Zasada społecznej użyteczności zabytków w kontekście turystyki kulturowej: the principle of social utilities of cultural heritage with reference to cultural tourism. In: DOBOSZ, P.; GÓRNY, W.; MAZUR, A.; KOZIENI, A. (eds.). *Prawo ochrony dóbr kultury, jako narzędzie innowacyjności turystycznej w strukturach lokalnych: the law of cultural goods protection as an instrument for tourism innovation in local structures*. Kraków: Publikacje Naukowe KN Prawnej Ochrony Dóbr Kultury, 2019. p. 41-57.
- WEŹGRZAK, M. *Zasady prawa ochrony dziedzictwa kultury w orzecznictwie sądów administracyjnych: the principles of cultural heritage protection law in administrative courts' decisions*. Gdańsk-Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 2020.
- WRONKOWSKA, S.; ZIELIŃSKI, M.; ZIEMBIŃSKI, Z. *Zasady prawa: zagadnienia podstawowe: the principles of law: basic concepts*. Warsaw: Przedsiębiorstwo Wydawnicze Ars boni et aequi, 1974.
- ZEIDLER, K. *Prawo ochrony dziedzictwa kultury: cultural heritage protection law*. Warsaw: Wolter Kluwer, 2007.
- ZEIDLER, K. Prawo ochrony zabytków jako nowa gałąź prawa: cultural heritage protection law as a new branch of law. In: ZEIDLER, K. (ed.). *Prawo ochrony zabytków: cultural heritage protection law*. Gdańsk-Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Wolter Kluwer, 2014.
- ZEIDLER, K. Przestrzenie badawcze prawa ochrony dziedzictwa kultury: research areas of the law on the protection of cultural heritage. *Gdańskie Studia Prawnicze*, v. 32, p. 147-154, 2015.



---

ZEIDLER, K. *Restitution of cultural property: hard case: theory of argumentation: philosophy of law*. Gdańsk-Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Wolter Kluwer, 2016.

ZEIDLER, K. *Zabytki. Prawo i praktyka: historical monuments, law and practice*. Gdańsk–Warsaw: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Wolter Kluwer, 2017.

ZEIDLER, K. Zasady prawa ochrony dziedzictwa kultury: propozycja katalogu: the principles of the law on the protection of cultural heritage: the proposed catalog. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, n. 4, 2018.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Heritage protection in international law and national law: insights into the case of Vietnam**

**Proteção do patrimônio no Direito Internacional e no Direito Nacional: percepções no caso do Vietnã**

Yen Thi Hong Nguyen

Dung Phuong Nguyen

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# Heritage protection in international law and national law: insights into the case of Vietnam\*

## Proteção do patrimônio no Direito Internacional e no Direito Nacional: percepções no caso do Vietnã

Yen Thi Hong Nguyen\*\*

Dung Phuong Nguyen\*\*\*

### Abstract

Vietnam's cultural heritage is the precious property of the Vietnamese people, forged through thousands of years of building and defending the country. Despite experiencing numerous historical events, losses and damage caused by wars and severe natural disasters, Vietnam's treasure of cultural heritage is plentiful and diverse, significantly contributing to the formation of the personality of Vietnamese people and the development of the country. Recognising the importance of heritage preservation, Vietnam officially became a member of core international conventions under the auspices of UNESCO with the desire to strengthen and improve the national legislative system to better protect cultural heritage exposed to risks of degradation and deterioration. To evaluate the implementation of legal instruments on heritage protection of UNESCO, the authors will analyse the international and Vietnamese legal framework on heritage protection. The paper then will provide insights into the current practice of heritage preservation and challenges that the Vietnamese government has been facing in the process of balancing heritage preservation and economic development. Based on the analyses and evaluations in the preceding parts, the paper will discuss and propose solutions to reinforce the legal protection for heritage in Vietnam in the future.

**Keywords:** Heritage Protection. Heritage Safeguarding. International Cultural Heritage Law. Vietnamese Cultural Heritage Law.

### Resumo

O objetivo principal deste artigo é analisar a proteção do patrimônio sob o direito internacional e o direito vietnamita. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) é a principal agência encarregada de salvaguardar a cultura da humanidade e unificar as nações para cooperar entre si para alcançar o alcance da proteção do patrimônio. Os instrumentos internacionais da UNESCO amplamente reconhecidos fornecem uma estrutura para a lei do patrimônio cultural internacional. À luz da legislação internacional existente sobre proteção do patrimônio, o artigo fornece informações sobre a legislação vietnamita sobre o mesmo

\* Recebido em 30/09/2020  
Aprovado em 25/03/2021

\*\* The Head of Public International Law Division, Hanoi Law University  
E-mail: Hongyennguyen.hlu@gmail.com

\*\*\* Lawyer  
E-mail: p.d.nguyen1812@gmail.com



assunto. O artigo também aponta as falhas existentes no sistema jurídico de patrimônio cultural do Vietnã. Embora o Governo do Vietnã tenha adotado uma abordagem holística na busca da proteção e promoção do patrimônio cultural e dos valores tradicionais, a falta de cuidado e o apoio insuficiente às comunidades e artistas causaram desafios e dificuldades ao Governo vietnamita e às necessidades de reforma em os processos de formulação e aplicação da lei para restabelecer o equilíbrio entre a proteção do patrimônio e as demandas de desenvolvimento econômico.

**Palavras-chave:** Proteção do patrimônio, salvaguarda do patrimônio, Direito Internacional do Patrimônio Cultural, Direito do Patrimônio Cultural vietnamita

## 1 Introduction

Farida Shaheed – the former UN High Commission for Human Rights Independent Expert in 2009 – 2012 and Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights in 2012 – 2015, in her speech, pointed to the interconnection between cultural heritage and human culture:

Cultural heritage is linked to human dignity and identity. Accessing and enjoying cultural heritage is an important feature of being a member of a community, a citizen, and, more widely, a member of society.<sup>1</sup>

Along with the enjoyment of cultural heritage, there is the need for obligations to protect and safeguard valuable heritage properties. The advent of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO) indicates the international community’s attempt in safeguarding cultural heritage throughout its key conventions in this regard.

Vietnam’s heritage is the precious property of local communities in Vietnam, forged through a thousand years of building and defending the country. Heritage is a symbol of longevity and the bridge between the past, present and future of the people. This enormous treasure of heritage contributes to the richness and diversity in Vietnamese culture and acts as a critical component that drives economic growth in its socio-economic

development. Over the past years, cultural heritage has been identified, preserved and promoted, playing a significant part in the education of history, nurturing fine traditions, building and promoting the image of the country, disseminating the historical, cultural and scientific values and beauty of Vietnam’s heritage to the world. In terms of socio-economic development, several heritage sites have become cultural and tourist attractions, acting as both a powerful motivator and target for developing tourism into a key economic sector, gradually changing the economic structures of the localities at which the heritages are located, and bringing practical and sustainable benefits to the local communities.<sup>2</sup>

Vietnam’s incumbent Prime Minister – Nguyen Xuan Phuc said that “Heritage is a valuable endowment of nature or essence of our predecessors’ creativity, passed down through generation after generation. We should understand that anything can be built, produced, and created, but heritage cannot”.<sup>3</sup> Vietnam has numerous heritage sites and intangible heritage elements recognised by UNESCO. This has played an important role in introducing Vietnamese culture to the international community, creating a “global brand” and generating vast incomes from tourism, as well as improving the life quality of local people and communities in the localities where heritage sites are located or where there are heritage elements. However, the foremost thing that UNESCO has brought to the State is the awareness and the building of respect across the whole society, from country leaders to ordinary citizens. Hence, heritage preservation is crucial and necessary for developing and enriching the country. In addition, the Prime Minister highlighted that heritage preservation is not only the State’s responsibility but also the shared task of all people and communities.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> COMMUNIST PARTY OF VIETNAM. *Bảo vệ và phát huy giá trị di sản văn hóa Việt nam vì sự phát triển bền vững*. [Protection and promotion of the values of Vietnamese cultural heritage for the aim of sustainable development]. Available at: <http://dangcongsan.vn/tu-tuong-van-hoa/bao-ve-va-phat-huy-gia-tri-di-san-van-hoa-viet-nam-vi-su-phat-trien-ben-vung-491901.html>.

<sup>3</sup> VOV5. *PM calls for joint efforts to preserve cultural heritage*. Available at: <https://vov.vn/en/culture/pm-calls-for-joint-efforts-to-protect-cultural-heritage-381480.vov>.

<sup>4</sup> GOVERNMENT PORTAL OF THE SOCIALIST OF VIETNAM. *Giới thiệu chung về Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hóa của Liên Hợp Quốc (UNESCO)*. [An overview of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)]. Available at: <http://www2.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/NuocCHXHCNVietNam/ChiTietVeToChucQuocTe?diplom>

<sup>1</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed*. No. A/HRC/17/38. 21st Mar. 2011. Available at: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/17/38>, para. 2.

Realising the importance of heritage preservation, Vietnam participated in and officially became a member of UNESCO's core conventions regulating the same subject matter with the desire to strengthen and improve the national legislative system to better protect heritage at risk of degradation and deterioration. After more than 30 years of participating in and implementing the 1972 World Heritage Convention, aside from achieving some positives, there have been some shortcomings. Social awareness of heritage values is not widespread or comprehensive. Legal compliance in heritage protection is poor. Although a set of laws and regulations on heritage preservation have been issued, the implementation and enforcement of such are weak. The relationship which exists between heritage preservation and the local community has not been well-maintained.

From that practice, in order to assess concretely the implementation of UNESCO's international tools for the protection of cultural heritage and challenges that Vietnam has been facing in heritage protection. Through analyses, summaries and comparisons, in this paper, the authors will: (i) analyse the international and Vietnamese legal framework on heritage protection; (ii) provide insights into the current practice of heritage preservation and challenges that the Vietnamese government has been facing in the process of balancing heritage preservation and economic development; (iii) discuss and propose solutions to reinforce the legal protection for heritage in Vietnam in the future.

## 2 International Legal Framework on Heritage Protection

Heritage protection is one of the focuses of the international community to preserve humankind values to the next generations. With the aim "to achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character",<sup>5</sup> the United Nations recognises that heritage protection is one of the crucial common missions of the international community. UNESCO plays a leading role in "assuring the conservation and protection of the world's inheritance of books, works of art and monuments of history and science, and recommending

to the nations concerned the necessary international conventions".<sup>6</sup> Under the auspices of UNESCO, a statutory framework for the protection of world heritage has been comprehensively developed. In this part, the authors will concentrate on analysing the core UNESCO Conventions which are most widely accepted in the field of heritage protection.

### 2.1 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (1970) ("1970 UNESCO Convention")

The 1970 UNESCO Convention adopted in the 16<sup>th</sup> General Conference of UNESCO on 14 November 1970 combats the unlawful import, export and transfer of ownership of culture property that is believed to be "one of the main causes of the impoverishment of the cultural heritage of the countries of origin of such property".<sup>7</sup>

According to Toshiyuki Kono and Stefan Wrška, in light of the provisions provided in the 1970 UNESCO Convention, origin nations of cultural property lie at the heart of the protection and preservation of cultural property, whereas cultural exchange is auxiliary.<sup>8</sup> The authors additionally analysed principal constituent parts of the 1970 UNESCO Convention that tackle "illicit import, export and transfer of ownership of cultural property". The first protective mechanism is the prevention of such illegal conduct. States Parties are the main actors taking responsibility for setting forth "national services" encompassing numerous preventative measures circumventing illicit conduct, including the establishment of national inventories of protected property, formulation of draft laws and regulations aimed at protecting cultural property and addressing illicit conduct,<sup>9</sup> administrative management in the export of cultural property,<sup>10</sup> and imposition of sanctions.<sup>11</sup>

However, the language under the 1970 UNESCO Convention is not explicit enough to determine the

<sup>6</sup> UNESCO. *UNESCO Constitution*. 1945. art 2(c).

<sup>7</sup> 1970 UNESCO Convention art 2.1

<sup>8</sup> KONO, Toshiyuki; WRŠKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 35.

<sup>9</sup> 1970 UNESCO Convention art 5.

<sup>10</sup> 1970 UNESCO Convention art 6.

<sup>11</sup> 1970 UNESCO Convention art 8.

acyOrgId=126.

<sup>5</sup> UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. 1945. art 1.3.

subjects to which the 1970 UNESCO Convention is addressed. Considering the governing scope of the 1970 UNESCO Convention, this Convention directly applies to States Parties and their agencies only, not private actors that are not controlled by States. The 1970 UNESCO Convention requires States Parties to avert the acquisition of illegally exported cultural property by museums and similar institutions within their territories in congruence with national legislation.<sup>12</sup> This poses ambiguity in determining “what kind of museums and institutions are affected”, and whether this merely applies to those “whose acquisition policies are controlled by the State”.<sup>13</sup>

The other safeguarding mechanism of the 1970 UNESCO Convention is the return of illegally exported or imported cultural property on the basis of transnational cooperation. The State in which the cultural property is unlawfully acquired has the responsibility to reconstitute such cultural property to the source State Party at its request. Nevertheless, the protection is only offered to

cultural property stolen from a museum or a religious or secular public monument or similar institution in another State Party to this Convention after the entry into force of this Convention for the States concerned, provided that such property is documented as appertaining to the inventory of that institution.<sup>14</sup>

In other words, cultural property stolen from private homes is not included under the protective regime of the 1970 UNESCO Convention.<sup>15</sup>

The State of origin, upon the request for restitution, is liable for “just compensation to an innocent purchaser or to a person who has valid title to that property”.<sup>16</sup> The vagueness of the wording has received a lot of criticism. At this juncture, Patrick J. O’Keefe, in his commentary on the 1970 UNESCO Convention, clarified that the Convention’s language is indistinct as it is impossible to sharply define a one-size-fits-all approach

of compensation payments in the context of the broad application of the Convention to all States Parties whose legal systems vary in nature. He opined that compensation payment shall be subjected to the national laws and national courts of State Parties, who, at their discretion, shall determine the compensation amount which will not be limited to the originally paid prices. Likewise, regarding the term “innocent purchaser” or “a person who has valid title to that property”, given the absence of clarification under the Convention, this means that States Parties are vested to define *bona fide* purchase or owner of cultural property in national laws.<sup>17</sup>

International cooperation in fighting illegal purchase or transfer of cultural property is another core component of the 1970 UNESCO Convention.<sup>18</sup> Toshiyuki Kono and Stefan Wrška pointed to the insufficiency of national laws in tackling the illicit import and export of cultural property and highlighted the importance of international cooperation through bilateral or multilateral treaties which will offer more protective mechanisms to cultural property.<sup>19</sup>

The application of the 1970 UNESCO Convention exhibits a serious defect in that it cannot be applied *ex post facto* due to an absence of an applicable timeframe. This has left cultural property illicitly imported or exported before the effective date of the Convention unprotected. To deal with this imperfection, UNESCO, through adopting Resolution 20 C4/ 7.6/ 5 of the 20<sup>th</sup> session of the Conference General of UNESCO, established the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation (“ICPRCP”) consisting of 22 Member States of UNESCO. The ICPRCP is in a permanent state of providing consultancy to Member States and takes the leading role in the restitution of cultural property and reinforcing the implementation of the 1970 UNESCO Convention through its key task of encouraging cultural property protection.<sup>20</sup> The founda-

<sup>12</sup> 1970 UNESCO Convention art 7(a).

<sup>13</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 39.

<sup>14</sup> 1970 UNESCO Convention art 7(b)(i).

<sup>15</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 40.

<sup>16</sup> 1970 UNESCO Convention art 7(b)(ii).

<sup>17</sup> O’KEEFE, Patrick J. *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*. 2. ed. Buih Wells: The Institute of Art and Law, 2007. p. 65; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 40.

<sup>18</sup> 1970 UNESCO Convention arts 9 and 15.

<sup>19</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 41.

<sup>20</sup> UNESCO. *Statutes of the Intergovernmental Committee for Promoting the*



tion of the ICPRCP is an effective solution to fulfil the existing gap in the returning of cultural property arising from the implementation of the 1970 UNESCO Convention in practice.<sup>21</sup> UNESCO further set up the Fund of the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation calling for and collecting voluntary payments from States and private sectors to provide financial support to the operation of the ICPRCP, particularly the processes of returning cultural property.<sup>22</sup> According to Toshiyuki Kono and Stefan Wrba, this is considered UNESCO's most strenuous effort through the application of the 1970 UNESCO Convention to assist poorer States in preserving and safeguarding their cultural property.<sup>23</sup>

## 2.2 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972) ("1972 World Heritage Convention")

In 1972, the General Assembly adopted the Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage ("1972 World Heritage Convention"), marking an important milestone on the long road to safeguard world heritage. According to UNESCO, the 1972 World Heritage Convention aims to offer protection to "certain places on Earth" that "are of outstanding universal value and should therefore form part of the common heritage of humankind". By ratifying this Convention, the States Parties "have become part of an international community, united in a common mission to identify and safeguard our world's most outstanding natural and cultural heritage"<sup>24, 25</sup>

*Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation*. 20 C/Resolution 4/7.6/5 of the 20th session of the General Conference of UNESCO. Paris, 24 Oct.-28 Nov. 1978. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000145960>.

<sup>21</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 36, 42-43.

<sup>22</sup> UNESCO. *General Conference Resolution 27*. UNESCO 30th session. Paris, 26 Oct.-17 Nov. 1999. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000118514>.

<sup>23</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 43.

<sup>24</sup> UNESCO. World Heritage Centre. *What is the World Heritage Convention*. Available at: <https://whc.unesco.org/en/faq/21>.

<sup>25</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection*

While the 1970 UNESCO Convention focuses on protecting cultural property from illegal import or export, the 1972 World Heritage Convention's protective scope is more comprehensive as at that time the international community had been more aware of protecting heritage in the aftermath of the civil war periods and developments after the wars.<sup>26</sup> Toshiyuki Kono and Stefan Wrba offered their understanding of the protective regime under the 1972 World Heritage Convention. Specifically, in their General Report, the authors found that the 1972 World Heritage Convention created a hybrid of culture and nature which "did not seem to have much in common", and upgraded the safeguarding degree of cultural property to "world heritage".<sup>27</sup>

They additionally looked at the concepts of "cultural heritage" and "natural heritage" in the 1972 World Heritage Convention. From their perspective, it cannot be based on the description given in Articles 1 and 2 of the Convention only to define "cultural heritage" or "natural heritage" as the terms themselves "are not exclusive in the sense that they cover every possible facet of what can be called cultural heritage or natural heritage in a broad sense...neither do they refer to mere movable objects nor to mere intangible heritage". They pointed out that the terms retained strong links with the term "outstanding universal value" which has yet to be explained under the Convention despite being referred to.<sup>28</sup>

Under this Convention, an Intergovernmental Committee for the Protection of the Cultural and Natural Heritage of Outstanding Universal Value (the "World Heritage Committee") was established.<sup>29</sup> The World Heritage Committee is vested with the authority to "define the criteria on the basis of which a property belongs to the cultural or natural heritage". This Committee

and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 39.

<sup>26</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 44.

<sup>27</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 45.

<sup>28</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 46-47.

<sup>29</sup> 1972 World Heritage Convention art 8.

forms the “World Heritage List” and “List of World Heritage in Danger” to determine and categorise properties by developing a series of criteria in the Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention<sup>30,31</sup> In the Operational Guidelines, the Committee clarified the term “outstanding universal value” as “cultural and/or natural significance which is so exceptional as to transcend national boundaries and to be of common importance for present and future generations of all humanity”.<sup>32</sup> The Committee has kept re-examining and reviewing the criteria for heritage determination and categorisation since they first adopted the WHC Operational Guidelines on 30 June 1977 to ensure the criteria keep pace with and reflect changes, developments and deal with disparities stemming from the implementation of the Convention. Toshiyuki Kono and Stefan Wr̄bka considered the revision of the WHC Operational Guidelines “an important tool for a flexible application of the fixed scaffolding provided by the Convention”. Furthermore, the World Heritage Committee has attempted to redress the balance by “adopting a better-balanced system of incorporation and encouraging less-represented States Parties to contribute to the inscription process by providing more – and above all more promising – nominations”.<sup>33</sup>

However, the 1972 World Heritage Convention never attempts to develop one-size-fits-all legislation on heritage protection. In the form of an international treaty, the 1972 World Heritage Convention was formed on the basis of two pillars of the international legal system which are State sovereignty and equality. Moreover, like other treaties on heritage protection, it is dependent on States’ commitments and co-operation amongst the States. At this point, Craig Forrest pointed to States’ enjoyment of complete sovereignty:

Given that each State has absolute sovereignty over

its territory, it has absolute sovereignty over the cultural heritage found on that territory, and practically and, as a fundamental principle of international law, that State may regulate that heritage in any way it wishes.<sup>34</sup>

By setting forth a protective regime of heritage, it does not mean that the 1972 World Heritage Convention attempts to undermine the national sovereignty and States’ rights to manage properties on their territories. When participating in the 1972 World Heritage Convention, “each State agrees that it will assume certain international obligations in regard to that cultural heritage and which will require it to act (or refrain from acting) in certain ways”.<sup>35</sup> In other words, it cannot be regarded as intervention of national sovereignty, if there is any interference from UNESCO or other States to protect a property found on the territory of a State in compliance with the 1972 World Heritage Convention where such State has taken part in the Convention. This is considered “a reflection of that State’s sovereignty in entering into the conventional regime” and accordingly, “each State Party recognises that certain heritage situated in its territory is to be regarded as world heritage” and subjected to the protective regime under the Convention.<sup>36</sup>

As analysed above, States Parties are the main actors implementing the 1972 World Heritage Convention with dual duties of “taking every necessary step to guarantee the protection of World Heritage situated in the territories and protecting their national heritage in general on a national level”.<sup>37</sup> In particular, each State member shall take measures in formulating a complete list of heritage located in its territories by identifying the

<sup>30</sup> UNESCO. World Heritage Committee. *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*. WHC.19/01, 10 July 2019. (“the WHC Operational Guidelines”).

<sup>31</sup> 1972 World Heritage Convention art 11; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 48.

<sup>32</sup> WHC Operational Guidelines. para 49.

<sup>33</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 49-50.

<sup>34</sup> FORREST, Craig. *International law and the protection of cultural heritage*. Routledge, 2010. p. 48.

<sup>35</sup> FORREST, Craig. *International law and the protection of cultural heritage*. Routledge, 2010. p. 48; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 51.

<sup>36</sup> FORREST, Craig. *International law and the protection of cultural heritage*. Routledge, 2010. p. 48; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 51.

<sup>37</sup> 1972 World Heritage Convention arts 4 and 5; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 52.

perils posed to such heritage and solutions for preservation and protection.<sup>38</sup>

Compared to the former 1970 UNESCO Convention, the 1972 World Heritage Convention presents a more proactive and effective mechanism underpinned and promoted by the co-operation between States Parties and the advisory bodies. Specifically, States Parties are more engaged in and take the initiative in forming inventories of heritage properties referred to as “tentative lists” by following the criteria provided by the World Heritage Committee in the WHC Operational Guidelines. States Parties then nominate heritage objects to be considered for inclusion in the World Heritage List. Depending on the type of a property, whether cultural or natural, a corresponding specialised advisory of the World Heritage Committee shall evaluate and determine which property shall be included in the World Heritage List.<sup>39</sup>

By participating in the 1972 World Heritage Convention, States Parties compromise on their sovereignties to allow the World Heritage Committee to make decisions aimed at heritage protection. Specifically, based on the criteria and guidance given under the Convention and the WHC Operational Guidelines,<sup>40</sup> the World Heritage Committee reserves the right to inscribe heritage objects in the List of World Heritage in Danger and also revise this List without obtaining the consent of States Parties of origin.<sup>41, 42</sup>

In addition, in the same manner to the implementation of the 1970 UNESCO Convention, the World Heritage Committee additionally paved the way for the implementation of the 1972 World Heritage Convention by imposing mandatory and optional financial contributions on States Parties with the aim of financing

the Fund for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (the “World Heritage Fund”).<sup>43</sup>

### 2.3 Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage (2003) (“2003 ICH Convention”)

The 2003 ICH Convention is another key and popular convention on heritage protection with 179 States Parties.<sup>44, 45</sup> The four main purposes prescribed in Article 1 of this Convention constituting the safeguarding system thereof, including (i) safeguarding intangible cultural heritage, (ii) ensuring respect for the intangible cultural heritage of the communities, groups and individuals concerned; (iv) raising awareness of the importance of intangible cultural heritage; and (v) providing international cooperation and assistance.<sup>46</sup>

In the text of the Convention, intangible cultural heritage is broadly defined as not only “referring to a great number of various forms and methods of cultural identity” but as “being linked to its origin, mostly local, but not bound to the territory of a single State Party as it assigns the respective object to communities, groups and, in some cases, individuals” and the inheritance of intangible cultural heritage through different generations.<sup>47</sup> Unlike the 1972 World Heritage Convention “where the core value was the ‘outstanding’ quality of a certain manifestation of heritage”, the 2003 ICH Convention underlines the value of “the representativeness of the manifestation of heritage and consequently its contribution to cultural diversity”.<sup>48</sup> The meaning of using the term “representative” is to “avoid a ranking system” and “show the richness of cultural diversity and the importance and significance of intangible cultural heritage for its bearers – the communities, groups or individuals”.<sup>49</sup>

<sup>38</sup> 1972 World Heritage Convention art 11; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 53.

<sup>39</sup> WHC Operational Guidelines chapters II.C and III; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 55.

<sup>40</sup> 1972 World Heritage Convention art 11(4); WHC Operational Guidelines chapter IV.B.

<sup>41</sup> WHC Operational Guidelines. para 183.

<sup>42</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 58.

<sup>43</sup> 1972 World Heritage Convention art 15.

<sup>44</sup> As of 23 July 2020.

<sup>45</sup> UNESCO. The States Parties. *The Convention for the Safeguarding the Intangible Cultural Heritage*. 2003. Available at: <https://ich.unesco.org/en/states-parties-00024>.

<sup>46</sup> 2003 ICH Convention art 1; LIXINSKI, Lucas. *Intangible cultural heritage in international law*. Oxford University Press, 2013. p. 40.

<sup>47</sup> 2003 ICH Convention art 2(1); KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 89.

<sup>48</sup> LIXINSKI, Lucas. *Intangible cultural heritage in international law*. Oxford University Press, 2013. p. 36.

<sup>49</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws*



Another significant feature of the 2003 ICH Convention is the interconnection between intangible cultural heritage and international human rights standards by referring to international human rights treaties in the Preamble and the definition of intangible cultural heritage. At this juncture, Lucas Lixinski pointed to rituals and social practices as the main elements linking intangible cultural heritage and human rights standards.<sup>50</sup>

Constructed in line with the 1972 World Heritage Convention, the 2003 ICH Convention follows the same model and considers States Parties main addressees. States Parties have the obligation of safeguarding intangible cultural heritage in their territories but “not limited to safeguarding measures related to heritage inscribed on the Representative List of Intangible Cultural Heritage of Humanity”.<sup>51</sup> Like the former conventions, the 2003 ICH Convention also sets up the Fund for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage contributed by compulsory or voluntary payments by States Parties to ensure the implementation of the Convention.<sup>52</sup>

In addition, the 2003 ICH Convention shows the difference from the former 1972 World Heritage Convention where establishing the General Assembly of States as “the sovereign body of the convention”<sup>53</sup> and the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage<sup>54</sup> focusing on promoting and assisting in the implementation of the Convention, and more importantly, having competencies to inscribe heritage objects in the two lists including the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity and the List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding.<sup>55</sup>

Under the 2003 ICH Convention, the participation

---

on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 94.

<sup>50</sup> LIXINSKI, Lucas. *Intangible cultural heritage in international law*. Oxford University Press, 2013. p. 36.

<sup>51</sup> 2003 ICH Convention arts 11 and 12; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 91-92.

<sup>52</sup> 2003 ICH Convention art 25(3).

<sup>53</sup> 2003 ICH Convention art 4(1).

<sup>54</sup> 2003 ICH Convention art 5(1).

<sup>55</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 93.

of “communities, groups, and relevant non-governmental organisations” in assisting States Parties in formulating the inventories and implementing measures to safeguard intangible cultural heritage is recognised and more proactive.<sup>56</sup> In this regard, Lucas Lixinski opined that “the Convention sees communities as not only the bearers of intangible cultural heritage entitled to assistance, but also the primary responsible parties for the safeguarding of intangible heritage”.<sup>57</sup>

## 2.4 Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression (2005) (“2005 UNESCO Convention”)

This Convention introduces a dissimilar approach compared to the former conventions. Whereas the former conventions concentrate on protecting or safeguarding heritage in various forms, the 2005 UNESCO Convention is a widely-acknowledged international treaty that “recognises the pursuit of the diversity of cultural expressions as a legitimate goal of governmental policy”,<sup>58</sup> in particular, to “ensure artists, cultural professionals, practitioners and citizens worldwide can create, produce, disseminate and enjoy a broad range of cultural goods, services and activities, including their own”.<sup>59</sup> Along with respecting State sovereignty, the Convention lays down rights and obligations for States Parties to observe.<sup>60, 61</sup> The UNESCO evaluated that the advent of the 2005 UNESCO Convention is “essen-

<sup>56</sup> 2003 ICH Convention arts 11 and 15; KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 91-92.

<sup>57</sup> LIXINSKI, Lucas. *Intangible cultural heritage in international law*. Oxford University Press, 2013. p. 37-38.

<sup>58</sup> GRABER, Christoph Beat. The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: a counterbalance to the WTO?. *Journal of International Economic Law*, v. 9, n. 3, p. 553-574. p. 559.

<sup>59</sup> UNESCO. *What is the Convention*. The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Available at: <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/what-is-the-convention/#:~:text=The%20Convention%20on%20the%20Protection,cultural%20goods%2C%20services%20and%20activities%2C>. Access on: 22 Sep. 2020.

<sup>60</sup> 2005 UNESCO Convention chapter IV.

<sup>61</sup> KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010. p. 104-106.

tial for inclusive economic growth, reducing inequalities and achieving the goals set out in the 2030 Sustainable Development Agenda” and “at the heart of the creative economy”.<sup>62</sup>

Following the same model to the first-mentioned conventions, the implementation process of the 2005 UNESCO was structured with the foundations of the Intergovernmental Committee for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions and the International Fund for Cultural Diversity to encourage and promote States Parties to protect and promote the cultural pluralism and diversity within their territories.<sup>63</sup> Nevertheless, contributions to the fund under the regime of the 2005 UNESCO Convention are voluntary. No obligatory contributions by States Parties are required.<sup>64</sup>

### 3 Overview of the Cultural Heritage Conventions under the Auspices of UNESCO

In general, the UNESCO Conventions on heritage protection have the same modality and are “designed as self-contained regimes”.<sup>65</sup> Nevertheless, heritage international law is flawed considering its formulation. Lucas Lixinski held the opinion that the law on heritage is decided by a group of experts rather than the cultural owners.<sup>66</sup>

In light of the sovereignty of States, under all the conventions in the UNESCO system, States Parties are the primary addressees obliged to protect heritage in their territories. To support and promote States’ adoption of heritage protective measures, the conventions additionally involve other non-State actors such as communities and non-governmental organisations. However, the degree of community involvement is inconsistent amongst the conventions.

As State sovereignty lies at the heart of the UNESCO conventions, this accordingly makes the conventions heavily censured and constitutes a weakness in their application. From Lucas Lixinski’s perspective, the “strongly sovereignty-based approach” facilitates the ratification of international legal instruments, but conversely, this approach can undermine the implementation of the instruments. Lucas Lixinski also pointed out that States Parties still have the overriding power to determine which heritage is to be protected or safeguarded. He went beyond descriptive analysis and referred to the application of the 2003 ICH Convention and the Tibetan Opera case, in particular. The Tibetan Opera case showed the successful inscription of Tibetan Opera in the Representative List of Intangible Heritage which can be considered “a laudable outreach initiative aimed at including Tibetan culture as part of the national Chinese culture, ultimately giving it a legitimacy that is denied in domestic political fora”. Nevertheless, this case also received criticism that

by inscribing Tibetan cultural manifestations in this list (and consequently in the national inventory), the Chinese government actually asserts control over the cultural manifestation, and the culture as a whole, subordinating its political caveats to tourism promotion and other economic interests, as well as to a larger national Chinese identity, ultimately diminishing the political strength of the Tibetan culture and all political claims of Tibetans.<sup>67</sup>

In other words, the strongly sovereignty-based approach may pave the way for improper practice by States Parties in that they may take advantage of the regulations to justify and achieve their benefits rather than protect heritage.

As analysed above, even though the UNESCO conventions attempt to engage the participation of communities, communities can only take part at the national level and “seem not to have a space at the international level”.<sup>68</sup> The inscription of heritage considerably depends on the consultancy of experts. For instance, the preamble of the 1972 World Heritage Convention underlines the utilisation of experts to formulate a protective system for cultural and natural heritage that

<sup>62</sup> UNESCO. *The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression*. Available at: <https://en.unesco.org/creativity/convention>.

<sup>63</sup> 2005 UNESCO Convention arts 18(1) and 23(6)a.

<sup>64</sup> 2005 UNESCO Convention art 18(3).

<sup>65</sup> FORREST, Craig. *International law and the protection of cultural heritage*. Routledge, 2010. p. 390.

<sup>66</sup> LIXINSKI, Lucas. International cultural heritage regimes, international law, and the politics of expertise. *International Journal of Cultural Property*, v. 20, p. 407-409, 2013. p. 414.

<sup>67</sup> LIXINSKI, Lucas. *Intangible cultural heritage in international law*. Oxford University Press, 2013. p. 52-53.

<sup>68</sup> LIXINSKI, Lucas. *Intangible cultural heritage in international law*. Oxford University Press, 2013. p. 53; LIXINSKI, Lucas. International cultural heritage regimes, international law, and the politics of expertise. *International Journal of Cultural Property*, v. 20, p. 407-409, 2013. p. 416.

is “organised on a permanent basis and in accordance with modern scientific methods”.<sup>69</sup> In addition, the members of the World Heritage Committee are “representatives of States Parties assisted by non-governmental organisations composed of experts in cultural heritage issues”.<sup>70</sup> Furthermore, although the 2003 ICH Convention acknowledges the community involvement in its text illustrates a considerable shift, the empowerment of communities and other stakeholders is still limited.<sup>71</sup>

## 4 Heritage Protection in Vietnamese Legislation

### 4.1 Strenuous efforts in formulating regulations on heritage protection before becoming a member to UNESCO’s heritage conventions

Vietnam has the richness and diversity of cultural heritage owing to more than a thousand years of history and ethnic diversity. Up to now, Vietnam has had 21 heritage properties endorsed by UNESCO in the World Heritage List<sup>72</sup> and the Lists of Intangible Cultural Heritage,<sup>73</sup> 105 special natural heritage pro-

perties, 3,494 natural heritage properties, nearly 10,000 city/province-level ranking heritage properties, 301 intangible cultural heritage elements inscribed in the National Intangible Heritage List, 164 objects and object groups recognised as national treasures. The museum system has been expanded with a total number of 167 museums (including 125 public museums and 42 private museums).<sup>74</sup> These are extremely rich and unique resources for localities across the country to exploit and develop tourism, contributing to poverty reduction, and promoting and improving people’s livelihoods.

The Report on the work of culture, sports and tourism in 2017 of the Ministry of Culture, Sports and Tourism additionally affirmed that Vietnamese cultural heritage is the crystallization of the traditions, wisdom, and sentiment of preceding generations. Despite experiencing numerous historical events such as wars, causing significant damage and destruction, in addition to severe natural disasters, Vietnamese heritage properties remain rich and diverse. They have significantly influenced the formation of Vietnamese human personality traits in the past, present and future, and are important elements that directly contribute to the protection of the national identity, defence, and the country’s development.<sup>75</sup>

During the period the State experienced the war, President Ho Chi Minh established the Vietnam Oriental Institute aimed to preserve all “antiques” within the territory of Vietnam through the issuance of the Act No. 65 dated 23 November 1945. The term “antiques” is construed to have the same meaning as “cultural he-

<sup>69</sup> LIXINSKI, Lucas. International cultural heritage regimes, international law, and the politics of expertise. *International Journal of Cultural Property*, v. 20, p. 407-409, 2013. p. 414.

<sup>70</sup> 1972 World Heritage Convention art 8.3; LIXINSKI, Lucas. International cultural heritage regimes, international law, and the politics of expertise. *International Journal of Cultural Property*, v. 20, p. 407-409, 2013. p. 414.

<sup>71</sup> 2003 ICH Convention art 15; LIXINSKI, Lucas. International cultural heritage regimes, international law, and the politics of expertise. *International Journal of Cultural Property*, v. 20, p. 407-409, 2013. p. 416; LIXINSKI, Lucas. *Intangible cultural heritage in international law*. Oxford University Press, 2013. p. 55.

<sup>72</sup> UNESCO. *Vietnam: Properties inscribed on the World Heritage List*. Available at: <https://whc.unesco.org/en/statesparties/vn>. Under the World Heritage List, Vietnam’s world heritage properties include five cultural heritage properties which are Complex of Hue Monuments (1993), Hoi An Ancient Town (1999), My Son Sanctuary (1999), Central Sector of the Imperial Citadel of Thang Long – Hanoi (2010), and Citadel of the Ho Dynasty (2011); two natural heritage properties which are Ha Long Bay (1994, 2000) and Phong Nha – Ke Bang National Park (2003, 2015); and one mixed heritage property as Trang An Landscape Complex (2014).

<sup>73</sup> UNESCO. *Vietnam: Elements on the Lists of Intangible Cultural Heritage*. Available at: <https://ich.unesco.org/en/state/vietnam-VN?info=elements-on-the-lists>. Under the Lists of Intangible Cultural Heritage, Vietnam’s intangible cultural heritage properties are comprised of Space of gong cultural (2008), Nha Nhạc, Viet-

namese court music (2008); Quan Họ Bắc Ninh folk songs (2009), Ca trù singing (2009); Gióng festival of Phù Đổng and Sóc temples (2010); Worship of Hùng kings in Phú Thọ (2012); Art of Đờn ca tài tử music and song in southern Vietnam (2013); Ví and Giặm folk songs of Nghệ Tĩnh (2014); Tugging rituals and games (2015); Practices related to the Viet beliefs in the Mother Goddesses of Three Realms (2016); The art of Bài Chòi in Central Vietnam (2017), Xoan singing of Phú Thọ province, Vietnam (2017); Practices of Then by Tày, Nùng and Thái ethnic groups in Vietnam (2019).

<sup>74</sup> COMMUNIST PARTY OF VIETNAM. *Bảo vệ và phát huy giá trị di sản văn hóa Việt nam vì sự phát triển bền vững*. [Protection and promotion of the values of Vietnamese cultural heritage for the aim of sustainable development]. Available at: <http://dangcongsan.vn/tu-tuong-van-hoa/bao-ve-va-phat-huy-gia-tri-di-san-van-hoa-vietnam-vi-su-phat-trien-ben-vung-491901.html>.

<sup>75</sup> COMMUNIST PARTY OF VIETNAM. *Bảo vệ và phát huy giá trị di sản văn hóa Việt nam vì sự phát triển bền vững*. [Protection and promotion of the values of Vietnamese cultural heritage for the aim of sustainable development]. Available at: <http://dangcongsan.vn/tu-tuong-van-hoa/bao-ve-va-phat-huy-gia-tri-di-san-van-hoa-vietnam-vi-su-phat-trien-ben-vung-491901.html>.



ritage”. This Act set forth a prohibition on ‘destroying temples, communal houses or other worship venues, palaces and tombs, stelae, objects, conferment, documents and texts, and books which bear religious characteristics or not, which are historically valuable but have not yet been safeguarded.’<sup>76</sup> Under this Act, despite suffering from financial difficulties during the war period and at the beginning of the declaration of independence, the Government allocated financial support to ensure the functionality of the Vietnam Oriental Institute in safeguarding Vietnamese heritage. This Act demonstrated the Government’s initial effort and laid the groundwork for subsequent laws and policies in safeguarding heritage. In light of this Act, on the date of 24 February 2005, the Prime Minister of Vietnam adopted the Decision No. 36/QĐ-TTg to set forth the date of 23<sup>rd</sup> November every year as the Vietnam Cultural Heritage Day to promote national traditions, raise public awareness of safeguarding cultural heritage properties and encourage communities’ proactive involvement in cultural heritage protection.<sup>77</sup>

Vietnamese heritage objects were devastated in the aftermath of the wars which lasted for decades. Recognising the importance of cultural heritage to the recovery and development of the country’s economy and society after the wars, the Government of Vietnam ratified all the core UNESCO conventions to better safeguard the country’s heritage with the additional support from the international community. The 1972 World Heritage Convention was the first central UNESCO convention that Vietnam ratified.<sup>78</sup> In the following years, the Government proceeded with the ratification of the other conventions. Specifically, Vietnam officially became a member of both the 1970 UNESCO Convention and the 2003 ICH Convention on the same date of 20 September 2005<sup>79</sup>, and the latter – the 2005 UNESCO

<sup>76</sup> TU, Thi Loan. Cultural heritage in Vietnam with the requirements of sustainable development. *International Relations and Diplomacy*, v. 7, n. 4, p. 172-187. p. 173.

<sup>77</sup> PHÁT huy giá trị di sản văn hóa, tạo cơ hội phát triển du lịch [Promotion of cultural heritage values and creation of opportunities for tourism development]. Available at: <http://tuyengiao.vn/van-hoa-xa-hoi/van-hoa/phat-huy-gia-tri-di-san-van-hoa-tao-co-hoi-phat-trien-du-lich-125393>.

<sup>78</sup> UNESCO. States Parties. Ratification Status of Vietnam. *The Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*. 1972. Vietnam ratified the 1972 World Heritage Convention on 19 October 1987. Available at: <https://whc.unesco.org/en/statesparties/>.

<sup>79</sup> UNESCO. States Parties. Ratification Status of Vietnam. *The Convention on the Protection and Promotion of the Convention on the Means*

Convention on 07 August 2007.<sup>80</sup>

## 4.2 The implementation of commitments arising from UNESCO’s heritage conventions in the Vietnamese legal system

Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties provides that “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”.<sup>81</sup> This means that once signing and ratifying international treaties, a State is obliged to conduct its commitments with good faith and honesty and should not refer to its internal law to make excuses for its failure to conduct its obligations.<sup>82</sup> Thus, comprehensive compliance in good faith with international treaties is a compulsory responsibility of State members, “unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory”.<sup>83</sup>

Based on that spirit of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 6.2 of the 2016 Law on Treaties of Vietnam states that “Based on the requirements, content and nature of a treaty, the National Assembly, the President or the Government shall decide on the consent to be bound by the treaty and the application of the whole or part of the treaty to agencies, organizations and individuals if the provisions of the treaty are clear and detailed enough for implementation; or decide or propose the amendment and supplementation, annulment or promulgation of legal documents for the implementation of the treaty”. According to this, Vietnam adopts a hybrid approach by recognising two ways of implementing international treaties to which the State is a member within its terri-

*of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*. 1970. Available at: <https://pax.unesco.org/la/convention.asp?order=alpha&language=E&KO=13039>; UNESCO. States Parties. Ratification Status of Vietnam. *The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. 2003. Available at: <https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=17116&language=E&order=alpha>.

<sup>80</sup> UNESCO. States Parties. Ratification Status of Vietnam. *The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. 2005. Available at: <https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha>.

<sup>81</sup> UNITEDNATIONS. Vienna Convention on the Law of Treaties. Vienna, 23 May 1969. *Treaty series*, v. 1155, p. 331. Available at: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=_en).

<sup>82</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties art 27.

<sup>83</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties art 29.

tory which have direct application and are incorporated into national law. Nevertheless, in practice, almost all international treaties to which Vietnam is a member (including UNESCO's treaties) apply within the State by being incorporated into the national law, indicated by issuance of new laws or revision of existing laws. This additionally clarifies that organisations and individuals cannot refer to international law as a source of law before Vietnamese judicial authorities. In other words, unless incorporated into national law, Vietnamese courts have no jurisdiction to apply or construct international treaties. Nevertheless, once being incorporated into and becoming an integral part of national law, international treaties are turned into important legal bases for the executive and judicial activities of the State.

With the understanding that heritage protection is not a free-standing issue and pursuit of sustainable development goals, the Vietnamese Government has adopted a holistic approach by establishing and developing issuing a set of different laws and legal guiding documents to ensure the attainment of heritage safeguarding. This effort of the Vietnamese Government was recorded in the Final Periodic Report - First Cycle (2003).<sup>84</sup>

As a member of UNESCO Conventions, in 1994, the Government of Vietnam launched the National Programme for Safeguarding the National Cultural Heritage outlining general principles and policies for heritage preservation and protection.<sup>85</sup> Thereafter, the Vietnamese Government introduced the Law on Cultural Heritage on 29<sup>th</sup> June 2001 with the latest amendment on 18<sup>th</sup> June 2009, which lies at the heart of heritage protection legislation. In the preamble, the Vietnamese Government showed its strong respect for cultural heritage by stating that "Vietnamese cultural heritage is a valuable asset of the multi-ethnic Vietnamese community, a part of cultural heritage of humanity and plays a significant role in the national development and preservation of our people". The preamble of the 2001 Law

on Cultural Heritage further affirms and highlights the application of this instrument with the primary aims of "safeguarding and promotion of cultural heritage values to contribute to the construction and development of Vietnam's progressive and unique culture and the treasured cultural heritage of the world".<sup>86</sup> Heritage protection regulations are also found in numerous other legal documents such as the 2014 Law on Construction<sup>87</sup>, the 2014 Law on Environmental Protection<sup>88</sup>, the 2017 Law on Forestry.<sup>89</sup>

In light of the 2013 Constitution of Vietnam<sup>90</sup>, the Vietnamese Government "emphasises the essential value of culture for the nation's citizens" and therefore recognise the role of communities as cultural owners in safeguarding heritage. However, apart from prescribing general rights and obligations of individuals and organisations to protect heritage objects, regulations on community participation in "discussions and decision-making processes related to either the tangible or intangible heritage they own or preserve" are absent under the 2001 Law on Cultural Heritage.<sup>91</sup>

Under the legal documents guiding the 2001 Law on Cultural Heritage, particularly Decree No. 70/2012/ND-CP dated 18 September 2013, as later replaced by Decree No. 166/2018/ND-CP dated 25 December 2018 on the competence, sequence, procedures for the establishment and approval of master plans and projects on maintenance, repair and restoration of historical-cultural relics and scenic places, "relevant individuals and organisations" are entitled to provide opinions in the formulation of master plans and maintenance, repair and restoration of historical-cultural relics and scenic places. Nevertheless, the legal documents fail to identify "relevant individuals and organisations", which

<sup>84</sup> UNESCO. World Heritage Committee. *Final periodic report: state of the world heritage in Asia and the Pacific. 2003 synthesis periodic report for the Asia-Pacific region.* WHC-03/27.COM/6A. Paris, 16 June 2003. Available at: <https://whc.unesco.org/archive/2003/whc03-27com-06ae.pdf>.

<sup>85</sup> UNESCO. World Heritage Committee. *Final periodic report: state of the world heritage in Asia and the Pacific. 2003 synthesis periodic report for the Asia-Pacific region.* WHC-03/27.COM/6A. Paris, 16 June 2003. Available at: <https://whc.unesco.org/archive/2003/whc03-27com-06ae.pdf>.

<sup>86</sup> VIETNAM. *Law No. 28/2001/QH10 dated 23 July 2013.* Cultural Heritage of the Socialist Republic of Vietnam. Available at: [https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/vnm/law-on-cultural-heritage\\_html/vn\\_law\\_cltal\\_heritage\\_engtof.pdf](https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/vnm/law-on-cultural-heritage_html/vn_law_cltal_heritage_engtof.pdf).

<sup>87</sup> VIETNAM. *Law No. 50/2014/QH13 dated 18 June 2014.* Construction of the Socialist Republic of Vietnam.

<sup>88</sup> VIETNAM. *Law No. 55/2014/QH13 dated 23 June 2014.* Environmental Protection of the Socialist Republic of Vietnam.

<sup>89</sup> VIETNAM. *Law No. 16/2017/QH14 dated 15 November 2017.* Forestry of the Socialist Republic of Vietnam.

<sup>90</sup> VIETNAM. [Constitution (2013)]. *Constitution of the Socialist Republic of Vietnam.*

<sup>91</sup> NGUYEN, Linh Giang. World heritage and human rights policy in Vietnam: a legal review. In: LARSEN, Peter Biller. *World heritage and human rights: lessons from the Asia.* Routledge, 2018. p. 277.

consequently engenders difficulties in practice.<sup>92</sup>

Besides, William Logan opined that compared to UNESCO conventions, the 2001 Law on Cultural Heritage is more stringent “in insisting on the removal of residents from inscribed properties, even when they may have lived there for generations and have no major negative impact on the Outstanding Universal Value of the properties”.<sup>93</sup> Further, Nguyen Linh Giang held the opinion that the 2001 Law on Cultural Heritage and other legal guiding documents focus on “ensuring the national strategy and objectives of socio-economic development; national defence and security development planning” without considering “the rights of people living in heritage sites or to the stability and development of people’s living standards within the heritage planning process”.<sup>94</sup> This author also referred to the case of Hoi An Ancient Town recognised as a Cultural World Heritage site by UNESCO in 1999 as a typical example for difficulties in practice caused to people living in the heritage site from the implementation of the regulations on heritage protection. In particular, according to the applicable regulations, in case of renovation, repair or restoration, house owners or management organs in Hoi An Ancient Town are required to send proposal documents on the same to several authorities including the Department of Culture, Sport and Tourism, the Ministry of Culture, Sport and Tourism and the Ministry of Construction, which is stricter than normal construction cases and not practical for people living in the heritage site.<sup>95</sup>

Along with the introduction and revision of the 2001 Law on Cultural Heritage, it was recorded that the Vietnamese Government established “an innovative ‘National Heritage Council’ directly under the Prime Minister”<sup>96</sup> to be mainly responsible for heritage pro-

tection. The Government additionally set out the Cultural Heritage Day as one of the numerous activities to promote heritage protection and raise the awareness of citizens about the values of cultural heritage.<sup>97</sup> For educational and awareness-building purposes, Vietnamese governmental agencies launched and conducted numerous programmes and projects such as World Heritage property voluntary programme in Ha Long Bay in the 2008-2009 period within the scope of the World Heritage in Young Hands, and “Child-friendly school” programme in the 2010-2011 period “which contributed to raise awareness of students in safeguarding cultural and natural properties”.<sup>98</sup> The Government’s effort in arranging managements in heritage protection with the direct participation of local governmental agencies and communities was recorded in the Final Report – Second Cycle (2013). Particularly, the management board of *Phong Nha Ke Bang National Park* cooperated with the local government authorities in performing safeguarding measures between 2003 and 2010, and also formulating and issuing various legal documents for the management of the heritage property, “which led to the improved management and protection of ecological environment and socio-economic activities in the property”.<sup>99</sup>

In addition, the Government issued Decree No. 109/2017/ND-CP dated 21<sup>st</sup> September 2017 regulating the protection and management of world natural and cultural heritage, which is a meaningful legal instrument in heritage safeguarding to both national and international communities. Specifically, for the purpose of recognising outstanding contributions of artists in the transmission, safeguarding and promotion of cultural heritage values, the Government issued Decree No. 62/2014/ND-CP dated 25<sup>th</sup> June 2014 on awarding titles “People’s Artist” and “Meritorious Artist” in the field of intan-

<sup>92</sup> NGUYEN, Linh Giang. World heritage and human rights policy in Vietnam: a legal review. In: LARSEN, Peter Biller. *World heritage and human rights: lessons from the Asia*. Routledge, 2018. p. 278.

<sup>93</sup> LOGAN, William Logan. Collective cultural rights in Asia: recognition and enforcement. In: JAKUBOWSKI, Andrzej. *Cultural rights as collective rights: an international law perspective*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2016. p. 194.

<sup>94</sup> NGUYEN, Linh Giang. World heritage and human rights policy in Vietnam: a legal review. In: LARSEN, Peter Biller. *World heritage and human rights: lessons from the Asia*. Routledge, 2018. p. 285-286.

<sup>95</sup> NGUYEN, Linh Giang. World heritage and human rights policy in Vietnam: a legal review. In: LARSEN, Peter Biller. *World heritage and human rights: lessons from the Asia*. Routledge, 2018. p. 279-280.

<sup>96</sup> UNESCO. World Heritage Committee. *Final periodic report: state of the world heritage in Asia and the Pacific*. 2003 synthesis periodic

report for the Asia-Pacific region. WHC-03/27.COM/6A. Paris, 16 June 2003. Available at: <https://whc.unesco.org/archive/2003/whc03-27com-06ae.pdf>.

<sup>97</sup> UNESCO. World Heritage Committee. *Final report on the results of the second cycle of the Period Reporting exercise for Asia and the Pacific*. WHC-12/36.COM/10A. Paris, 01 June 2012. Available at: <https://whc.unesco.org/archive/2012/whc12-36com-10A-en.pdf>.

<sup>98</sup> UNESCO. World Heritage Committee. *Final report on the results of the second cycle of the Period Reporting exercise for Asia and the Pacific*. WHC-12/36.COM/10A. Paris, 01 June 2012. Available at: <https://whc.unesco.org/archive/2012/whc12-36com-10A-en.pdf>.

<sup>99</sup> UNESCO. World Heritage Committee. *Final report on the results of the second cycle of the Period Reporting exercise for Asia and the Pacific*. WHC-12/36.COM/10A. Paris, 01 June 2012. Available at: <https://whc.unesco.org/archive/2012/whc12-36com-10A-en.pdf>.



gible cultural heritage. For artists honoured as people's artists and meritorious artistes with low incomes and in difficult circumstances, the Government, throughout the adoption of Decree No. 109/2015/ND-CP dated 28<sup>th</sup> October 2015, has approved the provision of financial support to such artistes including monthly allowances for living expenses, health insurance, and funeral costs with three levels of financial supporting amounts of VND 1 million, VND 850,000, and VND 700,000 per person per month, respectively. This legal document is considered a humane instrument and a "bright spot" showing the Government's attention and support to people who have dedicated themselves to the transmission of Vietnamese traditional cultural values even though Vietnam is still a developing country and in the difficult context of recovering in the aftermath of the wars.

The Government additionally laid forth regulations on sanctioning violations against cultural heritage. Depending on the violation severity levels, violators may be subject to administrative sanctions according to the 2012 Law on Handling of Administrative Violations, Decree No. 158/2013/ND-CP regulating the sanctioning of administrative violations in the field of culture and the 2001 Cultural Heritage Law (amended in 2009), or may face criminal liabilities under the 2017 Criminal Code 2015 (amended in 2017), for example, Article 345 regulating violations of regulations on the protection and use of historical-cultural relics and famous landscapes that lead to serious consequences, or Article 178 dealing with the crime of destroying relics and antiques.

Whereby:

Those who violate the regulations on the protection and use of historical-cultural relics, famous places or landscapes, causing damage to historical-cultural relics, landscapes or landscapes with the value from VND 100,000,000 to under VND 500,000,000; destroying or altering the original elements that constitute historical-cultural relics, provincial-level landscapes, or have been administratively sanctioned for this act or have been convicted of this crime, or with a criminal conviction but still in violation, they shall be subject to a warning, a fine of between VND 10,000,000 and 100,000,000, a fine of up to 03 years of non-custodial reform or a prison term of between 06 months and 03 years.

Committing the crime in the case of damaging historical-cultural relics, landscapes or landscapes valued at VND 500,000,000 or more or destroying or changing the original elements constituting historical relics - culture and scenic spots at the national level or at a special national level shall be sentenced to between 3 and 7 years' imprisonment.

Up to now, Vietnam has built up a relatively complete legal system for the protection of cultural heritage and created a basic legal framework to recognize the rights and obligations of the State and other subjects in protecting and promoting the values of cultural heritage. These documents are consistent with international treaties to which Vietnam has acceded. However, the issue of the preservation and promotion of cultural heritage values in Vietnam today is still encountering difficulties which require resolutions. The rights and benefits of people and communities living in heritage sites or owning heritage objects should be taken into account and strengthened to trigger and encourage their proactive engagement in and contribution to the heritage safeguarding. The relationship between cultural identity preservation and international integration and economic development has always been an internal concern of all countries, including Vietnam. Hence, in the next section of the article, we will focus on clarifying the real problems or challenges facing Vietnam in the process of preserving its diverse cultural heritages.

## 5 Challenges in the Preservation and Safeguarding of Cultural Heritage in Vietnam

As mentioned above, cultural heritage properties are the most vivid evidence reflecting the spirits and spiritual values of the people of Vietnam and the existence of cultural heritage is considerably meaningful to the national history, culture and economy. Although Vietnam is a land of cultural diversity with thousands of tangible and intangible heritage properties, Vietnam has been facing challenges and difficulties in the preservation and promotion of the value of the heritage properties.

The first challenge which is seen as crucial is the public's awareness of the values conveyed by heritage. To date, this awareness is neither profound nor comprehensive, and the observance of regulations on respect and protection of heritage is still relatively poor. The preservation and promotion of cultural heritage conservation are the responsibilities of not only the State but also communities – actual cultural creators and owners. As cultural heritage, historical and cultural relics are not regenerable or replaceable. In principle,

it is prohibited to devastate or adversely affect cultural heritage properties' values, authenticity, original constituting factors, and integrity. However, in recent times, heritage devastation cases have still occurred. In specific, Son Tra peninsula, which is considered a "green lung" of Da Nang city, was intruded by a series of illegal construction works. Another violating case was detected in Trang An Landscape Complex in Ninh Binh Province where a giant construction work for tourism was unlawfully executed at the heart of the landscape site project. Illicit construction of a statue at Sam Mountain was also discovered.<sup>100</sup> In light of the present situation, Vietnam needs to intensify monitoring activities, strengthen the protection and safety of cultural heritage properties, particularly those which have been inscribed by UNESCO. Effective measures to be taken include education and dissemination of knowledge to improve public awareness of the importance of heritage elements and communities' responsibilities in safeguarding heritage.

The second challenge is the impact of globalization on the preservation of national cultural heritages. The process of innovation and globalization is having an increasing impact on cultural heritages, with cultural heritages facing fierce challenges in light of industrialization, modernization, urbanization and market economy mechanisms. Many fine customs and practices have been restored in several places, but in numerous places have gradually faded. The individual role in creation and development is highly appreciated, but also because of that, the community is declining. In addition, the trend of economic globalization and cultural internationalization, on the one hand, creates opportunities and conditions for the protection of traditional cultural values of each country, but the danger of destroying traditional cultural values and threatening the survival of cultural heritages also arises as a result.<sup>101</sup>

In reality, Vietnam has yet to strike the balance between heritage protection and economic development. Some famous heritage sites are overexploited for com-

mercial purposes, overloaded by tourists, or improperly restored and renovated, causing degradation and deterioration. Following a community-based approach, it is a truism that heritage preservation without generating benefits to communities will not be sustainable. However, overexploitation and over-tourism damage can ruin heritage properties, causing the permanent loss of heritage, cultural identity, community spirit and pride. Thereby, to develop sustainable tourism on the basis of utilising cultural heritage, it is required for the Vietnamese Government to adopt an appropriate sustainable development strategy. The tourism industry should develop new tourism products based on cultural heritage, associated with community culture and respecting cultural diversity, promoting the role of indigenous cultures, contributing to raising awareness, protecting interests and bringing into play the role of local communities in the development of cultural and heritage tourism.

Detecting and filling the gaps and shortcomings of the legal system related to the protection of cultural heritages is also an issue that Vietnam needs to focus on in the coming time. As noted in Section 4, the provisions of Vietnamese law relating to the conservation of cultural heritages are, in general, quite consistent with the spirit and content of the UNESCO Conventions. Achieving this outcome is not easy, especially for a developing country like Vietnam, where the economy and reduction of poverty remaining prominent issues. However, it is also necessary to objectively acknowledge that laws and guiding documents in this area contain gaps and lack effectiveness. As Prime Minister - Nguyen Xuan Phuc said, "While the law has been enacted it has not yet been strictly enforced... it remains unclear whether the responsibility in preserving, repairing and embellishing relics and heritages makes the heritage protections work well in many places, and heritages have been compromised".<sup>102</sup> Specifically:

First, regulations on rights and obligations of entities are not very clear or specific. The 2001 Law on Cultural Heritage only provides general provisions on the rights and obligations of organizations and individuals in the matter of preserving and protecting cultural heritage, especially in the protection of physical cultural

<sup>100</sup> XỬ LÝ HIỆU QUẢ HÀNH VI VI PHẠM DI SẢN QUỐC GIA [Effective dealing with violations against national heritage properties]. Available at: <https://nhandan.com.vn/di-san/xu-ly-hieu-qua-hanh-vi-xam-pham-di-san-quoc-gia-375905/>.

<sup>101</sup> VIETNAM. Ministry of Culture, Sports and Tourism. *Bảo vệ di sản bằng sức mạnh và trách nhiệm cộng đồng*. [Heritage protection with communities' strength and responsibility]. Available at: <https://bvhttdl.gov.vn/bao-ve-di-san-bang-suc-manh-va-trach-nhiem-cong-dong-620018.htm>.

<sup>102</sup> VIETNAM. Ministry of Culture, Sports and Tourism. *Bảo vệ di sản bằng sức mạnh và trách nhiệm cộng đồng*. [Heritage protection with communities' strength and responsibility]. Available at: <https://bvhttdl.gov.vn/bao-ve-di-san-bang-suc-manh-va-trach-nhiem-cong-dong-620018.htm>.

values. Meanwhile, the intangible cultural heritages are the basic values that create the essence and create the identity, the values of the traditional culture are rarely mentioned.

Second, the sanctions for handling administrative violations in the protection, preservation and promotion of traditional cultural values are not strict enough to punish and discourage violations; acts of distorting history, denying revolutionary achievements. The level of enforcement is not strict enough, just stopping at the level of administrative sanctions.

Third, the policy regime for officers participating in the collection of intangible cultural heritage has not been specified.

Fourth, financial mechanisms and policies for the conservation of new cultural heritage stop at general regulations or are not synchronous, complete, or comprehensive. They have only been recognized in a number of aspects such as expenses for artisans, excavation expenses, archaeology, and others.

Therefore, to enhance the role of law in preserving cultural heritages, the Government of Vietnam should step up the construction, systematization, and step by step improve the legal system; continue to issue and implement preferential policies for artisans, create conditions for artisans to practice and preserve their heritage, and encourage artisans to pass on their knowledge and skills to the next generation; and at the same time, strengthen the organization and implementation of the law and strictly and promptly handle violations of the law and the cultural values of the nation that are in need of conservation and development. In addition, it is necessary to improve and complement legal documents on financial mechanisms and policies in the field of cultural heritage protection and management on the basis of synthesis, research and proposal of financial support policies to investment in conservation of cultural heritage<sup>103</sup>, and focus on reforming the state management apparatus in terms of culture in all three aspects: institutions, apparatus and contingent of cadres and civil servants performing the function of cultural construc-

<sup>103</sup> NGUYEN, Thanh Hien. Cơ chế, chính sách tài chính đối với công tác bảo tồn di sản văn hóa Việt Nam. [Mechanisms, financial policies for cultural heritage of Vietnam]. *Tạp chí Tài chính* [Journal of Finance], v. 2. Available at: <https://tapchitaichinh.vn/co-che-chinh-sach/co-che-chinh-sach-tai-chinh-doi-voi-cong-tac-bao-ton-di-san-van-hoa-viet-nam-330691.html>.

tion and development.<sup>104</sup>

Besides the aforementioned issues, the limited investment and financial sources available for heritage conservation poses another concern to the Government. Vietnam is a developing country with the current GDP per capita about USD (around 2,800 USD in 2019) is only 40% of the global average, 20% of the average of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) and 5% the average of the high-income economies.<sup>105</sup> As mentioned above, Vietnam has a diversity of cultural heritage properties located in numerous areas across the country. Some types of intangible heritage are on the verge of loss, particularly traditional arts. Numerous historical monuments and sites have sharply deteriorated and degraded, requiring considerable restoration. However, funding sources from the State budget only partially supports the protection of heritage against degradation or helps to prolong their lives. Some local communities living in poor areas are unable to donate sufficient money to large-scale restoration or renovation.

In addition, the implementation of support to artists in heritage preservation is slow and inefficient. Folk artists are those who hold the quintessential values of traditional culture and arts, traditional crafts and are honoured by UNESCO as living human treasures. As said above, the issuance of Decree No. 109/2015/ND-CP by the Vietnamese Government illustrates the Government's significant support to artists having low incomes and in difficult circumstances. The honour of artists shows the respect of communities to those who have constantly devoted and dedicated their lives to the preservation and safeguarding of cultural heritage of the localities and the State. Nevertheless, it is only practically effective where honoured artists' livelihoods are maintained, paving the way for their contributions to the enrichment of traditional cultural values to communities and the transmission of their knowledge and skills to the younger generations.<sup>106</sup> Nevertheless, in

<sup>104</sup> HO, Thanh Hon. Vai trò của pháp luật trong giữ gìn, phát huy giá trị văn hóa truyền thống. [The role of laws in preserving and promoting traditional and cultural values]. *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* [Journal of Legislative Studies], v. 7, n. 359. Available at: <http://laphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=207028>.

<sup>105</sup> WORLD BANK GROUP. *Vibrant Vietnam: forging the foundation of a high-income economy: main report*. May 2020. Available at: <https://documents.worldbank.org/curated/en/745271590429811414/pdf/Main-Report.pdf>.

<sup>106</sup> NHAN DAN ONLINE NEWS. *Shortcomings in supporting folk*



fact, very few artists, specifically those living in poor, remote, and mountainous areas can enjoy these supportive policies due to inefficient implementation and poor management. The majority of artists are still living in poverty without allowances or insurance. Furthermore, the Government has yet to develop a long-term development strategy to facilitate the preservation of traditional cultural values and beneficial working conditions for artists<sup>107</sup>. Thereby, in the future, the Government is in need of policies on maintaining artists' livelihoods and facilitating working conditions for artists to pave the way for their contributions through conveying their knowledge and skills to others.

Although a firm legal corridor on heritage protection has been created, there is a lack of conformity in the legal framework and policies in these regards. The Law on Cultural Heritage has not yet provided comprehensive solutions to regulate and assign specific responsibilities of State management authorities and monument owners, the involvement of communities and expertise entities and their interconnections with the State authorities in heritage protection, and the implementation processes of heritage protection. Moreover, it is necessary to promote integration and international exchange in heritage protection and management as cultural exchanges are inevitable as well as the Government adhering to commitments to UNESCO and the international community.

## 6 Conclusion

Preservation and promotion of the nation's cultural heritage property are the common responsibility of both the State and communities, particularly inscribed cultural heritage properties. All States are confronted with the issue of how to ensure socio-economic development and heritage safeguarding simultaneously. In recent years, the Government of Vietnam has made strenuous efforts to create an important legal corridor for the preservation of the country's cultural heritage. Nevertheless, due to limitations in resources and social awareness and weaknesses in the State management

artists. Available at: <https://nhandan.com.vn/dong-chay/bat-cap-trong-dai-ngo-nghe-nhan-dan-gian-327225/>.

<sup>107</sup> NHAN DAN ONLINE NEWS. *Shortcomings in supporting folk artists*. Available at: <https://nhandan.com.vn/dong-chay/bat-cap-trong-dai-ngo-nghe-nhan-dan-gian-327225/>.

operation, heritage protection remains a difficulty to the Government of Vietnam.

It is difficult to have cultural heritage objects inscribed; however, it is even more difficult to safeguard them and promote their values. Preserving heritage is akin to preserving the nation's soul, cultural roots, and traditions, which requires citizens, organisations and the State to take responsibility. In addition to the continuous implementation of domestic regulations on heritage protection, the Vietnamese Government is required to balance between economic development demands and heritage safeguarding and draw attention to the development of supportive policies for artists. Vietnam additionally needs to consider incorporating provisions contained in the international treaties on heritage protection to which Vietnam is a member. Concurrently, it is necessary to strengthen international cooperative activities to seek further assistance in heritage safeguarding and apply scientific and technological achievements to enhance heritage management and supervision in the future.

## References

COMMUNIST PARTY OF VIETNAM. *Bảo vệ và phát huy giá trị di sản văn hóa Việt nam vì sự phát triển bền vững*. [Protection and promotion of the values of Vietnamese cultural heritage for the aim of sustainable development]. Available at: <http://dangcongsan.vn/tu-tuong-van-hoa/bao-ve-va-phat-huy-gia-tri-di-san-van-hoa-viet-nam-vi-su-phat-trien-ben-vung-491901.html>.

FORREST, Craig. *International law and the protection of cultural heritage*. Routledge, 2010.

HO, Thanh Hon. Vai trò của pháp luật trong giữ gìn, phát huy giá trị văn hóa truyền thống. [The role of laws in preserving and promoting traditional and cultural values]. *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* [Journal of Legislative Studies], v. 7, n. 359. Available at: <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=207028>.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Farida Shabeed*. No. A/HRC/17/38. 21st Mar. 2011. Available at: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/17/38>.

KONO, Toshiyuki; WRBKA, Stefan. *General report: protection and preservation of cultural heritage in the*

- impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st century. Leiden: Brill; Nijhoff, 2010.
- LIXINSKI, Lucas. *Intangible cultural heritage in international law*. Oxford University Press, 2013.
- LIXINSKI, Lucas. International cultural heritage regimes, international law, and the politics of expertise. *International Journal of Cultural Property*, v. 20, p. 407-409, 2013.
- LOGAN, William Logan. Collective cultural rights in Asia: recognition and enforcement. In: JAKUBOWSKI, Andrzej. *Cultural rights as collective rights: an international law perspective*. Leiden: Brill; Nijhoff, 2016.
- NGUYEN, Linh Giang. World heritage and human rights policy in Vietnam: a legal review. In: LARSEN, Peter Biller. *World heritage and human rights: lessons from the Asia*. Routledge, 2018.
- NGUYEN, Thanh Hien. Cơ chế, chính sách tài chính đối với công tác bảo tồn di sản văn hóa Việt Nam. [Mechanisms, financial policies for cultural heritage of Vietnam]. *Tạp chí Tài chính* [Journal of Finance], v. 2. Available at: <https://tapchitaichinh.vn/co-che-chinh-sach/co-che-chinh-sach-tai-chinh-doi-voi-cong-tac-bao-ton-di-san-van-hoa-viet-nam-330691.html>.
- NHAN DAN ONLINE NEWS. *Shortcomings in supporting folk artists*. Available at: <https://nhandan.com.vn/dong-chay/bat-cap-trong-dai-ngo-nghe-nhan-dan-gian-327225/>.
- O'KEEFE, Patrick J. *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*. 2. ed. Builth Wells: The Institute of Art and Law, 2007.
- PHÁT huy giá trị di sản văn hóa, tạo cơ hội phát triển du lịch [Promotion of cultural heritage values and creation of opportunities for tourism development]. Available at: <http://tuyengiao.vn/van-hoa-xa-hoi/van-hoa/phat-huy-gia-tri-di-san-van-hoa-cao-hoi-phat-trien-du-lich-125393>.
- TU, Thi Loan. Cultural heritage in Vietnam with the requirements of sustainable development. *International Relations and Diplomacy*, v. 7, n. 4, p. 172-187.
- UNESCO. *Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*. 1972.
- UNESCO. *Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage*. 2003.
- UNESCO. *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*. 1970.
- UNESCO. *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expression*. 2005.
- UNESCO. *General Conference Resolution 27*. UNESCO 30th session. Paris, 26 Oct.-17 Nov. 1999. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000118514>.
- UNESCO. States Parties. Ratification Status of Vietnam. *The Convention on the Protection and Promotion of the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*. 1970. Available at: <https://pax.unesco.org/la/convention.asp?order=alpha&language=E&KO=13039>.
- UNESCO. States Parties. Ratification Status of Vietnam. *The Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. 2005. Available at: <https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha>.
- UNESCO. States Parties. Ratification Status of Vietnam. *The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. 2003. Available at: <https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=17116&language=E&order=alpha>.
- UNESCO. States Parties. Ratification Status of Vietnam. *The Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*. 1972. Vietnam ratified the 1972 World Heritage Convention on 19 October 1987. Available at: <https://whc.unesco.org/en/statesparties/>.
- UNESCO. *Statutes of the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation*. 20 C/Resolution 4/7.6/5 of the 20th session of the General Conference of UNESCO. Paris, 24 Oct.-28 Nov. 1978. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000145960>.
- UNESCO. *UNESCO Constitution*. 1945.
- UNESCO. World Heritage Committee. *Final periodic report: state of the world heritage in Asia and the Pacific*. 2003 synthesis periodic report for the Asia-Pacific region. WHC-03/27.COM/6A. Paris, 16 June 2003. Available at: <https://whc.unesco.org/archive/2003/whc03-27com-06ae.pdf>.

UNESCO. World Heritage Committee. *Final report on the results of the second cycle of the Period Reporting exercise for Asia and the Pacific*. WHC-12/36.COM/10A. Paris, 01 June 2012. Available at: <https://whc.unesco.org/archive/2012/whc12-36com-10A-en.pdf>.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. 1945.

UNITED NATIONS. Vienna Convention on the Law of Treaties. Vienna, 23 May 1969. *Treaty series*, v. 1155, p. 331. Available at: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtsg3&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtsg3&clang=en).

VIETNAM. [Constitution (2013)]. *Constitution of the Socialist Republic of Vietnam*.

VIETNAM. *Law No. 16/2017/QH14 dated 15 November 2017*. Forestry of the Socialist Republic of Vietnam.

VIETNAM. *Law No. 28/2001/QH10 dated 23 July 2013*. Cultural Heritage of the Socialist Republic of Vietnam. Available at: [https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/vnm/law-on-cultural-heritage\\_html/vn\\_law\\_cultural\\_heritage\\_engtof.pdf](https://sherloc.unodc.org/res/cld/document/vnm/law-on-cultural-heritage_html/vn_law_cultural_heritage_engtof.pdf).

VIETNAM. *Law No. 50/2014/QH13 dated 18 June 2014*. Construction of the Socialist Republic of Vietnam.

VIETNAM. *Law No. 55/2014/QH13 dated 23 June 2014*. Environmental Protection of the Socialist Republic of Vietnam.

WORLD BANK GROUP. *Vibrant Vietnam: forging the foundation of a high-income economy: main report*. May 2020. Available at: <https://documents.worldbank.org/curated/en/745271590429811414/pdf/Main-Report.pdf>.

XỬ lý hiệu quả hành vi vi phạm di sản quốc gia [Effective dealing with violations against national heritage properties]. Available at: <https://nhandan.com.vn/di-san/xu-ly-hieu-qua-hanh-vi-xam-pham-di-san-quoc-gia-375905/>.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The appropriation of the carioca  
intangible cultural heritage by  
an entrepreneurial logic**

**A apropriação do patrimônio  
cultural intangível da carioca  
por uma lógica empresarial**

Mário Ferreira de Pragmácio Telles

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# The appropriation of the carioca intangible cultural heritage by an entrepreneurial logic\*

## A apropriação do patrimônio cultural intangível da carioca por uma lógica empresarial

Mário Ferreira de Pragmácio Telles\*\*

### Abstract

This paper focuses on the means by which the City Hall of Rio Janeiro implemented a policy for the preservation of local cultural heritage and used legal instruments available to the protection of intangible heritage, notably from 2013, as of the creation of a new category: The Traditional and Notable Economic Activities's Book of Registry. The research is based on the debate about the conception of the Intangible Cultural Heritage (ICH) as an analytical category, in order to recognize that the ICH carries a challenging potential capable of supporting the struggles of historically subalternized groups and subjects, thus revealing the essentially political nature of this category. The development of the research intends to demonstrate that Rio's intangible heritage was captured by the entrepreneurial logic, which led to the neutralization of the challenging power of this category and permitted the beginning of the memory deletion process of those historically subalternized subjects and groups.

**Keywords:** Intangible Cultural Heritage. Registry. Traditional and remarkable economic activities. Rio de Janeiro city. Cultural policy.

### Resumo

Este artigo enfoca os meios pelos quais a Prefeitura do Rio de Janeiro implementou uma política de preservação do patrimônio cultural local e utilizou os instrumentos jurídicos disponíveis para a proteção do patrimônio imaterial, notadamente a partir de 2013, a partir da criação de uma nova categoria: O Livro de Registro de Atividades Econômicas Tradicionais e Notáveis. A pesquisa se baseia no debate sobre a concepção de Patrimônio Cultural Imaterial (PCI) como categoria analítica, a fim de reconhecer que o PCI carrega um potencial desafiador capaz de sustentar as lutas de grupos e sujeitos historicamente subalternizados, revelando o que é essencialmente natureza política desta categoria. O desenvolvimento da pesquisa pretende demonstrar que o patrimônio imaterial do Rio foi capturado pela lógica empresarial, o que levou à neutralização do poder desafiador dessa categoria e permitiu o início do processo de apagamento da memória daqueles sujeitos e grupos historicamente subalternizados.

\* Recebido em 24/07/2020  
Aprovado em 24/03/2021

\*\* PhD in Law by PUC-Rio, professor at Art Department of Fluminense Federal University and at the National Institute of Historical and Artistic Heritage (IPHAN) for the Professional Master program.  
E-mail: mariopragmacio@id.uff.br



**Palavras-chave:** patrimônio cultural intangível; registro; atividades econômicas tradicionais e registráveis; cidade do Rio de Janeiro; política cultural.

## 1 Introduction

Cultural heritage has increasingly gained attention from the legal world, whereas academic production under the prism of Law is still very restricted, especially regarding Intangible Cultural Heritage (ICH).

Accordingly, there are few studies that address the legal issues of the ICH at a local level, particularly the impact of the application of instruments aimed at the preservation of intangible cultural assets in city life.

In recent years, Rio de Janeiro has undergone an intense transformation process therefore impacting social, environmental, urban, economic and cultural aspects to a great extent, especially due to international mega-events that were held in the city, namely the 2014 World Cup and the 2016 Olympic Games. In this context, cultural heritage, rather than being regarded as something unwanted, as an obstacle, was instead positively incorporated and reintroduced as an advantage in the creation of a new city model.

Be that as it may, this process is not perceivable at a first glance. It often appears to be beneficial to the preservation of cultural heritage, for it dedicates an unusual amount of attention to this field by declaring, for example, a series of cultural assets as *Carioca* intangible heritage.

However, the ICH in this context has been fulfilling the role of distinguishing Rio de Janeiro from other cities, within a global market logic, praising the singularity expressed in cultural goods of intangible nature that endorses the creation of a so-called *Carioca* brand.

This endorsement is evidently initiated in 2013, through the creation of a new intangible asset's recognition category: The Traditional and Notable Economic Activities (AETN). This new category recognizes as part of Rio de Janeiro's intangible cultural heritage such as *chapelarias*<sup>1</sup>, confectioneries, cigar shops, tradi-

tional pubs, among other small businesses and services of similar nature.

Thus, in order to analyze the nuances and fluctuations of this recent category, i.e., Traditional and Notable Economic Activities, the findings of this article are solely based on the municipality of Rio de Janeiro, considering two specific frameworks so as to enable the research: a territorial and a time framework.

The first framework refers to the territory where the assets recognized as Traditional and Notable Economic Activities are concentrated: Downtown Rio de Janeiro<sup>2</sup>. According to João Domingues<sup>3</sup> classification<sup>4</sup>, the second framework (time) refers to the period corresponding to the Eduardo Paes Government in Rio de Janeiro (from 2009 to 2016). This framework was specifically chosen considering the urban and heritage policies implemented in this interregnum and due to the economical and geographical spread that occurred in the city of Rio de Janeiro, enhanced by the announcement and the realization of these great international events, which directly impacted the preservation of cultural heritage.

While this measure is welcomed, due to the insertion of intangible assets as constituents of the current notion of cultural heritage, as established in article 216 of the 1988 Brazilian Federal Constitution, difficulties arise in the adaptation and implementation of this new paradigm in local politics. What happens when the ICH is used in this specific context?

This article will address issues related to the relationship between intangible cultural heritage and the entrepreneurial logic that prevailed in the urban planning of the city of Rio de Janeiro, especially during the

<sup>2</sup> See Figure 1. Only two assets selected in according to this policy are located outside Downtown Rio, located instead in the neighborhood of Copacabana (Zona Sul), namely the Confectionery and Restaurant *Cirandinha* - Nossa Senhora de Copacabana Ave., no. 719; and La Marquise Confectionery - Carvalho de Mendonça Street, no. 29, which were included in the Register of Traditional Businesses. Notwithstanding this exception, both were excluded from our clipping, which covers Downtown Rio de Janeiro, because it is explicitly the prioritized region of this local policy.

<sup>3</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016.

<sup>4</sup> Domingues (2016) separates the preservationist policy of the city of Rio de Janeiro in two phases, that of the preservationist and the enterprising, the latter being subdivided into two periods - César Maia Government and Eduardo Paes Government.

<sup>1</sup> *Chapelaria* is a hat shop; the manufacture and sale of hats or headgear; a common trade in Rio de Janeiro. The hat maker or manufacturer is referred to as a *chapeleiro* or *chapeleira*, which translates into a hatter (as in Alice in Wonderland).



Paes Government<sup>5</sup> and considering the *Chapelaria Porto* reference case, one of the assets of intangible nature registered under the category of Traditional and Notable Economic Activity (AETN).

## 2 The standardization of the city of Rio de Janeiro and urban entrepreneurship

As opposed to the significant amount of work and research devoted to intangible cultural heritage, especially those that are based on an anthropological tradition<sup>6</sup>, the ideas developed in this article are not directly linked to the rural context or concerning a singular cosmogony or social system. On the contrary, they refer to the application and understanding of the ICH in an urban context of a large metropolis – Rio de Janeiro – closely connected to the western capitalistic system<sup>7,8</sup>.

Studies that transition between Law and Urbanism are essential when analyzing the impact of intangible cultural heritage policies in the city context. In the legal field, the emergence of a notion of a right to the city is especially significant for it will help in situating the preservation of heritage in an urban context as a common right<sup>9</sup>. On the other hand, from an urbanistic point of view, within the debate on a right to the city, research

and articles that discuss models to comprehend contemporary cities, particularly that of a *standard* city are appropriate<sup>10</sup>.

The concept of a right to the city as presented in this article differs from what was initially pioneered by the geographer Henri Lefebvre in the 1967 essay entitled “*Le droit à la Ville*”<sup>11</sup>, written for the commemorations of the centenary of the publication *Capital*, Volume I by Karl Marx<sup>12</sup>. This work, which was written one year before the “1968 irruption”, as David Harvey<sup>13</sup> pointed out, briefly touched upon the political role of social movements in urban life, evidently, in a Marxist perspective<sup>14</sup>.

In the present article an inspired but distinct vision is adopted of Lefebvre’s right to the city, evidencing its legal dimensions. Accordingly, this article is based on the formulations made by Rosângela Cavallazzi<sup>15</sup>, who has been coordinating a series of researches in Law and Urbanism<sup>16</sup>.

According to Cavallazzi<sup>17</sup>, in Brazil, the right to the city originally emerges from Urban Law as a field of

<sup>5</sup> Eduardo Paes was elected mayor of Rio de Janeiro twice, remaining in office from 2009 -2016.

<sup>6</sup> With the exception of the so-called Urban Anthropology. On the subject, see VELHO, Gilberto. Antropologia urbana: interdisciplinaridade e fronteiras do conhecimento. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 17. n. 1, abr. 2011.

<sup>7</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 165.

<sup>8</sup> On the capitalistic system, Marés de Souza Filho (2010, p. 165) makes an important reservation on cultural heritage studies, for “this is evidently within the context of law built by modernity, capitalist-based. The theory would probably be different if it were made in a legal system which did not maintain private property of material goods, especially that of the land itself.”. He concluded: “a system in which land would be refractory to private appropriation, both cultural and natural goods would be protected in a much simpler legal way”.

<sup>9</sup> Other areas, such as Environmental Law (cultural environment, which is dedicated to cultural heritage) and Cultural Law (considers the preservation of heritage as one of cultural rights, which, as we know, is a neglected category of human rights) also do, but the right to the city contextualizes it historically and territorially in the city.

<sup>10</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>11</sup> LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2010.

<sup>12</sup> HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 11.

<sup>13</sup> HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 13.

<sup>14</sup> In order to deepen the concept of the right to the city as mentioned by Lefebvre, historically situating it, read more of the ideas of David Harvey in the work *Cidades Rebeldes: o direito à cidade à revolução urbana* (Rebel Cities: a city’s right to urban revolution (2014), originally published in 2012, especially the first chapter, dedicated to ‘the right to the city’, in which Harvey dialogues with the *Lefebvrian* idea, presenting strategies needed for action in the post-crisis context of 2008, understanding that social movements should focus on controlling and democratizing surplus capitalist production.

<sup>15</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Perspectivas contemporâneas do patrimônio cultural: paisagem urbana e tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.; CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.; CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli; FAUTH, Gabriela (coord.). *Cidade Standard e novas vulnerabilidades*. Rio de Janeiro: PRO-URB, 2018.

<sup>16</sup> See the collection ‘Law and Urbanism’, volumes 1 and 2 (Cavallazzi and Ribeiro, 2010; Cavallazzi and Ayres, 2012).

<sup>17</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Perspectivas contemporâneas do patrimônio cultural: paisagem urbana e tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 131.

knowledge in applied sciences, especially with the 1988 Brazilian Federal Constitution and mainly as a result of the enactment of the City Statute, the Civil Code of 2002, and with the establishment of the Ministry of Cities at a federal level.

Rosângela Cavallazzi<sup>18</sup> argues that the right to the city is the core of Urban Law, and it is composed of several rights, which include, among others<sup>19</sup>, the preservation of the cultural, historical and landscape heritage, which will thereof be referred to only as cultural heritage, provided that all historical and landscape heritage is, in turn, cultural.

The concept of the right to the city, in itself the preservation of cultural heritage, is useful for comprehending the *patrimonialization* process of cultural assets that occur in large urban centers, such as Rio de Janeiro, supporting the analysis of the *Carioca* preservationist policies<sup>20</sup>.

The comprehension of a *standard city*, also approached by Cavallazzi in her study of the right to the city, is a crucial factor for the understanding of what is meant in the present article as a “contemporary Rio de Janeiro”. In the essay “Standard City: challenges of a landscape in motion”, Rosângela Cavallazzi<sup>21</sup> clearly defines the fundamentals that form this particular city model. For the author, the *standard city* results in formatted cities that are sensitive to the logic of globalization<sup>22</sup>, in which the environment and urban social relations become entrapped in the referred market model<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Perspectivas contemporâneas do patrimônio cultural: paisagem urbana e tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 130.

<sup>19</sup> The right to housing, education, work, health, public services, leisure, security, public transport, the natural and developed environment also integrate the concept of the ‘right to the city’. The “The Global Charter for the Right to the City”, drafted in 2001 by the participants of the First World Social Forum, is a great reference for the identification of the mentioned rights.

<sup>20</sup> In the city of Rio de Janeiro, the urban norms, among them the Directive Plan, deal with intangible cultural heritage, considering the respective preservation mechanisms as instruments of urban policy.

<sup>21</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>22</sup> The globalization logic referenced by Cavallazzi is shared by Milton Santos. Such logic evidences, above all, its perverse characteristics. See: Santos (2003).

<sup>23</sup> On the subject, see the collective work *Cidade standard e novas vulnerabilidades* (Standard City and New Vulnerabilities), coordinated by Cavallazzi and Gabriela Fauth (2018).

As explained by the *Hobsbawnian* sense of ideals<sup>24</sup>, standardization fails to acknowledge the history of residents and creates a new set of traditions, thus unifying the memory of the city<sup>25</sup>. Cultural heritage would hold a strategic role considering such a scenario, created due to the standardization<sup>26 27</sup>, either to emphasize the standardizing function, or to foster hope<sup>28</sup> in order to provide visibility for historically vulnerable and inferior groups.

In a *standard city*, the inhabitants adhere to the city<sup>29</sup>. The preservation of cultural heritage is imposed upon, for it is preestablished regardless of any kind of negotiation, participation or response from individuals deemed as vulnerable. Therefore, a *standard city* is also composed by cultural heritage.

This referred to market model results in new vulnerabilities and the consequent shielding to the right to the city, concept established in the present article as myriad of rights, which include the preservation of cultural heritage as a common right.

The right to cultural heritage (or the right to preserve cultural heritage) is not fulfilled in the *standard city*.

<sup>24</sup> HOBBSBAWM, E.; RANGER, T. *A invenção das tradições*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

<sup>25</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>26</sup> CERTEAU, Michel de. *A invenção do cotidiano: artes de fazer*. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. v. 1. p. 100.

<sup>27</sup> Michel de Certeau concepts for ‘strategy’ and ‘tactics’ help in comprehending this double possibility. Certeau defines as strategy the relationships of force that an individual, who is fully capable and seeks power, when isolated uses others or turns to manipulations tactics; while tactics is “the movement ‘within the enemy’s field of view’ [...], and in a space controlled by the enemy. [...] It strikes blow by blow. Takes advantage of the ‘occasions’ and is dependent of them, with no basis for stocking benefits and for increasing the property and to anticipate exits. Its gains are not preserved, however. This non-place allows for its mobility, but is also open to the hazards of time, so as to capture in flight the possibilities offered by an instant. One must make use, vigilantly, of the failures that the private conjunctures open in the surveillance of the proprietary power. Then it [tactics, as defined by Certeau] goes hunting, so to speak. Creating surprises, and is capable of landing itself where nobody expected it to be. It’s cunning”. CERTEAU, Michel de. *A invenção do cotidiano: artes de fazer*. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. v. 1. p. 100-101.

<sup>28</sup> HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablus, 2006.

<sup>29</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 7.

As perceived by Cavallazzi<sup>30</sup>, “the city as an urban center is transformed into an enterprise; it replicates the market logic. A corporative ecstasy is established that translates into production and consumption, where one recognizes the other only as another market player.”. Thus, “its urban center becomes diverse due to the influence of real estate agents and both market tendencies or demands, resulting in new competing centricities.”.

Therefore, according to Cavallazzi<sup>31</sup>, the contemporary city of Rio de Janeiro can be deemed as a *standard* city. According to the models proposed by Cavallazzi, preservationist actions directed at intangible assets that are part of the *Carioca* cultural heritage will be further analyzed in this article.

In order to reinforce and deepen this standardized city perspective while taking into account the local experience of recent years, works developed by the author João Domingues<sup>32</sup>, specifically his article on cultural heritage: “*A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras*”<sup>33</sup>, will also be considered. Domingues has been researching cultural policies and urban sociology, and his ideas combined with those expressed by Cavallazzi strengthen the arguments presented in this article.

In the mentioned work, Domingues<sup>34</sup> strives to understand the influence urban entrepreneurship<sup>3536</sup> has

on the preservation policies regarding the *Carioca* cultural heritage. The author provides readers with an important chronology of the existing local preservation policies, which historically define the time frame where the assets recognized as traditional and notable economic activities are included<sup>37</sup>.

Domingues<sup>38</sup> divides the institutional history of cultural policy on the *Carioca* heritage in two phases (or versions), which he called: (a) protectionist and (b) urban entrepreneurial.

The protectionist version is that corresponding to the end of the seventies, which culminated in the inauguration of urbanistic instruments, such as the Cultural Strip (*Corredor Cultural*) and the Protection Area of the Cultural Environment (APAC), aimed at curbing the destruction of certain parts of the city, i.e. the downtown areas.

Downtown Rio has also stood out as a priority area for the implementation of actions that preserve cultural heritage, mainly due to pressure from the residents’ associations. Domingues<sup>39</sup> recalls that “since the city did not have the legal instruments for protecting heritage [...], in order to make the implementation feasible, zoning laws and ground occupation strategies were necessary.”. Only in 1980, with Law no. 166, which created the possibility for heritage listing and established the Municipal Council for the Protection of Cultural Heritage “that the elaboration of heritage policies concerned with the urban aspects of Rio de Janeiro became viable”.<sup>40</sup>

Considered a first phase, Domingues<sup>41</sup> argues that “it corresponded to the choices made by institutes ai-

<sup>30</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 9.

<sup>31</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>32</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016.

<sup>33</sup> Translation: “The recent institutional history on cultural heritage policies in the city of Rio de Janeiro: protectionist versions, entrepreneurial versions”.

<sup>34</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016.

<sup>35</sup> HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablus, 2006.; HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>36</sup> Harvey elaborates on the concept of urban entrepreneurship, which was worked with by Domingues (2016) to analyze the case of Rio de Janeiro in the publication *A produção capitalista do espaço* (2006), which translates into *The Capitalist Production of Territory*, as well as in *Cidades Rebeldes [...]* (2014), which translates into *Rebel Cities*

[...]. See: HARVEY, David. From managerialism to entrepreneurialism: the transformation of urban governance in late capitalism. *Geographic Annaler*, v. 71B, p. 3-17, 1989.

<sup>37</sup> Refers to the Eduardo Paes governing Era (2009-2016).

<sup>38</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016.

<sup>39</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 226.

<sup>40</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 226.

<sup>41</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 225.



med at protecting the ‘national memory’”, among them, the National Institute of Historic and Artistic Heritage (IPHAN). Furthermore, “these conceptions flooded Rio’s legislations and heritage selection, leading them to include articles on real estate protection and limitations for civil constructions”.<sup>42</sup>

The second phase, also according to Domingues’ classification is called the *Carioca* urban entrepreneurship. This entrepreneurial version is composed of two distinct moments that are divided according to two of Rio de Janeiro’s mayors. First, during the César Maia era, from 1993 to 2008<sup>43</sup>. Throughout these years, investments were directly connected to urban marketing and applied to the construction of physical space<sup>44</sup>. Secondly, throughout the Eduardo Paes era, which began in 2009, and when creative economy<sup>45</sup> and structural

changes in patrimonial management of the city of Rio de Janeiro complemented the ongoing movement<sup>46</sup>.

The proposed time framework in this article is based on the classifications also determined by João Domingues. It includes Eduardo Paes Government (2009-2016), which is part of the second moment of the entrepreneurial version of Rio de Janeiro’s heritage policy.

In addition, the proposed territorial framework, i.e. Downtown Rio de Janeiro, is also present in João Domingues criticism when he argues on the ennobling characteristics of creative economy, through the analysis of the “Strategic Plan of the City of Rio de Janeiro post-2016: an integrated and competitive city”<sup>47,48</sup>, a document that explains the predilection for Downtown Rio:

In the post-2016 Rio strategic plan, the creative logic refers to specific interventions in Downtown Rio, shifting the “Product *Barra*” to the central region of the city. The Post-2016 Rio focuses on the deduction of investments in urban enclaves, highlighting the cultural attractions responsible for the intervention in the Port Area - Rio Art Museum and Museum of Tomorrow - and in the revitalization of *Praça Tiradentes* and *Lapa*. It is possible, however, that this dimension of urban policies guided by the initiative of adding cultural attractions can lead to the process of gentrification in the Downtown area of the city, either in the “revision of building parameters in empty lots” or in the “implementation of public notices for concessions on real estates defined as economically strategic.”<sup>49</sup>

Predictably, the territorial spaces where assets recognized as Traditional and Notable Economic Activities

<sup>42</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 225.

<sup>43</sup> César Maia was elected as mayor of Rio de Janeiro twice, same as Eduardo Paes.

<sup>44</sup> In Domingues understanding “For such a project, culture as one of its fundamental axes. The change in urban management repositions the city’s ‘unique qualities’ in order to stand out in relation to other cities, whether they be natural cities, existing architectural complexes or yet to be built, also considering its specialized services, its diversity and cultural attractions. The process also incorporates a very subtle change in the field of business advertising and in new forms of consumption analysis. With the branding technique, advertisers have found a new way of managing the business brand, radically transforming the advertising language. Initially, when companies invested in advertising, the main focus was on information on the advertised products, operating on the expansion of consumer markets. Branding, however, associates the product with a lifestyle, as a distinctive link to the loyalty and constant movement of their markets.”. DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 223-224.

<sup>45</sup> Creative Economy is an Anglo-Saxon concept, initially implemented in Australia (Creative Nation project) and in the United Kingdom (by the policy called Creative Industries Task Force), brought to Brazil as a public policy in the Dilma Government, with the creation of the Department of the Creative Economy. The creative economy encompasses several “creative sectors” such as fashion, electronic games, theater, cinema, design and cultural heritage. On the subject, in a critical perspective, see DOMINGUES, João Luiz Pereira; LOPES, Guilherme. Economia Criativa e trabalho cultural: notas sobre as políticas culturais brasileiras e nos marcos do capitalismo contemporâneo. In: RUBIM, Antônio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre; CALABRE, Lia (orgs.). *Políticas culturais no governo Dilma*. Salvador: EDUFBA, 2015. Translation of cited titles: Creative Economy and cultural work: notes on Brazilian cultural policies within the framework of contemporary capitalism. In: Cultural policies in the Dilma government.

<sup>46</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 229.

<sup>47</sup> RIO DE JANEIRO [Município]. *Plano Estratégico da cidade do Rio de Janeiro pós-2016: o Rio mais integrado e competitivo*. Rio de Janeiro, 2010. p. 208.

<sup>48</sup> João Domingues explains that “during Eduardo Paes first term of office, the city hall launched the Post-2016 plan, an integrated and competitive plan for Rio de Janeiro. This plan has 56 goals and 58 initiatives, and its main objective is to transform Rio de Janeiro into a ‘national reference in the excellence of the business environment with outstanding leadership in attracting and maintaining productive investments’ (RIO DE JANEIRO, 2010, p. 16)”. DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 232.

<sup>49</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 241.

(AETN) are located in Downtown Rio de Janeiro, near the Port Area and bordering *Praça Tiradentes*. This is due to a deliberate policy that considers local cultural heritage as an instrument of urban entrepreneurship and recognizes those that hold ICH as entrepreneurs.

Washington Fajardo, former president of the Rio Institute of Humanity Heritage (IRPH), in an interview with FGV Projects<sup>50</sup>, addresses the priority in making Downtown Rio the main focus area for implementing heritage (both tangible and intangible) policies:

The actions undertaken by Rio de Janeiro's City Hall are strategic for the urban development of the city. In prioritizing Downtown Rio, through *Porto Maravilha*, it alters the logic of urban development of the city in force during the last 40 years, which is that of the expansion of the city. This has both a tangible and intangible impact. The tangible effect was the improvement of our Downtown area, which had increased visits and developed tourism. A concrete example: restaurants that were only open during weekdays, are now working during weekends as well. There is also an intangible result. Over the last 40 years, we have understood that expanding the city was to promote economic development. We had a way of thinking that associated city growth and expansion with positivity because it meant getting richer and developing society. This is a misconception. The intangible dimension in recovering the Downtown area can be translated into a change in the way we once thought of the city. We begin to acknowledge a city we already had with a new perspective when it comes to occupation, thus promoting economic development. New businesses are opened, people are able to now live closer to work, consequently creating a more sustainable urban ecosystem, more resilient to economic crises, environmental and social issues.

According to Domingues<sup>51</sup>, “this project is conditioned to the concentration of capital investments in selected areas of the city, linked to a high selection of normative and symbolic models so as to maintain a certain image of the endeavored city.” Inspired by David Harvey<sup>52</sup>, João Domingues<sup>53</sup> argues that “this new plan-

ning model instates a new and robust vocabulary for the understanding of an entrepreneurial city, exploring the locational advantages for offering goods and services and for attracting financial capital.”

Thus, “for the culture universe, this new model of urban regulation would guide the commodification of part of the city as a unitary image (City Marketing), based on the selection of local identities and a highly controlled social use of urban space.”<sup>54</sup>

David Harvey<sup>55</sup>, according to Bourdieu's notions, but applying them in a collective perspective, contends that the collective capital of cities like Rio de Janeiro is a form of distinction in the global marketplace. Therefore, they constitute distinctive trademarks<sup>56</sup>, which praise the singularities and often rely on cultural heritage and memory as structuring elements of the so-called urban entrepreneurship.

On the other hand, Harvey presages the ambiguity and contradiction of this phenomenon. In order to exemplify, Harvey<sup>57</sup> mentions the French wine production to explain monopolized income<sup>58</sup> in the chapter “*Arte da renda*” from the book “*Cidades Rebeldes [...]*”, in which he calls attention to a new phenomenon of contemporary capitalism. In the mentioned phenomenon, instead of unifying or destroying, capital is invested in what presents certain ‘unique’, ‘singular’ and ‘authentic’ characteristics, demonstrating a new approach when considering the relation between intangible heritage, market and globalization:

Nevertheless, income or profit stemming from monopoly is in itself a contradictory modality. The quest

versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 223.

<sup>54</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 264.

<sup>55</sup> HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 193.

<sup>56</sup> HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 194-195.

<sup>57</sup> HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>58</sup> In order to analyze the relationship between the tendency to create monopolies in certain economic sectors and cultural singularities, Harvey studies the wine market and the repercussions of the French wine *terroir*, which carries a strong tradition and economic impact, as opposed to the Australian wines that are characteristically distinct and deprived of the so-called ‘authenticity of the *terroir*’. They make use of other categories to counteract the distinctive forms that used in wines produced in a certain region in France, where specific techniques are applied.

<sup>50</sup> Interview with Washington Fajardo. Available at: <http://fgvprojetos.fgv.br/noticias/entrevista-com-washington-fajardo>. Access on: Jan. 19, 2018.

<sup>51</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 224.

<sup>52</sup> HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Anablus, 2006.

<sup>53</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro:

for such an income causes global capital to value distinctive local initiatives - indeed, in some cases, the more distinctive and, especially nowadays, the more transgressive these initiatives are, the better. It also leads to the appreciation of singularity, authenticity, particularity, originality and all other dimensions of social life that are incompatible with the presumed homogeneity caused by the production of goods. Furthermore, if the investment isn't intended to completely destroy the singularity which allows for the appropriation of monopoly revenues (and there are many circumstances in which this occurred and those involved were severely condemned for it), then it must be used in a way that it defends differentiation, allowing for the development of a divergent and, to some extent, uncontrollable local culture that may be antagonistic to its own functioning.

Due to these characteristics, it is increasingly difficult and complex to investigate the discursive uses of cultural heritage under the *standard* city model, provided there is no standardization. Instead of grossly causing destruction through homogenization, there is a sophisticated appropriation and subjugation of the ICH's contending power in favor of certain interests, which ultimately cause a depreciation of this category.

Continuing with João Domingues<sup>59</sup> analysis on the impact of urban entrepreneurship on the cultural policies of Rio de Janeiro, three aspects stand out:

- i. the uncritical incorporation of the creative economy as a categorical favorite, in which urbanism in Rio de Janeiro makes the city cool, a competitor for capital funds and creative subjects or interested in its innovative aesthetics;
- ii. the images derived from this process, based on innovative rites, that promote interventions in the urban layer, which privilege aesthetic forms and the presence of the solvent users of the urban entrepreneurial process;
- iii. the current institutional patrimony restriction, which emphasizes the dimension of a landscape fraction of the city instead of expanding on consulting mechanisms for commodification, establishes bureaucratic centralism limits that privilege the material dimensions of patrimonial and heritage policies.

Regarding the third item above, which emphasizes

<sup>59</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016. p. 242.

bureaucratic centralism<sup>60</sup> and the material dimension of local heritage policies, it is possible to state that the recognition of the intangible dimension of heritage in the cultural policy of the city of Rio de Janeiro was initially included in 2013. This movement is evident in several Brazilian cities.

Concerning the local heritage preservation scenario, especially regarding the rise of ICH in municipalities, Daniel Reis<sup>61</sup> states that:

In a city one can observe the rapid growth of cultural heritage departments and commissions governed by their own legislation, although most of them have been inspired, to a greater or lesser extent, by IPHAN's Decree no. 25. However, it is still interesting to note how quickly they incorporated the intangible heritage category into their discourses. Cultural heritage seems to have conquered in the country a space that was unimaginable a few years ago in the organization chart of the municipal public administration. The profile of the institutions varies in terms of performance, political strength, work methodologies, professional profiles and heritage projects.

Nevertheless, considering Rio de Janeiro's case, there is no rupture from the remnants of the modern notion of patrimony and heritage or with the urban entrepreneurship openly discussed by Domingues<sup>62</sup>, releasing, in turn, the contending force of the ICH category. Quite the contrary: the recognition of traditional and notable economic activities (which is present in the second phase previously mentioned, i.e. the entrepreneurial version) determines that the power of the ICH was properly framed by the *standard* city logic and revisited by urban entrepreneurship.

This novelty brought about by the application of the ICH in cities, moreover, is well demonstrated in the work "*Cidade (i)material: museografias do patrimônio cultural no espaço urbano*", published in 2015, as a result of the

<sup>60</sup> According to Domingues' theory, the lack of participation and bureaucratic centralism can be considered the origin of the concept *gabineteagem*, developed by this author and which represents the *modus operandi* of how certain cultural goods are officially recognized as carioca cultural heritage, meaning without technical studies, without the participation of the people or of the council responsible for heritage in the municipality. They are simply established by a unilateral act of the mayor, which Domingues denominates as *gabineteagem*."

<sup>61</sup> REIS, Daniel. *Cidade (i)material: museografias do patrimônio cultural no espaço urbano*. Rio de Janeiro: Mauad X; FAPERJ, 2015. p. 250.

<sup>62</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016.



doctoral work of Daniel Reis<sup>63</sup>. The author created a ‘museography of urban space’ under the influence of Urban Anthropology.

When analyzing the local heritage policy of Juiz de Fora (MG), Reis<sup>64</sup>, in order to prove his hypothesis that the new heritage policies in the cities, especially with respect to intangible assets, reverse the logic that considers heritage as out of market range, he points out:

By including intangible heritage as a category there was a minor change in the classic opposition between patrimonial assets and market. The assets correspond, in their majority, to the calendar of events that attract a greater tourist flow to a city that has been seeking to establish itself in this sector. Thus, the intangible assets of the city are also those that attract considerable capital flow, positively affecting the hotel chain, restaurants and other services.

Accordingly, as forewarned by Reis<sup>65</sup>, in Rio de Janeiro and in other Brazilian cities, there is an incessant dispute over the implementation of the ICH: on the one hand, the existence of a movement which strives to establish cultural heritage, that neutralizes the contending power of the ICH concept in favor of a standardized and entrepreneurial logic. On the other hand, the strengthening movement of historically inferior individuals and communities who perceive in the ICH an opportunity for providing visibility and strengthening their struggles.

In this tug of war, the heritage category, especially from its intangible approach, becomes “an important tool for when thinking about a city (and cities in general), for it mirrors yearnings, clashes and contradictions as well as specifies the different groups that act in the construction of urban space”<sup>66</sup>.

### 3 The neutralization of the contending power of the *Carioca* ICH and the erasure process of collective memory

From the *standard* city and urban entrepreneurship context, a recognition policy of intangible assets emerges in Rio de Janeiro. Contrary to the state of Rio de Janeiro, which is guided by the apparent absence of policies (i.e. it has specific legislation, but has no strategy to implement the normative precepts referring to intangible cultural heritage at the state level), it was verified that the municipality has sought to implement the precepts of the norms referring to the *Carioca* ICH.

The establishment of the Traditional and Notable Economic Activities (AETN) category is, therefore, an important milestone, since it was considered the first time that strategies for a local cultural policy for ICH were outlined, overcoming the series of random and caustic declarations that previously prevailed.

The recognition of Traditional and Notable Economic Activities can be understood through three phases, all of which correspond to the publication of three municipal decrees. The phases can be described as follows:

- i. The emergence, as a result from disputes concerning *Rua da Carioca*, (*Carioca* Street) an important commercial point situated in Downtown Rio de Janeiro which can be designated as the starting point for AETN. This phase is marked by the clash that began between the *Sociedade Amigos da Rua da Carioca* or Friends Society of *Rua da Carioca* (SARCA) and the Opportunity Group, owner of most of the properties where the AETN of *Rua da Carioca* are established<sup>67</sup>;
- ii. The expansion or the foreshadowing of the expansion of this cultural policy beyond *Rua da Carioca* through the creation of a Registry for Traditional Businesses<sup>68</sup>;

<sup>67</sup> In this first phase, through Decree no. 37.273/2013, nine assets of an intangible nature were registered in the newly created Record Book of Traditional and Notable Economic Activities (AETN): I – *Carioca* Street, 7. *Casa Nova Zurita* (King of Knives) – Cutlery trade; II – *Carioca* Street, 15. *Irmãos Castro* – Hardware and household items; III – *Carioca* Street, 17. *Mala de Ouro* – Trade in handbags and suitcases; IV – *Carioca* Street, 19. *Mariu’s Sport* – Sports equipment; V – *Carioca* Street, 21. *Padaria e Confeitaria Nova Carioca* – Bakery and confectionery; VI – *Carioca* Street, 20 and 22. *Ponto Masculino* – Trade in high end men’s clothing; VII – *Carioca* Street, 35. *Vesúvio* – Sale of weather protection equipment; VIII – *Carioca* Street, 37. *A Guitarra de prata* – Sale of musical instruments; IX – *Carioca* Street, 39. *Bar Luiz* – Bar and restaurant.

<sup>68</sup> In this second phase, through Decree no. 39.705/2014, the fol-

<sup>63</sup> REIS, Daniel. *Cidade (i)material*: museografias do patrimônio cultural no espaço urbano. Rio de Janeiro: Mauad X; FAPERJ, 2015.

<sup>64</sup> REIS, Daniel. *Cidade (i)material*: museografias do patrimônio cultural no espaço urbano. Rio de Janeiro: Mauad X; FAPERJ, 2015. p. 251-252.

<sup>65</sup> REIS, Daniel. *Cidade (i)material*: museografias do patrimônio cultural no espaço urbano. Rio de Janeiro: Mauad X; FAPERJ, 2015.

<sup>66</sup> REIS, Daniel. *Cidade (i)material*: museografias do patrimônio cultural no espaço urbano. Rio de Janeiro: Mauad X; FAPERJ, 2015. p. 250.

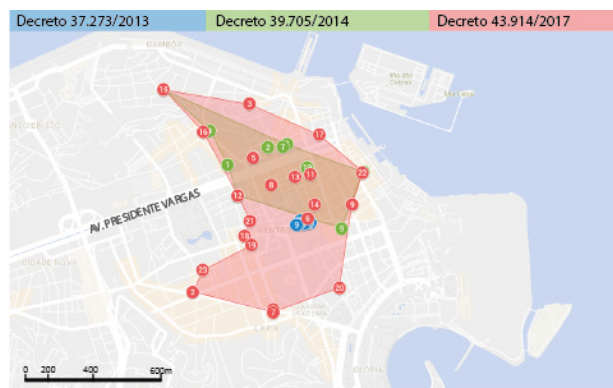
iii. The Valuable Businesses, evidenced by the creation and influence of a new protagonist, the Support Service for Micro and Small Companies of Rio de Janeiro (SEBRAE/RJ), which implemented the project denominated as ‘Valuable Businesses’ operating directly with the activities that were selected and registered as AETN by the IRPH<sup>69</sup>.

These phases, however, will not be further analyzed, but it is important to recognize that there has been a significant change in the direction of local cultural policies: from the so-called *rhetoric of loss* to urban entrepreneurship. This trend was accompanied by a territorial expansion of the policy that recognizes AETNs, widening the spectrum of *Rua da Carioca* (*Carioca Street*) to other territories, without exceeding, as can be seen in the polygon traced below, the limits of the Downtown region of Rio de Janeiro.

lowing assets were registered: “Article 2°. The establishments listed below are registered in the Register of Traditional and Notable Businesses: a. *Bandolim de Ouro* - Marechal Floriano Avenue, 120 - Downtown; b. *Chapelaria A Esmeralda* - Marechal Floriano Avenue, 32 - Downtown; c. *Chapelaria Alberto* - Buenos Aires Street, 73 - Downtown; d. *Chapelaria Porto* - Senador Pompeu Street, 94, *Sobrado* - Downtown; e. *Charutaria Syria* - Senhor dos Passos Street, 180 - Downtown; f. *Cofres Americanos* - Teófilo Otoni Street, 120 - Downtown; g. *Cofres Gaglianone* - Teófilo Otoni Street, 134 - Downtown; h. *Confeitaria e Restaurante Cirandinha* - Nossa Senhora de Copacabana Street, 719 - Copacabana; i. *Confeitaria La Marquise* - Carvalho de Mendonça Street, 29 - Copacabana; j. *Gráfica Marly* - Livramento Street, 40 - Downtown; k. *Leiteria Mineira* - Ajuda Street, 35, store A - Downtown; l. *Livraria Padrão* - Miguel Couto Street, 40 - Downtown and; m. *Tabacaria Africana* - Praça XV.”

<sup>69</sup> According to Decree no. 43.914/2017, “Article 1 The following cultural assets are registered as Intangible Cultural Heritage [...] I - A Mala Ingleza, Marechal Floriano Avenue, n° 81, Downtown; II - A Roseira da Cruz Vermelha, Praça da Cruz Vermelha, n° 40, Downtown; III - Angu do Gomes, Largo de São Francisco da Prainha, n° 3, Saúde; IV - Bar Brasil, Mem de Sá Avenue, n° 90, Downtown; V - Caça e Pesca, Marechal Floriano Avenue, n° 83, Downtown; VI - Café do Bom Cachaça da Boa, Carioca Street, n° 10, Downtown; VII - Carioca da Gema, Mem de Sá Avenue, n° 79, Downtown; VIII - Casa Azevedo, Senhor dos Passos Street, n° 63, Downtown; IX - Casa Urich, São Jose Street, n° 50, Downtown; X - Cedro do Líbano, Senhor dos Passos Street, n° 180, Downtown; XI - Chapelaria Alberto, Buenos Aires Street, n° 73, Downtown; XII - Charutaria Syria, Senhor dos Passos Street, n° 180, Downtown; XIII - Confeitaria Carolana, Buenos Aires Street, n° 124, Downtown; XIV - Confeitaria Colombo, Rua Gonçalves Dias, n° 32, Downtown; XV - Gráfica Marly, Livramento Street, n° 40, Gamboa; XVI - Jaqueta Ideal, Camerino Street, n° 70, Downtown; XVII - O Veleiro, Teófilo Otoni Street, n° 48, Downtown; XVIII - Olegário e Lourenço, Regente Feijó Street, n° 12, Downtown; XIX - Rio Scenarium, Lavradio Street, n° 15, Downtown; XX - Salão OK, Senador Dantas Street, n° 24, Store D, Downtown; XXI - Salão Pop, Gonçalves Ledo Street, n° 7, Downtown; XXII - Tabacaria Africana, Praça Quinze de Novembro, n° 38, Downtown; XXIII - Vidromar, Senado Street, n° 166, Downtown.”

**Figure 1 – Territorial span of the three Municipal Decrees for the recognition policy of AETNs**



Nevertheless, notwithstanding the attribution of value that recognizes them as cultural heritage, these cultural assets are essentially private economic activities and, therefore, are susceptible to the market logic.

Thus, it is worth repeating that in patrimonialization processes or in processes which focus solely on assets, the know-how or knowledge involved in the trade are not acknowledged, favoring instead the economic activities themselves as intangible cultural heritage. In this context, the intangible cultural heritage category (ICH) is appealed to several times in order to provide longevity to these economic activities, either through the well-known permanence tactic or, as occurs in Rio de Janeiro, through the sophisticated logic of urban entrepreneurship<sup>70</sup> driven by the dictates of the *standard city*<sup>71</sup>.

The anthropologist Antônio Augusto Arantes<sup>72</sup> cautions that in order to analyze a case concerning heritage, notably in a complex urban context such as Rio de Janeiro, it would be appropriate to use the ethnographic method to distinguish some points that are hidden in cartographies, dichotomous schemas (downtown/periphery, tangible/intangible, public/private) and, especially in normative elaborations on the subject, since the *patrimonialization* processes are fluid, ambiguous and

<sup>70</sup> Cf. DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016.; Cf. HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablus, 2006.

<sup>71</sup> CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>72</sup> ARANTES, Antônio Augusto (org.). *O espaço da diferença*. Campinas: Papirus, 2000.; ARANTES, Antônio Augusto. A guerra dos lugares: sobre fronteiras simbólicas e liminaridades no espaço urbano. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, Brasília, n. 23, 1994.

the actors involved are in constant transit.

In other words, analyzing the heritage institutional policies in Rio de Janeiro and the respective normative elucidations wouldn't be enough to comprehend the existing complex relations. Therefore, it is necessary to apply an 'ethnographic attitude'<sup>73</sup>, without forgetting the 'anthropological blues'<sup>74 75</sup>, in order to understand the granular dimension<sup>76</sup> of the producers/stakeholders of intangible assets, and acknowledge the rejection of the policies and legal protection granted to ICH in territories where they transit and negotiate their survival.

At this point, the present article mentions once again the reference case of *Chapelaria Porto*, which will be further analyzed in section three. *Chapelaria Porto* was one of the thirteen establishments selected in the Municipal Decree no. 39.705/2014, a statute part of the triad of decrees for recognizing traditional and notable economic activities.

Based on technical visits and interviews with the owner of the referred establishment, the first having occurred in 2016<sup>77</sup> and the second in 2017<sup>78</sup>, it is possible to appreciate how the policy and local legal protection

of the ICH operates, now seen on a scale that privileges the perspective of the producers/stakeholders of intangible assets.

This approach aims at evidencing not only the appropriation of the ICH but also the neutralization of the central element of this category: its contending force.

Hence, the following question must be addressed: what are the dynamics of the ICH, especially that of the Traditional and Notable Economic Activities, in Downtown Rio de Janeiro during the Paes Government, and what are the consequences to policy and the protection pertaining to ICH at a municipal level?

In 2013<sup>79</sup>, with the creation of the new AETN Record Book, for the first time within the municipality of Rio de Janeiro, the initiative for the elaboration of a cultural policy focused on the ICH was developed. There was a continuity to the actions taken, a standardization of safeguard guidelines and the participation of other actors, including that of the Mayor in the design and institutional arrangements. As much as there is criticism about this process, it is undoubtedly a milestone for the local heritage policy.

Prior to this occurrence, from an institutional point of view, the ICH of Rio de Janeiro was used in a random and un-specified manner, and could even be understood as the object of an "undue" appropriation, condemned as such in the II Fortaleza Charter<sup>80</sup> through populist declarations, but lacking any technical support. These declarations are here on after referred to as *gabinetagem*<sup>81</sup>.

The term *gabinetagem*, in rephrasing Albino Rubim's description<sup>82</sup>, is a sad tradition inherited from local preservation actions that authoritatively concentrated the

<sup>73</sup> In this article, one does not intend to undertake an ethnography, but through an interdisciplinary approach, propose an intense dialogue with other fields of knowledge, especially that of Anthropology and their respective methodologies. João Domingues, responsible for coining this concept is of great importance and influence, for by doing so, barriers created between the fields of Law and Anthropology are greatly reduced.

<sup>74</sup> DAMATTA, Roberto. O ofício do etnólogo ou como ter antropological blues. *Boletim do Museu Nacional*, n. 27, 1978.

<sup>75</sup> In the classic 1978 article by author Roberto Damatta, he writes about the work of an ethnologist and the essential "anthropological blue", necessary for the discovery of the interpretive aspects of this craft, especially those that can be considered "non-scientific", extraordinary, and that emerge from the human feeling and which must be incorporated into ethnography.

<sup>76</sup> GUELMAN, Leonardo Caravana. A experiência múltipla de um projeto e seus enraizamentos no território. In: GUELMAN, Leonardo C.; SANTOS, Juliana Amaral dos; GRADELLA, Pedro de Andrea (orgs.). *Prospecção e capacitação em Territórios Criativos: desenvolvimento de potenciais comunitários a partir das práticas culturais nos territórios Cariri (CE), Madureira, Quilombo Machadinho e Paraty (RJ)*. Niterói: CEART; Mundos das Ideias, 2017.

<sup>77</sup> The first interview was held on 20 April, 2016. Interviewee: Vanusa Damaso - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

<sup>78</sup> The second interview, held on 19 April, 2017, is a secondary source. Interviewee: Vanusa Damaso - Owner. Interviewers: João Domingues, Kyoma Oliveira, Julia Fraga, and Matheus Saudino. Location: *Chapelaria Porto* Shop - Presidente Vargas Avenue, 446, Room 1703.

<sup>79</sup> The Record Book and the Register are Brazilian legal instruments, created in 2000, which aim at preserving and safeguarding the ICH. The register occurs through the Registration in one of the Record Books.

<sup>80</sup> The new version of the Fortaleza Charter, written in 2017, warns that there is a recurrent "misunderstanding of the notion of intangible heritage and its safeguard, which leads to misappropriations of a purely populist nature where the complexity of this process is utterly ignored."

<sup>81</sup> DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016.

<sup>82</sup> RUBIM, Antônio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre (orgs.). *Políticas culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007.



attribution of value to cultural assets in a technocratic and unilateral way, as an exclusive act of the head of the municipal executive power. Therefore, this process of isolated *patrimonialization* allows for the Mayor to choose when to trigger this category solely according to his own demands, needs, and/or priorities.

From a legal point of view, this results in serious distortions which, considering the creation of the registration process in 2013, have already become the preservationist policy of the municipality of Rio de Janeiro's main focus. To name a few, these are typical examples of *gabinetagem* that occurred during the last three governments<sup>83</sup>: the declaration of Flamengo's fan club, which is one of Brazil's biggest football teams<sup>84</sup>, as ICH; the goals scored by football player Zico, in the Maracanã Stadium<sup>85</sup>; and recently, the classification of the regular yellow and blue taxis in Rio de Janeiro as ICH<sup>86</sup>.

The described practice of *gabinetagem* not only discredits the actions and respective instruments for preserving intangible cultural heritage, but also excludes the community, mainly the stakeholders and producers from the process of *patrimonialization* of the intangible assets. Public participation must be carefully observed, especially considering the established by articles 216<sup>87</sup> and 216-A<sup>88</sup> of the 1988 Brazilian Federal Constitution, combined with article 15 of the 2003 Convention for the Safeguard of Intangible Cultural Heritage<sup>89</sup>.

However, the reference case of the AETN alters the pattern established by the previous *gabinetagem* acts.

<sup>83</sup> Not to mention the use of the ICH by the legislative power, such as the "carioca accent", declared as a *Carioca* ICH, by Law No. 5.982/2015.

<sup>84</sup> Determined by Mayor César Maia (1993-1997; 2001-2008), through Municipal Decree no. 28.787/2007.

<sup>85</sup> Determined by Mayor Eduardo Paes (2009-2016), through Municipal Decree no. 37.234/2013.

<sup>86</sup> Determined by Mayor Marcelo Crivella (2011-), through Municipal Decree no. 43.256/2017.

<sup>87</sup> "The public power, with the collaboration of the community [...]"

<sup>88</sup> Article 216-A concerns the National Cultural System (SNC), from which the hypothetical National Cultural Heritage System (SNPC) derives, bringing various devices that encourage popular participation, such as the SNC principle foreseen in item "X - democratization of decision-making processes with social participation and control."

<sup>89</sup> "Article 15 (Participation of communities, groups and individuals): Within the framework of their activities to safeguard intangible cultural heritage, each State Party shall ensure the amplest participation of communities, groups and, where appropriate, individuals who create, maintain and transmit this heritage and actively associate them to its management."

Thus, there is finally a change, an inflection of perspective in the *patrimonialization* process.

Evidently, the municipality of Rio de Janeiro has been attempting to establish a local cultural policy, as proposed by Canclini<sup>90</sup> (2005)<sup>91</sup>. In spite of recognizing that there was an effort to interrupt the deleterious cycles of *gabinetagem*<sup>92</sup>, there is, primarily in relation to the third objective of the *Canclinian* definition (2005) of cultural policy<sup>93</sup>, a point of divergence with the hypotheses addressed in this article.

In other words, although there was the structuring of a pioneering cultural policy at the municipal level, the strategic planning that guided this policy, effectively speaking, failed to reach the promised discourse of a social transformation. Quite the opposite. There was the ratification of the urban-cultural order, through the compliant use of the ICH, which is contrary to the precepts established by the intangible cultural heritage category.

What are the consequences of using ICH in this context? The following question is again insisted upon: what can be extracted from the fact that several economic activities were recognized as intangible cultural heritage in the Downtown area of Rio de Janeiro during the Paes Government?

As formerly mentioned, the cultural policy of the AETN, within the proposed time and territorial framework, was regulated by urban entrepreneurship under the influence of the *standard* city imperatives.

A *standard* city, as was analyzed beforehand, frames and packages the city's cultural heritage, whether tangible or intangible. It discards, ruins or discourages

<sup>90</sup> CANCLINI, Néstor García. O patrimônio cultural e a construção imaginária do nacional. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 23, p. 95-115, 1994.

<sup>91</sup> Canclini defines cultural policies as a set of interventions carried out by the State (commissive element), in order to achieve three objectives, and the third can be chosen between two options, namely: guide the symbolic development (objective 1), meet the cultural needs of the population (objective 2), and to establish a consensus for a type of urban-cultural order (objective 3) or to generate a social transformation (counter objective to objective 3).

<sup>92</sup> The act of *gabinetagem* has not been extinguished and still persists at the municipal level. An example: the inclusion of yellow taxis as part of the intangible cultural heritage, determined during the Crivella Government, through Municipal Decree no. 43.256/2017.

<sup>93</sup> In the *Canclinian* definition (2005), the *Carioca*'s cultural policy sought to establish a consensus for a type of urban-cultural order (objective 3), instead of operating a social transformation (counter objective to objective 3).

everything that is considered undesirable to the precepts of standardization. Conflicts and clashes, which are part of the heritage field, are made void and forgotten in a *standard* city, for in such a context, cultural heritage is only used aseptically, thus conveying the notion of consensus and cordiality.

The ICH category is, therefore, appropriated by the entrepreneurial logic, for it has potential for being claimed by the historically and traditionally vulnerable and inferior individuals and/ or social groups so as to provide them with greater visibility. Urban entrepreneurship incorporates intangible cultural heritage as something profitable and which contributes to the strengthening of a city brand, thus distinguishing Rio de Janeiro in the competitive global market of cities, particularly when it was hosting major events in 2014 and 2016.

This article addresses the consequences of applying the ICH category in the described terms, which may ultimately cause the neutralization of this category's contending power, therefore triggering, in a medium-to-long term, an erasure process concerning certain individuals and social groups. In this context, the following questions are raised: What is meant by erasure? How does it transpire? What and who does it concern?

#### 4 The reference case of *Chapelaria Porto*

Considering preservationist policy as an act of memory, erasure would be the exact opposite, that is, a process of oblivion, of ultimately forgetting. As opposed to the official documents, the recognition of certain AETN within this entrepreneurial and standardizing logic causes a side effect, which distorts the historical configuration of this category, especially when it comes to the transforming potential attributed to such category.

This kind of reasoning leads to the permanent damage of ICH's central element, that is, its contending potential, as a result of the friction imposed on the modern notion of heritage<sup>94</sup>. When this process is analyzed in a granular scale<sup>95</sup>, which is smaller and to a certain ex-

tent more precise in comparison to the normative-institutional scale, this loss of power and impact is clearly perceived, specifically considering the existence of different influxes and disputes involving ICH stakeholders and producers.

The *Chapelaria Porto* case is emblematic in demonstrating this hypothesis, since it suffered the consequences of the appropriation and the neutralization of the ICH, thus experiencing in fully blown proportions the described process of erasure.

*Chapelaria Porto* was one of thirteen establishments registered in the official Registry created by the Municipal Decree no. 39.705/2014. However, this particular *Chapelaria* (or establishment), although initially selected, did not make it to the final list of those chosen by SEBRAE-RJ's Valuable Businesses project, and was therefore excluded from the Registry for cultural assets of an intangible nature as referred in the Municipal Decree no. 43.914/2017. This exclusion, comprehended as an act of invisibility and oversight, was not merely procedural, but part of the process of erasure previously described.

Inaugurated in 1880, *Chapelaria Porto* was located on Senador Pompeu Street, Downtown Rio. Although it changed addresses a few times, it was always located Downtown, near the Port Area of Rio de Janeiro. As a *Chapelaria*, it not only sells but also makes tailored hats, which is evidence of a know-how linked business. Already in its fourth generation, proving historic continuity as well as the transfer of such a know-how in between generations of the same family, it was also acknowledged by the Rio Institute of Humanity Heritage as a tradition<sup>96</sup>.

The current owner of *Chapelaria Porto*, Vanusa Damaso, interviewed in 2016<sup>97</sup>, explained that she follows a family tradition of making hats, which comes from her great-grandfather and great-great-uncle, "when

ardo C.; SANTOS, Juliana Amaral dos; GRADELLA, Pedro de Andrea (orgs.). *Prospecção e capacitação em Territórios Criativos: desenvolvimento de potenciais comunitários a partir das práticas culturais nos territórios Cariri (CE), Madureira, Quilombo Machadinho e Paraty (RJ)*. Niterói: CEART; Mundos das Ideias, 2017.

<sup>96</sup> Article 1 of Resolution 02/2016 of the IRPH lists the essential elements needed for the recognition of AETN, among them: [...] II. Tradition: commerce transmitted between generations. [...]

<sup>97</sup> Interviewee: Vanusa - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Date: 20 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

<sup>94</sup> CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Estação Liberdade; UNESP, 2006.

<sup>95</sup> GUELMAN, Leonardo Caravana. A experiência múltipla de um projeto e seus enraizamentos no território. In: GUELMAN, Leon-

they started the establishment, it was on this very same street, in that corner, on the corner of Camerino Street with Senador Pompeu Street”. Later, it was then passed on to her grandfather, and later to her father, Almir: “I am the only woman. I am the fourth generation, the only woman who works in this type of commerce in Rio de Janeiro”, says Vanusa<sup>98</sup>.

Almir, Vanusa’s father, is currently retired. Vanusa, the fourth generation of the family, took over the leadership of the *Chapelaria*, regardless of the prejudice she knew existed. The gender issue is present in Vanusa’s testimony, since the know-how linked to the *Chapelaria* business has historically been a male trade, and store customers are mostly men<sup>99</sup>.

The uniqueness of *Chapelaria Porto*, in relation to the other headgear establishments<sup>100</sup>, is proven precisely by the hat-making know-how, passed on for four generations, thus making it unique:

In a hat shop, you are a *chapeleiro*, a hatter because you are the one to create the hat. We customize hats, we are the only *Chapelaria* that does it all, the other shops, that came from generation to generation, only sell hats. Not me, I continued with tradition because I have the gift of art, so I am the only hatter in Rio de Janeiro. We are able to make any hat style, modeling and tailoring it as per customer, all of which is done under an hour.<sup>101</sup>

When questioned about the “perpetuation”<sup>102</sup> of the business and know-how, Vanusa replied that “for the time being I have not yet found the person. But I’m waiting on God. We wait on God because not even I

believed I’d be here. Can you understand this? I never imagined being a *chapeleira*”<sup>103</sup>. She further explains:

People are only amazed, they think that a woman *chapeleiro* is cool, they even joke about the mad hatter with me [...] But I have the greatest pride in maintaining a store [...] Since 1880, it has been a great burden. When I became part of the business, I really understood the history involved, something I had never imagined or really thought about [...] When I was little, I would go to the store to be with my grandfather and to tease him, win a hat of my own; when I grew up, my father would gift me with hats, did you understand? And suddenly, my father falls ill and I assume. So, I provided “perpetuation”, and my father still asked, “Do you want to pass the business back to me?” I said, no father, I want to continue. I want to perpetuate this story. I like it and will do so with pride [...]<sup>104</sup>

Once the habit of wearing hats practically disappeared in the great contemporary cities, *Chapelaria Porto* depended mainly on specific orders, during specific seasons and festive dates such as *Carnaval*. Vanusa explained that she currently works with customization of hats, highlighting two types of customers: *Samba Schools* and *Entities*.

It is worth remembering that the Samba Matrix of Rio de Janeiro, among them the *Samba-Enredo*<sup>105</sup> (which is the *samba* music composed for the *Carnaval* parade and which tells a story), are part of the intangible assets registered at a federal<sup>106</sup> level, which confirms the connection between trade traditionally carried on by the *chapelarias* (hat shops), with referred to assets considered as Brazilian cultural heritage, intimately connected to the *Samba Schools*.

The Entities to which Vanusa refers to are spiritual manifestations of Afro-Brazilian religions. Vanusa relates that many of these Entities order handmade, artisanal hats, all of which are made by *Chapelaria Porto*: “Exactly. We are the ones who craft them. Not only

<sup>98</sup> Interviewee: Vanusa - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Date: 20 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

<sup>99</sup> As reported by Vanusa, there are women clients too, “for the Globo network, for the soap operas, for the big prize, understand? But everything is down. [...] The women came here, at the time they sat with my father, and at my father’s side, and telling him what and how they wanted their customized hats and he would listen and create the desired product... he would customize the hats as requested. [...]”. Interviewee: Vanusa - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Date: 20 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

<sup>100</sup> In the same Decree that determined the inclusion of *Chapelaria Porto* in the Register, there are two other *Chapelarias* that were recognized as meeting the requirements: *Chapelaria Alberto* and *Chapelaria Esmeralda*.

<sup>101</sup> Interviewee: Vanusa - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Date: 20 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

<sup>102</sup> Recurrent neologism in Vanusa’s discourse to refer to the historical continuity and intergenerational transfer of intangible nature goods/assets.

<sup>103</sup> Interviewee: Vanusa - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Date: 20 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

<sup>104</sup> Interviewee: Vanusa - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Date: 20 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

<sup>105</sup> The other matrices are: *Partido Alto* and *Samba de Terreiro*. They are means of expression, ways of socializing and of belonging. They are also relevant cultural references in the panorama of music produced in Brazil.

<sup>106</sup> The *Samba-Enredo* was also declared an intangible cultural heritage of Rio de Janeiro by an act of the so-called *gabineteagem*, according to Municipal Decree no. 42.708/2016. There is no obstacle for the overlapping records/registers between the federal entities.



for *samba* schools [...] there are also these religions that come here for hats, the entities, as well as other people who visit Downtown Rio. [...] *Candomblé, Umbanda* [...]”.<sup>107</sup>

This type of commission is considered ancestral. Vanusa explains that tailor-made, handcrafted hats for such users, for Entities, is something that comes from her grandfather’s time:

Oh, since my grandfather’s time. Wow [...] The *malandragem* (rascality), since that time, understand? And later on, when the *samba* schools started too [...] These are people from “the talk of the town”, that’s how people refer to them. Those who are from entities, that kind of thing, and who came looking for us, because that’s how I tell you, we customize the hat, so [...] The entity wants a hat with a yellow ribbon. You will not find the yellow ribbon. But here, you can. There was an entity that wanted a braided ribbon. Nobody knew how to find this. Anyway [...] I just knew what it was like. I had that intuition of knowing what it was like.<sup>108</sup>

*Chapelaria Porto*, selected by the Registry Decree, was not included in the final list of those contemplated by the SEBRAE-RJ’S Valuable Businesses project, nor was it registered in the AETN Record Book, even though it satisfied all the necessary requirements, according to Article 1, IRPH’s no. Resolution 02/2016.<sup>109</sup>

Accepting the responsibility, Vanusa confesses that she could not attend the meetings promoted by SEBRAE-RJ, because she could not leave the store unattended to<sup>110</sup>. Participation in these meetings was an indispensable condition to proceed with the Valuable Businesses Project and, consequently, be registered as an ICH. At that time, Vanusa worked in very precarious conditions, living inside the store. She worked other jobs, such as seamstress and as a commercial representative for a clothing brand, in order to maintain

the *Chapelaria*. Regarding the project’s participation in partnership with SEBRAE, Vanusa explains:

Yes, we did participate. And then, it was really my fault, I will not deny it. Because I was in this [situation] [...] An economic crisis began, I was torn between the store and the meetings and I ended up losing. They didn’t consider me because I lacked in presence, and I do not disagree with them. It seemed like it was a lack of interest, but it was not. I was torn up between the store and SEBRAE, and I know SEBRAE was going to help me too, but the timing was off. And the crisis was worse each day that I would either have to attend, or close the doors the shop, I had to choose one of two things. Although the meeting was always at 4:00 pm, I always arrived late, especially because at times I worked in three places, and slept in the store. I made a house here in the store in order to compensate. So, these were my conditions: Me, as a shop, in order to survive, understand? I lost despite of this, and I was very sorry, and I did not have the courage to ask my father to go, either. Everything depended on me, I was starting to manage the store as well, so I was really sad to have lost the opportunity. I would like, in the future if I had the opportunity again, to really grab it and get a second chance. But I would like it in a period that I was already in a good, stable situation to take it seriously. I did take it seriously the first time, only the conditions were unfavorable, I was supporting a job in order to make money and pay rent and water access and other basic needs. If I couldn’t pay for them any longer, what was going to happen? I would have to close the shop.<sup>111</sup>

Therefore, *Chapelaria Porto* was removed from the SEBRAE-RJ’S Valuable Businesses Project and from the AETN Record Book. The official explanation, confirmed in the excerpt from the interview transcribed above, is that Vanusa was not assiduously present at the meetings.

However, these events are worth analyzing from a political-institutional conjuncture, thus including the recognition of the AETNs as ICH. Vanusa was the only one responsible for the store, and the meetings were held during business hours, which meant that there was obviously no way for her to attend them.

The conditions in which Vanusa exercised her trade were not only poor and unstable<sup>112</sup>, but placed her in a vulnerable situation. It is worth mentioning that she was

<sup>107</sup> Interviewee: Vanusa - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Date: 20 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

<sup>108</sup> Interviewee: Vanusa Damaso - Owner. Interviewers: João Domingues, Kyoma Oliveira, Júlia Fraga e Matheus Saudino. Date: 19 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Presidente Vargas Avenue, 446, Room 1703.

<sup>109</sup> Namely: I. Production process/traded item: a business that preserves knowledge, techniques and/or traded items considered traditional; II. Tradition: commerce transmitted between generations; III. Reputation: trade recognized by residents and visitors of the region as a symbol of the territory; IV. Brand value: recognition of the traditional brand; V. Ancestry: length of stay in the territory.

<sup>110</sup> As if the store were a person, someone who is part of the family to whom Vanusa owed attention to and should care for.

<sup>111</sup> Interviewee: Vanusa - Owner. Interviewers: Mário Pragmácio and Júlia Fraga. Date: 20 April, 2016 Location: *Chapelaria Porto* Shop - Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*.

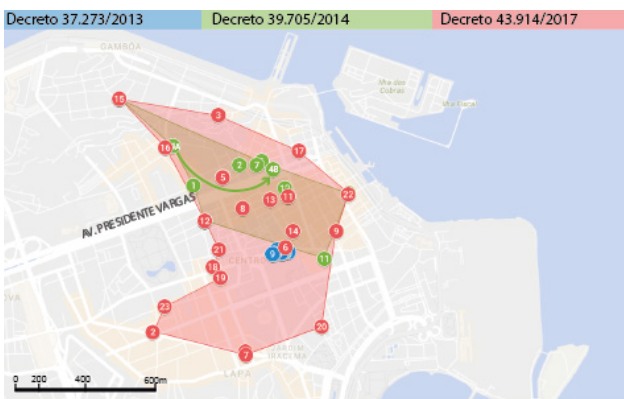
<sup>112</sup> In an interview, Vanusa opened up about having to live in the shop, when it was originally located on Senador Pompeu Street, in completely unhealthy and unsanitary conditions.

a young woman undertaking a traditionally male trade in a degraded area of the city, with the main clients being representatives of the black culture, such as the *Samba Schools* of Rio de Janeiro, which drastically reduced the number of requests for costumes due to the financial crisis and the dismantling of the incentive to cultural productions in the state of Rio de Janeiro and in Brazil; and the *Spiritual Entities*, who sporadically order tailored hats and accessories.

One must then consider the following question: *Chapelaria Porto*, as an asset of intangible nature, a right fit for the model predefined by the urban entrepreneurial logic? To what extent is the visibility of this business, based on the recognition of the trade developed by the *chapeleira*, in association with the AETNs, compatible with the purposes established by the *standard city*?

*Chapelaria Porto*, driven by the financial crisis and by these conditions of invisibility and vulnerability to which it was imposed, changed the address of its headquarters. This had already happened in other moments of the trajectory of such a centenary trade<sup>113</sup>, but it always maintained the characteristics essential to a ‘street store’, whether in a garage or in a *sobrado* (loft).

**Figure 2 – Territorial span of the three Municipal Decrees for the recognition policy of AETNs, with Chapelaria Porto’s displacement (4A-4B)**



This territorial displacement (from 4A to 4B), despite being within the AETN polygonal, is symptomatic to demonstrate the hypothesis defended in this article, because this time, the displayed shift was crucial. The

<sup>113</sup> There is a divergence regarding the previous addresses. During one of the interviews, Vanusa, who currently own the *Chapelaria Porto*, said that the original store was located on Senador Pompeu Street, 34, and that later on, due to a fire, it was transferred to number 114. Until the year 2016, *Chapelaria Porto* was located and open to business on Senador Pompeu Street, 94, *Sobreloja*, Downtown Rio, address listed in the Registry Decree.

*Chapelaria* moved from Senador Pompeu Street to the seventeenth floor of a commercial building on Presidente Vargas Avenue<sup>114</sup>, removing, once and for all, what was left of the remaining visibility, that is, for those who walked through the streets of Downtown Rio<sup>115</sup>.

Thus, the erasure process presented in this article are perceived, in the referenced case, in two distinct ways: first, through the removal of *Chapelaria Porto* from the SEBRAE-RJ’s Valuable Businesses Project and, therefore, from the AETN Record Book; secondly, by the location displacement of *Chapelaria Porto*, from Senador Pompeu Street, to a commercial room in a building located on Presidente Vargas Avenue.

Thus, it is worth recalling an excerpt from the anthropologist José Reginaldo do Santos Gonçalves paper<sup>116</sup> in which the author demonstrates concern with the trivialization of the heritage category, especially with the “political risks, which consist in the elimination of the force associated to category, as an instrument that is characteristically implemented for attaining public recognition of groups and individuals.”

*Chapelaria Porto* was included in the Registry for Traditional and Noble Businesses, whose legal and political effects are not clearly defined. It is only a list that, in a very broad and generous interpretation, would bring about an allocation of value, recognizing certain assets as intangible cultural heritage, even if through an intricate and somewhat doubtful method.

The non-registration of *Chapelaria Porto* in the AETN Record Book, remaining listed solely in the Registry, is a symptom of the erasure process; an omen of oblivion.

One of the purposes of the mentioned registration in the Record Book is to recognize and provide value to assets of an intangible nature. Therefore, those who own assets of intangible nature gain more visibility, leading to other favorable consequences that ultimately

<sup>114</sup> Presidente Vargas Avenue, 446, Room 1703, Downtown Rio de Janeiro.

<sup>115</sup> As already mentioned, several AETNs have already changed their address, which is an expected occurrence. The property where the AETN is situated may or may not be an indispensable condition for the full fruition of cultural heritage. But all recognized AETNs have the common characteristic of being “street located stores”.

<sup>116</sup> GONÇALVES, José Reginaldo Santos. Os limites do patrimônio. In: LIMA FILHO, Manuel Ferreira; ECKERT, Cornélia; BELTRÃO, Jane (orgs.). *Antropologia e patrimônio cultural: diálogos e desafios contemporâneos*. Florianópolis: Nova Letra; ABA, 2007. p. 239.

decimate their vulnerability, which often comes from a historical condition of inferiority.

Undoubtedly, the registration of *Chapelaria Porto* in the AETN Record Book could provide visibility to the craft undertaken by Vanusa, which is currently connected to the cultural manifestations of historically inferior subjects, such as the Afro-Brazilian community<sup>117</sup>. In addition, although the craft of making hats is still regarded as a traditionally male know-how, it cannot be ignored that, in this case, it is and has been exercised, by a woman.

These social groups struggle to break this ongoing and perpetual cycle of invisibility to which they are subjected. The registration would, therefore, be a valuable fighting instrument for this struggle.

Although the reference case of *Chapelaria Porto* is exemplary, it is still not enough to explain, by means of analogy, the condition of other AETNs recognized as intangible cultural heritage in Rio de Janeiro. Nor could it do so, for it would be necessary to investigate each and every one of them<sup>118</sup>, analyzing the nuances of each cultural asset that compose such a list. However, this article aims at exposing the contradictions of this cultural policy, which, directly or indirectly, annuls existing conflicts in the field of heritage, thus misrepresenting the origin and purposes of the ICH.

*Chapeleira Porto* fails to expose all of the elements and assets involved in this cultural policy. Quite the opposite. It demonstrates the existence of a “back door”, an “escape goat”, where certain assets are subtly discarded and excluded due to an entrepreneurial logic, since they do not fit into the defined profile, which prioritizes the recognition and dissemination of intangible cultural assets that do not bear visible evidences of conflicts and clashes.

<sup>117</sup> It is said “currently” because in a certain period of history, the trade of making hats was connected to other social groups, including the bourgeoisie. This change can be justified due to the dynamic and mutability of the intangible assets, as already explained in this study, also taking into account that the dominated classes, depending on the inferior conditions to which they are subjected, reuse or resignify various assets/goods pertaining to the ruling classes.

<sup>118</sup> GUELMAN, Leonardo Caravana. A experiência múltipla de um projeto e seus enraizamentos no território. In: GUELMAN, Leonardo C.; SANTOS, Juliana Amaral dos; GRADELLA, Pedro de Andrea (orgs.). *Prospecção e capacitação em Territórios Criativos: desenvolvimento de potenciais comunitários a partir das práticas culturais nos territórios Cariri (CE), Madureira, Quilombo Machadinha e Paraty (RJ)*. Niterói: CEART; Mundos das Ideias, 2017.

In consequence, it is no exaggeration to state that, in this example, it is clear that there is an exhaustion of the ICH category. After all, if one loses political force, meaning that if the policy no longer had the desired effect, as recalled by Gonçalves<sup>119</sup>, is it still useful?

The neutralization of its contending power transforms the ICH into just another notarial averment, reducing intangible heritage to a blue plaque on the wall of a store. As already argued, the ICH is a category with the potential to provide visibility and legitimacy to the struggles of certain vulnerable or historically inferior groups, which is quite different from stating that the ICH belongs to those groups.

## 5 Conclusion

In the present article, it was argued that the entrepreneurial logic, under the aegis of the *standard* city, appropriated and framed the *Carioca* ICH. The political dimension of the ICH, which is expressed in the recognition and visibility of the heritage of historically inferior groups, has been drastically reduced. Furthermore, this process concealed the clashes and conflicts that surround and inhabit the field of heritage.

Therefore, it is possible to conclude that the neutralization (although some degree of control and power is still maintained) has drastically reduced the ICH’s contending profile. The symbolic strength of this category, however, is lost.

All of these elements are essential to the *standard* city. The appropriation of the ICH, within the entrepreneurial logic, as defended in this study, triggers a process of erasing the collective memory of historically inferior social groups, leading to invisibility and, therefore, to erasure.

The consequences of applying the ICH under the new driving force of urban entrepreneurship were identified in the third section of this article, through the reference case of *Chapelaria Porto*. In analyzing this specific case, the damaging effects of this new orientation were clearly evidenced, especially the process of

<sup>119</sup> GONÇALVES, José Reginaldo Santos. Os limites do patrimônio. In: LIMA FILHO, Manuel Ferreira; ECKERT, Cornélia; BELTRÃO, Jane (orgs.). *Antropologia e patrimônio cultural: diálogos e desafios contemporâneos*. Florianópolis: Nova Letra; ABA, 2007.



erasure effected on those cultural assets that are not in line with the entrepreneurial logic implemented by the Rio Institute of Humanity Heritage in partnership with SEBRAE-RJ.

In this context, the vulnerability of certain assets stakeholders and producers of an intangible nature is aggravated, thus leading, as exemplified by the *Chapelaria Porto* case, to invisibility and to the erasure of cultural manifestations that fail to comply with the purpose of the local preservation policy.

The thesis presented was that of the contending power held by the ICH (central and structuring aspect of this category) which was overwhelmed and appropriated by the entrepreneurial logic and outlined by the standardization of the city of Rio de Janeiro, thus initiating a process of ruin and erasure of the collective memory of certain individuals, subjects and social groups.

Hence, the results obtained by this work reveal that, considering the chosen context, the *Carioca* ICH was appropriated by the entrepreneurial logic in the *standard* city context. Because this category represented an actual possibility of change for those who have been historically subjected to inferiority, this negative appropriation not only nullified the power originally held by the ICH, but also contributed to aggravate the erasure of these vulnerable groups and individuals.

## References

ARANTES, Antônio Augusto (org.). *O espaço da diferença*. Campinas: Papirus, 2000.

ARANTES, Antônio Augusto. A guerra dos lugares: sobre fronteiras simbólicas e liminaridades no espaço urbano. *Revista do Patrimônio Históricas e Artístico Nacional*, Brasília, n. 23, 1994.

CANCLINI, Néstor Garcia. O patrimônio cultural e a construção imaginária do nacional. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 23, p. 95-115, 1994.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Cidade Standard: desafios da paisagem em movimento. In: AHMED, Flávio; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e cidades sustentáveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli. Perspectivas contemporâneas do patrimônio cultural: paisagem urbana e tombamento. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli; AYRES, Madalena Junqueira (org.). *Construções normativas e códigos da cidade na Zona Portuária*. Rio de Janeiro: PROURB, 2012.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli; FAUTH, Gabriela (coord.). *Cidade Standard e novas vulnerabilidades*. Rio de Janeiro: PROURB, 2018.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunaderlli; RIBEIRO, Cláudio Rezende (org.). *Paisagem urbana e direito à cidade*. Rio de Janeiro: PROURB, 2010.

CERTEAU, Michel de. *A invenção do cotidiano: artes de fazer*. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. v. 1.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Estação Liberdade; UNESP, 2006.

DAMATTA, Roberto. O ofício do etnólogo ou como ter anthropological blues. *Boletim do Museu Nacional*, n. 27, 1978.

DOMINGUES, João Luiz Pereira. A história institucional recente da política de patrimônio cultural na cidade do Rio de Janeiro: versões protecionistas, versões empreendedoras. *Antíteses*, v. 9, n. 17, p. 222-245, jan./jun. 2016.

DOMINGUES, João Luiz Pereira; LOPES, Guilherme. Economia Criativa e trabalho cultural: notas sobre as políticas culturais brasileiras e nos marcos do capitalismo contemporâneo. In: RUBIM, Antônio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre; CALABRE, Lia (orgs.). *Políticas culturais no governo Dilma*. Salvador: EDUFBA, 2015.

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. Os limites do patrimônio. In: LIMA FILHO, Manuel Ferreira; ECKERT, Cornélia; BELTRÃO, Jane (orgs.). *Antropologia e patrimônio cultural: diálogos e desafios contemporâneos*. Florianópolis: Nova Letra; ABA, 2007.

GUELMAN, Leonardo Caravana. A experiência múltipla de um projeto e seus enraizamentos no território. In: GUELMAN, Leonardo C.; SANTOS, Juliana Amaral dos; GRADELLA, Pedro de Andrea (orgs.). *Prospecção e capacitação em Territórios Criativos: desenvolvimento de potenciais comunitários a partir das práticas culturais nos territórios Cariri (CE), Madureira, Quilombo Ma-*

- chadinha e Paraty (RJ). Niterói: CEART; Mundos das Ideias, 2017.
- HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablus, 2006.
- HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HARVEY, David. From managerialism to entrepreneurialism: the transformation of urban governance in late capitalism. *Geographic Annaler*, v. 71B, p. 3-17, 1989.
- HOBSBAWM, E.; RANGER, T. *A invenção das tradições*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2010.
- REIS, Daniel. *Cidade (i)material: museografias do patrimônio cultural no espaço urbano*. Rio de Janeiro: Mauad X; FAPERJ, 2015.
- RIO DE JANEIRO [Município]. *Plano Estratégico da cidade do Rio de Janeiro pós-2016: o Rio mais integrado e competitivo*. Rio de Janeiro, 2010.
- RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais e novos desafios. *Matrizes*, São Paulo, v. 1, n. 2, out. 2009. Disponível em: <http://www.matrizes.usp.br/ojs/index.php/matrizes/article/view/18>. Acesso em: 10 jan. 2010.
- RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais entre o possível e o impossível. *O público e o privado*, Fortaleza, n. 9, 2007.
- RUBIM, Antonio Albino Canelas. *Políticas culturais no Brasil: tristes tradições, enormes desafios*. Salvador, 2007.
- RUBIM, Antônio Albino Canelas; BARBALHO, Alexandre (orgs.). *Políticas culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Tombamento e registro: dois instrumentos de proteção. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- VELHO, Gilberto. Antropologia urbana: interdisciplinaridade e fronteiras do conhecimento. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 17. n. 1, abr. 2011.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A propósito del carácter universal del acceso a la cultura en internet:** un análisis desde el prisma internacional y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano

**About the universal character of access to culture on the internet.:** an analysis from the international perspective and the experience of the Cuban legal system

Janny Carrasco Medina

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# A propósito del carácter universal del acceso a la cultura en internet: un análisis desde el prisma internacional y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano\*

## About the universal character of access to culture on the internet.: an analysis from the international perspective and the experience of the Cuban legal system

Janny Carrasco Medina\*\*

### Resumen

El reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales (DESC) y específicamente el acceso a internet es un elemento indispensable en la concreción del acceso a la cultura, a través de la responsabilidad adjudicada a los Estados parte como es el caso de Cuba. El objetivo es analizar la concepción internacional de los DESC y específicamente el acceso a la cultura desde la realidad de internet, exponiendo sus desafíos y oportunidades, como mecanismo necesario para incrementar las libertades fundamentales en el contexto cubano. Para ello definimos como la hipótesis del estudio que: el acceso a la cultura en internet en la realidad cubana constituye un ejemplo de la necesidad de reinterpretar los DESC desde el papel de las nuevas tecnologías en la materialización de estos derechos. La metodología empleada es de enfoque transdisciplinar y para ello se apoya en los métodos lógicos, histórico-sociales, culturales y jurídicos, suponiendo la combinación de métodos de las ciencias sociales y jurídicas en particular. Como resultado se concluye que la ampliación e inclusión del acceso a internet como derecho humano, es esencial en la materialización del acceso a la cultura en el contexto de Cuba ya que permitirá proteger los valores culturales locales e incrementar el desarrollo social, aumentando el bienestar del ser humano y garantizar las libertades fundamentales. El aporte del estudio radica en una nueva interpretación de los DESC delante de la presencia de internet en la vida social del individuo en el contexto de la brecha digital cubana.

**Palabras clave:** Derecho internacional. Acceso a la cultura. Internet. Derechos humanos.

### Abstract

The recognition of economic, social and cultural rights (ESCR) and specifically access to the internet is an indispensable element in the realization of access to culture, through the responsibility assigned to the States parties, as is the case of Cuba. The objective is to analyze the international conception of ESCR

\* Recibido em 24/04/2020  
Aprovado em 25/03/2021

\*\* Alumna de Pos-Doctorado de la Universidad de Brasilia. Profesora de Pós-Graduação de la Pontificia Universidad Católica de Minas. Dra en Derecho Internacional por la Universidad de Brasilia en 2018. Master en Educación Superior por la Universidad Marta Abreu Las Villas, Cuba en 2010. Licenciada en Derecho por la Universidad Marta Abreu Las Villas, Cuba en 2007. Profesora Asistente de la Universidad Marta Abreu Las Villas, Cuba de 2007-2014.  
E-mail: jannycarrasco83@gmail.com

and specifically access to culture from the reality of the internet, exposing its challenges and opportunities, as a necessary mechanism to increase fundamental freedoms in the Cuban context. For this, we define as the hypothesis of the study that: access to culture on the Internet in the Cuban reality constitutes an example of the need to reinterpret ESCR from the role of new technologies in the materialization of these rights. The methodology used is of a transdisciplinary approach and for this it relies on logical, historical-social, cultural and legal methods, assuming the combination of methods from the social and legal sciences in particular. As a result, it is concluded that the expansion and inclusion of internet access as a human right is essential in the materialization of access to culture in the context of Cuba since it will allow protecting local cultural values and increasing social development, increasing the well-being of the population. be human and guarantee fundamental freedoms. The study's contribution lies in a new interpretation of ESCR in light of the presence of the internet in the social life of the individual in the context of the Cuban digital divide.

**Keywords:** International law. Access to culture. Internet. Human rights.

## 1 Introducción

En el siglo XXI las tecnologías digitales han transformado la esencia de la escena cultural global. En efecto el nuevo escenario de la cultura ha revolucionado industrias enteras, siendo un proceso mundial que ha afectado al Norte y al Sur.

En el contexto del derecho internacional, esta cuestión ha sido objeto de un estudio pormenorizado ya sea en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966(PIDESC); como en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad Cultural de 2005. Todos estos instrumentos han incorporado de manera progresiva la problemática digital y específicamente el tema del acceso a la cultural en el espacio virtual. Lo que evidencia la significación del tema en el ámbito internacional.

Desde el año 1998 Cuba ha desarrollado un proceso de informatización de la sociedad. Ya en el año 2011 se inició una actualización del modelo económico que enfatiza en la necesidad de contar con una infraestructura

tecnológica que permita el desarrollo social (PCC, 2011, p. 17). En este documento se hace referencia a la cultura como un elemento fundamental junto al progreso tecnológico para lograr el desarrollo<sup>1</sup>.

La problemática de un concepto relativo a los DESC ocupa sin lugar a duda, una de las cuestiones que actualmente provocan mayor interés en gran parte de la comunidad académica dedicada a los estudios jurídicos-internacionales. En este sentido, desde nuestro punto de vista, los internacionalistas reiteradamente han pretendido no en pocas ocasiones, darles una aplicabilidad a estos derechos fundamentales siempre desde una visión (reducida) estrictamente técnico-jurídica.

Esta conceptualización, está enfocada sin duda a la búsqueda definitiva de los contornos técnicos jurídicos que ansían precisión en su aplicabilidad y percepción; sin ello resultaría difícil la reivindicación, su goce y ejercicio pleno por parte de los titulares.

Sin embargo, son necesarios nuevos estudios al respecto de los DESC, delante de la realidad tecnológica que impone nuevas maneras de pensar el derecho y sus escopos. Las apreciaciones multidimensionales, arrojan y evidencian la necesidad de respuestas desde la positividad de estos derechos, como es el caso del acceso a internet y el acceso a la cultura en el contexto de Cuba.

El reconocimiento de estos como un conjunto de garantías fundamentales de protección, rebaza toda certidumbre basada exclusivamente en el derecho, pues se tratan de pilares básicos sobre los que se erige toda forma de sociedad contemporánea. En este sentido, el debate en el espacio académico-jurídico en torno a esta realidad camina por interminables laberintos cuando se pretende reconocer el carácter fundamental de los DESC y específicamente el acceso a internet como mecanismo de materialización del acceso a la cultura. De esta manera, esta pretensión encuentra obstáculos difícilmente evitables y que recaen en el valor jurídico de los DESC, desconociendo que los mismos deben concebirse de manera multidisciplinar para la concreción plena e integral de la dignidad humana.

Por otra parte, desde el punto de vista del imprescindible análisis jurídico la normativa de los DESC en

<sup>1</sup> PCC. *Líneas de la política económica y social del partido y la revolución para el período 2016-2021*. 2017. Disponible en: <http://media.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2017/07/PDF-321.pdf> Acceso en: 31 out. 2020. p. 17.

el espacio internacional suscita un interés especial desde la realidad cubana, toda vez que aún está pendiente en la doctrina un desarrollo teórico alrededor de ellos, desde la presencia de internet y el enfoque multidisciplinar, radicando así la principal novedad del estudio. Debe recordarse que la construcción teórica de los DESC (acceso a internet y acceso a la cultura), no se agota en el reconocimiento formal de los mismos vía derecho constitucional e infra-constitucional, sino que, por el contrario, parte de un análisis para extenderse a los horizontes del ámbito social donde se materializan.

Tal panorama exhibido por los estudios jurídicos aún está pendiente de resolución definitiva por lo que el caso cubano, evidencia la realidad de las sociedades latinoamericanas, inmersas en una eterna agonía de deuda económica y social que en ocasiones implica un retroceso en la concreción de estos derechos.

Para ello definimos como la hipótesis del estudio que: el acceso a la cultura en internet en la realidad cubana constituye un ejemplo de la necesidad de reinterpretar los DESC desde el papel de las nuevas tecnologías en la materialización de estos derechos.

Ante esta situación la principal motivación del estudio fue ofrecer un conjunto de argumentos, esbozados en el orden teórico doctrinal con el propósito de exponer la realidad cubana para una mejor ponderación de los DESC desde el acceso a internet y su conexión con el acceso a la cultura. Para ello el estudio se apoya en documentación teórica, estadística e informativa sobre el panorama jurídico social cubano, teniendo en cuenta que esta realidad trasciende el plano local hacia el contexto global de cualquier país,

La metodología empleada aborda un enfoque transdisciplinar con métodos lógicos y elementos históricos-sociológicos, culturales y jurídicos, lo que supone la combinación de métodos de las ciencias sociales en general y de las ciencias jurídicas en particular.

Con ello se pretende coadyuvar una mejor comprensión y entendimiento que facilite tanto para investigadores de Derecho como para cualquier individuo la titularidad de estos en toda sociedad y específicamente desde las particularidades del ordenamiento jurídico cubano. En ese sentido se aborda el acceso a la cultura desde el derecho internacional, tomando como referencia los principales instrumentos del tema y de los que Cuba es parte, seguidamente se expone los desafíos de la brecha digital, sus definiciones e interrelación con la materialización

de los DESC, para finalmente desdoblarse todo el bosquejo teórico en la compleja realidad jurídica cubana.

Como resultado se muestra que la ampliación e inclusión del acceso a internet como derecho humano, es esencial en la materialización del acceso a la cultura en el contexto de Cuba ya que permitirá proteger los valores culturales locales e incrementar el desarrollo social, aumentando el bienestar del ser humano. De ahí que el principal aporte del estudio sea dirigido a entender el acceso a internet y el acceso a la cultura como derechos indispensables en la nueva realidad de los DESC en el ámbito tecnológico global.

## 2 Tras los causes del acceso a la cultura

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) entendemos por cultura: “conjunto de rasgos diferenciadores, espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o a un grupo social que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”<sup>2</sup>.

Según Fernández Liesa la cultura no ha recibido un tratamiento autónomo dentro del derecho internacional, sino que este ha sido incluido dentro de otras temáticas como es el caso de los derechos humanos, la propiedad intelectual o el patrimonio cultural<sup>3</sup>.

Esta realidad abstracta y dispersa del derecho de la cultura se viene disipando en el orden internacional ya que cada vez es más frecuente la existencia de regulaciones globales de temas vinculados a la cultura. Un ejemplo de ello son las regulaciones relativas a museos, archivos, patrimonio cultural, bibliotecas, cultura popular tradicional, diversidad cultural. Además, el protagonismo que vienen alcanzando los organismos internacionales como la UNESCO o la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), también evidencia una vuelta de página a los temas culturales.

<sup>2</sup> UNESCO. *Conferencia Mundial de Políticas Culturales. MONDLA-CULT*. México: UNESCO, 1982. p. 20.

<sup>3</sup> LIESA, C. F. *Cultura y Derecho Internacional*. Alcalá: Universidad de Alcalá, 2013. p. 31



Los tratados internacionales juegan un papel fundamental en la regulación de los derechos culturales. Ello permite instaurar una correlación jerárquica de manera vertical y descendente con las leyes domésticas, estableciendo los preceptos más generales que intervienen en esta relación.

Según González existen dos premisas fundamentales para que el acceso a la cultura sea efectivo: (1) una manifestación de las personas, reflejada en el deseo de acceder a contenidos culturales; cuando las personas acuden a una biblioteca, exposiciones, museos, conferencia, universidad, participan en cualquier manifestación cultural; y (2) las entidades públicas o privada que proporcionan el material o los contenidos culturales, aquellas entidades cuya finalidad es proporcionar la difusión de cultura<sup>4</sup>.

En el caso de la realidad de internet estos dos elementos se entremezclan debido a la ubicuidad, inmediatez y transnacionalidad del medio, lo que exige la mirada del derecho internacional ya que no es un asunto que pueda ser tratado desde la perspectiva local pues tendrá impacto a escala mundial.

Según Rubio, el sistema internacional de derechos humanos experimenta inclusiones abstractas desde exclusiones concretas, lo que denota en la existencia de un derecho internacional poco eficaz; desde el punto de vista de la materialización concreta de estos derechos como es el caso de los derechos culturales<sup>5</sup>.

Con relación a los derechos culturales y coincidiendo con Patricie Bisch los mismos tienen una gran laguna en el derecho internacional de los derechos humanos. Al mismo tiempo Stavenhgen, Francioni o Stamatopoulou también destacan la falta de elaboración conceptual de estos<sup>6</sup>.

Esta ambigüedad normativa es lo que posibilita en la esfera internacional una dispersión jurídica que emana hacia dentro del ordenamiento interno de los Estados parte, como exclusiones concretas a las que hace referencia Rubio<sup>7</sup>.

Básicamente existen tres instrumentos internacionales de los que Cuba es signatario y que aborda el derecho de acceso a la cultura, ellos son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que define en su artículo n° 19 el derecho de cada individuo a la libertad de opinión y de expresión, así como el derecho de investigar y recibir; lo que define la presencia del derecho de acceso. Ya el artículo 27.1 define el derecho a tomar parte libremente de la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y participar del progreso científico. La llegada PIDESC, viene a complementar de manera significativa el artículo, 27 de la Declaración Universal. El 15.b) logra enriquecer el acceso a la cultura de manera más clara, reconociéndose el acceso, goce, beneficio y disfrute de los bienes culturales a favor de los ciudadanos.<sup>8</sup>

En este sentido, ya la propia, Observación General n. 25 de 2020 del PIDESC, relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales, resalta varios criterios a seguir por parte de los Estados signatarios, para el cumplimiento efectivo de los derechos en el consagrados.<sup>9</sup>

Tomando como referencia el artículo 15 b) el referido documento contempla como una necesidad del Estado en la difusión de la ciencia el acceso a internet. Entre las obligaciones subrayadas, destacan: eliminar la censura o las limitaciones arbitrarias al acceso a internet, adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y de otra índole para el pleno disfrute a participar del progreso científico, entre ello facilitar el acceso a internet<sup>10</sup>.

Por último, la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 20 de octubre de 2005, acentúa el papel de los derechos fundamentales en el desarrollo integral de ser humano; determina la importancia de los derechos culturales el acceso a la cultura en el plano nacional e internacional tal como es abordado en el artículo 2 apartado 7. Si bien, este instrumento no alude de manera explícita la cues-

<sup>4</sup> GONZÁLEZ, M. D. C. B. *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1997. p. 180.

<sup>5</sup> RUBIO, D. S. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, p. 181-213, mayo 2015. p.184

<sup>6</sup> BISCH, P. M. *Definir les droits culturels*. Ginebra: UNESCO, 2010. p. 13.

<sup>7</sup> RUBIO, D. S. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n.

1, p. 181-213, mayo 2015.

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Ginebra: ONU, 1948.

<sup>9</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. E/C.12/GC/25. *Observación General n. 25, relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales*. Ginebra: ONU, 2020.

<sup>10</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. E/C.12/GC/25. *Observación General n. 25, relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales*. Ginebra: ONU, 2020. p. 4-7.

tión digital, podemos encontrar elementos que nos indican de forma genérica la aplicación de sus postulados en el entorno digital (artículo 4.1).

Tal como refiere Kulesz, la Convención afecta de manera transversal los 4 objetivos primordiales que subyacen en la Convención: flujo equilibrado de bienes y servicios culturales, sostenibilidad de los sistemas de gobernanza para la cultura, integrar la cultura al desarrollo sostenible y promover la libertad de expresión, el derecho a la privacidad y los derechos humanos<sup>11</sup>.

En síntesis, en los instrumentos internacionales abordados, se aprecia que existe una protección de los derechos culturales, entre ellos el acceso a la cultura, pero aún persiste la ambigüedad jurídica que acompaña el tema cultura debido a la complejidad de adaptación del concepto, pues es preciso respetar las particularidades de los Estados que asumen los tratados y la manera en cómo son materializado estos derechos. Además, es evidente la necesidad tanto el ámbito internacional como nacional la interdisciplinariedad del acceso a la cultura en la realidad digital actual.

Para Stavenhagen hay tres concepciones de la cultura en los instrumentos internacionales concebidas como: 1) capital, en cuya acepción el derecho a la cultura sería la igualdad de acceso de todos al capital cultural, al desarrollo cultural; 2) como creatividad, donde el acento se pone en el proceso de creación artística y se mira en los individuos que crean la cultura; 3) como modo de vida que es el más común<sup>12</sup>.

La materialización de estas tres concepciones evidencia la necesidad de repensar el acceso a la cultura en el contexto de internet, en la realidad cubana. Debido a la agudización de las brechas digitales, el incremento de la desigualdad y la exclusión del consumo cultural en este espacio, como se profundiza más adelante.

Al respecto Liesa enfatiza: para que se materialice el derecho a la cultura o el acceso a la cultura, es imprescindible una existencia de triple perspectiva: i). la libertad de creación, y expresión, ii) el reconocimiento de la diversidad creativa; iii). el acceso a los contenidos

culturales<sup>13</sup>.

En síntesis, en los instrumentos internacionales abordados, se aprecia que existe una protección de los derechos culturales relacionada con temas como: lengua, producción cultural y artística, participación en la cultura, patrimonio cultural, y acceso a la cultura; como derecho humano fundamental de manera sucinta.

Ya en el contexto de internet la temática no goza de definiciones precisas que ayuden a entender el comportamiento de este fenómeno en la red. Esta realidad trasciende a la esfera doctrinal en búsqueda de posiciones o definiciones que tampoco enuncian qué y cómo debe ser el acceso a la cultura en internet, correspondiendo a las legislaciones internas resolver esta situación desde las normas sustantivas. Estas carencias propician el incremento de la brecha digital, la minimización de los DESC y por consiguiente un impacto directo en el acceso a la cultura.

### 3 Una parada necesaria en la brecha digital

Como vimos anteriormente la ausencia de definiciones sobre acceso a la cultura y derechos culturales a nivel tratados internacionales, facilita que las nuevas tecnologías sean utilizadas de manera poco eficiente en cuestiones culturales.

Básicamente la brecha digital es entendida como las desigualdades existentes entre el acceso y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación TICs y sobre todo de internet.

De manera suscita Hilbert Martin sostiene que la brecha digital es la que se produce entre aquellos que tienen acceso a las tecnologías digitales y aquellos que no. Hoy en día este fenómeno alcanza no solo a los que tienen o no acceso, sino a los que teniendo acceso no hacen un uso eficiente de ello<sup>14</sup>.

El fenómeno de la brecha digital o la limitación de acceso a internet constituye un elemento de existencia de desigualdad estructural, que se materializa en la esfera del acceso de los individuos a la red y el uso de las

<sup>11</sup> KULESZ, O. *El impacto de las tecnologías digitales en la diversidad de las expresiones culturales de España e Hispanoamérica*. París: UNESCO, 2016. p. 8.

<sup>12</sup> STAVENHAGEN, R. *Les droit culturels: le point de vue des sciences sociales, pour ou contre les droits culturels?* Ginebra: UNESCO, 2000. p. 19-47.

<sup>13</sup> LIESA, C. F. *Cultura y Derecho Internacional*. Alcalá: Universidad de Alcalá, 2013. p. 119.

<sup>14</sup> HILBERT MARTIN, R. *From industrial economics to digital economics*. Santiago: CEPAL, 2001. p. 103.

TIC, como parte de su participación en la sociedad del conocimiento y el desarrollo.

De acuerdo con el Informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)

la brecha es la línea divisoria entre el grupo de la población que ya tiene la posibilidad de beneficiarse de las TIC y el grupo que aún es incapaz de hacerlo. En otras palabras, es una línea que separa a las personas que ya se comunican y coordinan actividades mediante redes digitales respecto de quienes aún no han alcanzado ese estado avanzado de desarrollo [...] La brecha digital es, en esencia, un subproducto de las brechas socioeconómicas preexistentes<sup>15</sup>.

Ya para el 2019 esta institución, advierte en su informe el impacto de la brecha de capital humano: “el desarrollo de las industrias digitales en un país requiere que las empresas puedan acceder a recursos de inversión, capital humano y capacidad de innovación”<sup>16</sup>.

Es importante subrayar que desde el año 2012 la Asamblea General de la ONU, a través de su Consejo de Derechos Humanos, registra el acceso a internet como un derecho humano; reconociendo la naturaleza mundial y abierta de este como fuerza impulsora del progreso social. En el mismo documento se exhorta a los Estados a promover y facilitar el acceso a internet como un importante instrumento para el desarrollo y ejercicio de los derechos humanos<sup>17</sup>.

Este posicionamiento de la ONU obliga a los países a adoptar medidas que consigan minimizar la brecha digital a nivel local, posibilitando que las ventajas de la sociedad de la información estén cada vez más disponibles para los usuarios. Esta posición no es un asunto simple de resolver a escala local ya que el problema de la brecha digital tiene una perspectiva tecnológica, económica, social y cultural. El entrecruzamiento de ellos conlleva al fenómeno de la desigualdad digital que evidencian los individuos en el siglo XXI.

La brecha tecnológica supone poder acceder o no a la red, o saber utilizar o no las herramientas digitales. La primera exclusión viene dada por tres cuestiones bá-

sicas: no contar con los medios técnicos y económicos necesarios; no saber qué hacer con la tecnología, cuales beneficios obtener de ella o por no tener interés alguno en ella desde una perspectiva cultural.

En el caso concreto de Cuba resaltamos que ha existido un retroceso marcado por el aspecto económico que ha ido modificando la realidad cubana en temas de acceso digital. Según el informe de la Oficina Nacional de Estadística (ONE) de 2019, en el capítulo 17 dedicado a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones desde el año 2015 no se presta más servicios gratuitos de acceso a internet en los Joven Club de Computación<sup>18</sup>.

La cancelación de este servicio gratuito potencializó en nuestro criterio la brecha digital, cerrando una oportunidad real del acceso a la cultura en el espacio virtual cubano. Aunque la estructura fue mantenida para temas de capacitación digital, la limitación de acceso a internet de manera gratuita dejó sin posibilidades a las personas de menor alcance económico en el país; teniendo a partir de esa fecha que pagar por los servicios de acceso a internet.

La perspectiva económica delimita ese tener o no recursos para adquirir los medios técnicos necesarios para disfrutar de conexión a internet, condicionando así las oportunidades de acceso a la red. Intrínsecamente a ella está la brecha social, determinada por el lugar que ocupes en un estrato social tendrás mayor o menor posibilidades de acceso y harás mejor o peor uso de la tecnología.

Desde la arista cultural las brechas estarán delimitadas por la familiarización del individuo con la tecnología, uso y capacidades y por otro lado, real optimización que pueda hacer en uso, venciendo barreras como el colonialismo lingüístico, saber lidiar con cuestiones de saturación de información, desarrollar capacidades para librarse de intoxicación informativa y elevar los niveles de consumo de contenidos culturales, apartando el mercantilismo y el globalismo cultural que predomina en la red.

Si bien internet es un espacio de libertad, de creación y expresión cultural desde las diferentes redes sociales o plataformas, esto no es aprovechado de manera eficien-

<sup>15</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2009. p. 14.

<sup>16</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Datos, Algoritmos y políticas: la redefinición del mundo digital*. Santiago: CEPAL, 2018. p. 197.

<sup>17</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. *A/HRC/20/L.13*. Nueva York: ONU, 2012.

<sup>18</sup> ONET. *Anuario Nacional de Estadística 2019*. La Habana: ONET, 2019. Disponible en: <http://www.onei.gob.cu/> Acceso en: 20 abr. 2020.



te. La falta de una regulación sobre temas de diversidad creativa y como esta debe ser puesta a disposición del público para el acceso en la red, evidencia que el uso de internet no sea optimizado por la mayoría de los individuos con oportunidades de acceso; lo que va creando enormes lagunas de desigualdad cultural, que se prolongan en el tiempo.

Desde la perspectiva de Gigler y Bjorn opinión que compartimos;

las capacidades que resultan indispensables para el desarrollo de los individuos en la Sociedad de la Información y el conocimiento, la pobreza de comunicación e información (pobreza digital) se constituye como: 'la privación de las capacidades básicas de participación en la sociedad de la información'.<sup>19</sup>

Pero para materializar el acceso a la cultura, es esencial la puesta a disposición del público o comunicación de una determinada obra o producto cultural y el consumo de esta por parte de los usuarios según refleja González Buganza, lo que alcanzará significado en la medida en que tenga mayor o menor reconocimiento dentro del universo intelectual o cultural, según sea el caso. Un fenómeno complejísimo en internet por amplísima diversidad de productos culturales y sus públicos, así como por el alcance internacional del mismo<sup>20</sup>.

Un ejemplo de ello es la llamada Cultura 2.0. Este fenómeno socio-tecnológico propio del siglo XXI demuestra la relación entre la tecnología de comunicación desarrollada a través de las redes sociales, que está al alcance de la mayoría de las personas y la crisis económica y de valores. Este proceso ha desencadenado una profunda dicotomía hacia todo lo institucionalizado, creando una sociedad más crítica, participativa, colaborativa que se nutre de la creación de culturas alternativas que circulan fuera del poder cultural establecido. Esta llamada Cultura 2.0 escapa de las instituciones, legislaciones y estructuras preestablecidas que históricamente legitimaban el poder jurídico del desarrollo cultural.

Por tanto, el acceso a la cultura desde el contexto digital trae un reflejo palpable de la brecha digital, siendo la nueva cara de la desigualdad en el siglo XXI que re-

fleja el modelo económico del capitalismo globalizado; provocando inequidades entre diferentes grupos sociales en términos del acceso, de capacidades cognitivas y de conocimiento que van a materializarse en el uso de las TIC y de las que Cuba no escapa pese a tener un sistema social que dista mucho del capitalismo en Latinoamérica.

## 4 Concretamente el fenómeno cubano

El avance tecnológico a nivel mundial no ocurre de la misma manera en todos los países, ello va a depender en gran medida de las políticas públicas que incentiven la socialización y el acceso a internet de todos los ciudadanos. Por otro lado, el progreso de la sociedad informacional no se desarrolla a espaldas del acceso al conocimiento y la cultura; ambos elementos deben ir junto para garantizar el pleno acceso a la cultura para todos según lo enuncia el artículo 27 de la Carta de Derechos Humanos de la ONU y de la que Cuba es signataria.

Como fuentes reconocidas del Derecho Internacional, los tratados internacionales juegan un papel determinante en la definición de principios, derechos y obligaciones para los Estados que los suscriben. Partiendo de esta definición es importante delimitar que, en el ámbito cubano, los tratados internacionales tienen un rango infra-constitucional según lo enunciado por el artículo 8, lo que sumado a la falta de un tribunal constitucional deja en total estado de vulnerabilidad el disfrute de derechos fundamentales como el acceso a la cultura o el acceso a internet.

Estos preceptos junto a la politización de los derechos humanos en la legislación cubana acaban frustrando el disfrute de estos derechos, así como demonizando a quien posee u opta por alternativas que salen del marco del sistema social imperante; cuestiones incompatibles con la realidad internacional y que necesitan ser reformuladas de manera clara y objetiva a través de normas jurídicas efectivas.

De Acuerdo com Bentes e Brígida y opinión que compartimos, los DESC de los Estados miembros garantizan la efectividad de los derechos fundamentales para la promoción y aumento de las capacidades humanas, en aras del goce y bienestar de los objetivos indi-

<sup>19</sup> GIGLER, Björn-Sören; BARJA, Gover. *Pobreza digital: las perspectivas de América Latina y el Caribe: qué es y cómo demir la pobreza de información y comunicación en el contexto latinoamericano*. La Paz: Dirsí, 2009. p. 14.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ, M. D. C. B. *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1997. p. 187.

viduales y sociales<sup>21</sup>. En este sentido la realidad cubana exagera en su legislación una protección discreta y sobrentendida, sin otorgar mayor tutela jurídica al acceso a internet, lo que repercute en el acceso a la cultura.

Otro elemento el destaque con los tratados internacionales, es que, bajo los preceptos de alejarse de políticas neoliberales y mercantilistas, el derecho de acceso a internet no ha sido considerado como un derecho fundamental. Esta realidad provoca un estado de vulnerabilidad de los usuarios cubanos, en materia de internet pues al no ser consagrado en la Carta Magna, si prerrogativas quedan subordinadas a normas inferiores y cuestiones, definiciones políticas sin protección jurídica efectiva.

Un ejemplo de ellos es la llegada del Decreto-Ley 370/2018 “sobre la informatización de la sociedad cubana” ha dejado varios elementos del ámbito internacional en posiciones difusas o un tanto ambiguas. En su artículo n°4 y n°5 se define que el objetivo de la norma es garantizar el derecho de acceso y participación de las personas naturales y jurídicas en la sociedad de la información, sin que existan criterios más específicos sobre que debe ser entendido por acceso y cuáles son las premisas por cumplir para ello. Ya el artículo n°20 deja en manos del Ministerio de Cultura la definición de temas como derecho de autor, protección del patrimonio nacional.

Entre los principales aportes de la norma está la protección del proceso de informatización de la realidad cubana, con el objetivo de preservar las conquistas sociales, el bienestar de la población y la defensa del Estado Socialista. Este instrumento se presenta como un mecanismo que garantiza la satisfacción de las necesidades en la esfera de la vida social en lo relativo a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Esta norma es un reflejo de la realidad internacional y como ella impacta dentro del ordenamiento interno. La ausencia de definiciones sobre cuestiones de acceso a la cultura, derechos culturales, brechas digitales propician que contextos jurídicos diversos no resuelvan estas lagunas y que emitan instrumentos difusos y poco ajustados al contexto tecnológico global.

<sup>21</sup> BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, p. 98-120, 2018. p.119.

Las bases legislativas para el acceso a internet y por ende el acceso a la cultura en internet en el caso cubano, fueron establecidas de manera sucinta, escueta y con la persistencia de lagunas jurídicas. No es suficiente la existencia de normas para establecer el acceso universal a internet, es necesario la implementación de políticas y medidas que apoyen el acceso a la cultura desde diferentes ámbitos como: la creación de artes digitales, experimentación electrónica y formación de artistas, así como medidas que incentiven el consumo de contenidos electrónicos pagos y gratuitos que fomente valores locales.

De acuerdo con Ruiz, el concepto de cultura, como objeto de estudio del derecho Constitucional, es indeterminado a la vez que es inexcusable, al constituirse como un verdadero reto para los constitucionalistas por su carácter polisémico y elástico<sup>22</sup>.

Sin embargo, si se estudia el texto constitucional cubano, es palpable que el legislador obvió garantizar taxativamente esos derechos, mucho menos explicar su alcance. No obstante, eso no significa que esta no lo tutele de alguna manera.

Lo que sucede es que la protección del acceso a la cultura viene circunscrita a varios otros derechos, como la libertad de expresión, el disfrute de la cultura, el acceso a la enseñanza tal como reconoce el texto constitucional, lo que no sucede con el acceso a internet. Es importante resaltar que en la realidad tecnológica actual la efectiva protección de los DESC necesita de la inclusión del acceso a internet como elemento indispensable, lo que no evidenciamos en el contexto jurídico cubano.

Cuba reconoce como derecho humano fundamental el disfrute de la cultura por todo el pueblo y la preponderación de los derechos sociales por encima de los individuales, según el artículo n°32.- El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, las ciencias y la cultura en todas sus manifestaciones; así como el artículo n°79- todas las personas tienen derecho a participar en la vida cultural y artística de la nación. El Estado promueve la cultura y las distintas manifestaciones artísticas, de conformidad con la política cultural y la ley.

Esta protección constitucional garantiza en gran medida que las políticas culturales en Cuba tengan protagonismo como elementos de crecimiento social y cultural de la población, pero fuera del ámbito de internet.

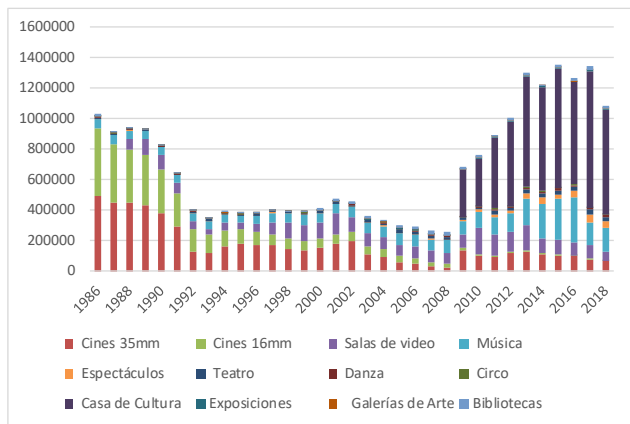
<sup>22</sup> RUIZ, G. R.R. *Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el derecho constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

Su objetivo es ampliar la difusión cultural nacional y el consumo consciente; al mismo tiempo que intenta escapar de políticas mercantilistas que dominan los espacios culturales en los sistemas sociales capitalistas.

En Cuba la política cultural está en manos de la representación gubernamental. Tanto el desarrollo de la cultura como el capital cultural son determinados a través de políticas públicas que llevan a cabo las diferentes instituciones culturales. Poco se ha enfatizado en el papel y el lugar que deben ocupar las nuevas realidades creativas que emergen con la abertura de internet.

Una muestra de la materialización del acceso a la cultura en Cuba está dada en las diferentes manifestaciones artísticas que son ofrecidas al público en disímiles espacios culturales, fueran del medio digital. Tal como evidencia el informe de la Oficina Nacional de Estadística de 2018<sup>23</sup> (ONET, 1986-2018):

**Ilustración 1 – Ofertas Culturales en Cuba en espacios no virtuales**



Fonte: ONET

La lectura de esta estadística evidencia la dimensión pública del acceso a la cultura y la importancia que el Estado concede a las políticas públicas en aras de salvaguardar y preservar la creación artística nacional y el disfrute de la cultura en los diferentes espacios. Acá la materialización del acceso a la cultura es evidente; ya que la diversidad de espacios a disposición de la ciudadanía, son una muestra fehaciente del papel del Estado en garantizar tales derechos. Aunque otra lectura de los mismos datos evidencia como los espacios culturales creados en internet y el acceso a la cultura desde este medio, no son tomados en cuenta como un fenómeno

que crece en el contexto cubano y que constituye el futuro próximo. Pues aun cuando el acceso a internet existe en el país desde 2000 la promoción cultural en internet no se reporta en este estudio del 2018.

Tal como reflejan estas estadísticas, Cuba presenta una amplia gama de políticas que contribuyen a promover el acceso a la cultura, pero fuera del marco digital. Está claro que la ausencia de las nuevas tecnologías implica un distanciamiento de los medios de distribución digital, como libros, música y cine, imposibilitando que de manera más eficaz puedan ser consumidos productos culturales cubanos desde cualquier lugar del país.

Es evidente que la oferta digital con la que deben competir los productos culturales nacionales es más abundante y estructurada. Entre las principales barreras a superar esta la brecha digital que atenta contra el propio mantenimiento y sobrevivencia de la cultura local, seguido de un divorcio entre la infraestructura de conexión y equipamiento y los espacios culturales.

El derecho de acceso cultural, que es otorgado como un pilar esencial de las políticas públicas cubanas, no corre la misma suerte en el espacio virtual debido a varios factores: la baja proporción de conexión de la población versus altos costos, el poco soporte de la tecnología y la mercantilización. Como parte de un fenómeno global que es internet se importa esa manera de consumo de cultura virtual que pasa necesariamente por el protagonismo de las redes sociales y que trae nuevos significados a la concepción de cultura de los instrumentos internacionales enunciadas con anterioridad por Stavenhagen<sup>24</sup>.

Por ejemplo, la conectividad de la población según informaciones de la prensa oficial en la isla, emitidas por la Empresa de Telefonía (ETECSA), al cierre de 2019 existían en la isla 1.4 millones de teléfonos fijos, 5.7 millones de líneas móviles, 3 268 radiobases instaladas, 124 000 servicios de Nauta Hogar (internet discada en casa), 1 161 salas de navegación, 1 034 sitios wifi y 2 millones de cuentas permanentes para navegación por internet<sup>25</sup>.

Téngase en cuenta que la población cubana está compuesta por 11 215 344 habitantes, distribuidos en

<sup>23</sup> ONET. *Manifestaciones artísticas en Cuba ofrecidas a la población*. La Habana: ONET, 1986-2018.

<sup>24</sup> STAVENHAGEN, R. *Les droit culturels: le point de vue des sciences sociales, pour ou contre les droits culturels?* Ginebra: UNESCO, 2000. p. 19-47.

<sup>25</sup> RODRIGUEZ, S. A. Servicio de internet en Cuba actualizaciones en 2019. *Granma*, La Habana, 2019. p. 2.



15 provincias con 168 municipios y con un promedio de urbanización del 77%; de acuerdo las cifras oficiales del Ministerio de Salud Pública Datos que, comparados con los anteriores, demuestra la baja proporción de conexión y acceso tecnológico que se tienen en el país. Pues sólo 2 millones de personas (menos de un cuarto del total de 11 millones), poseen cuentas permanentes para navegación por internet, de un total de 5.7 millones que tienen líneas móviles; lo que representa un 82% de la población nacional sin acceso a internet<sup>26</sup>.

Las condiciones de conexión a internet en Cuba con una velocidad de navegación según datos oficiales de ETECSA, es de 64kbs-155Mgs dependiendo del tipo de conexión y de las condiciones físicas. Aparentemente esta realidad no muestra que el consumo cultural en línea en Cuba es prácticamente imposible, pero si miramos hacia el valor de la conexión por hora, la realidad es otra.

Por ejemplo, los precios para cada tipo de conexión se mantienen de la siguiente forma: la oferta de un paquete mínimo de datos móviles de 400MB tiene un calor de 125.00cup (según moneda oficial, que por tasa de conversión redondeada equivale a 5 dólares), la hora de conexión en zonas públicas wifi tienen un valor de 25.00cup (valor de cambio redondeado de 1dolar), y el servicio de Nauta Hogar conexión discada desde casa con un valor de 17.50cup por hora de conexión (con valor de 0.70 dólar)<sup>27</sup>.

Un cálculo promedio de los costos de conexión mensual, y según los diferentes tipos conexión a internet que se ofertan serían: paquete mínimo de datos móviles de 400MB por semana tendría un valor 500.00cup (equivalente a 20 dólares); una 1 hora de conexión de zonas públicas de wifi sería 750.00cup (equivalente a 30 dólares) y servicio de Nauta Hogar conexión discada desde casa sería 525.00cup (equivalente a 21 dólares). Estos precios demuestran que el consumo mínimo diario de 1 hora de conexión, para un cubano medio es costoso, casi la mitad de un salario medio y más de la mitad de un salario mínimo promedios; pues la media salarial ronda los 1067.00cup (que equivale a un total redondeado de 40.00 dólares)<sup>28</sup>.

Hasta el momento el foco del gobierno cubano ha estado en la infraestructura técnica y precios que permitan sustentar las inversiones, pero que acaban limitando el acceso, pues dejan de considerar que la inclusión digital del acceso a la cultura de productos cubanos es una necesidad. De persistir esta realidad Cuba corre el riesgo de transformar sus usuarios en consumidores de productos y aplicaciones de contenido generado desde fuera del territorio nacional, lo que conduce al fomento de un fenómeno negativo en los términos de empleo, y protección de la cultural local; facilitando un mayor espacio para los conglomerados culturases como Youtube, Facebook, Spotify. Esta realidad cuestiona la sobrevivencia de la diversidad de las redes digitales y la preservación de la cultural local y su acceso.

Según el Informe de la Unión Internacional de Telecomunicaciones para el 2018 Cuba estaría en el lugar 137 de 176 a nivel global en términos de acceso a internet, lo que evidencia no solo la ineficacia y el poco desarrollo tecnológico al respecto en el territorio. Este informe también hace referencia a que muchos datos relacionados con el acceso no pueden ser procesados porque no están disponibles, evidenciándose el control estatal sobre las informaciones referentes a conexiones digitales en el país<sup>29</sup>.

Otro elemento que resalta en la realidad cubana es la mercantilización de la cultura en internet. Si bien es un fenómeno propio del capitalismo globalizado e interconectado, ha penetrado en los más diversos sistemas sociales como el cubano. Al respecto, datos del sitio *Statcounter GlobalStats* apuntan que en el año 2019 las principales redes sociales utilizadas por la población en la isla fueron: Facebook 71,6%; Pinterest 10,92%; Instagram 7,63%; YouTube 4,91%, Twitter 4,83% y Tumblr 0,08%. (la última no se cual es)

Tomando ejemplo de manera aleatoria, la página oficial de algunas instituciones culturales cubanas en Facebook durante el 2019, se evidencia la desproporcionalidad entre el número de usuarios registrados en ETECSA (un aproximado de 2 millones de cuentas permanentes para navegación por internet) y el de seguidores de estas. Tal como muestra la figura n° 2.

<sup>26</sup> CUBA. Ministerio de Salud Pública. *Anuario Estadístico de Salud 2018*. La Habana: Ministerio de Salud Pública, 2019. p. 11.

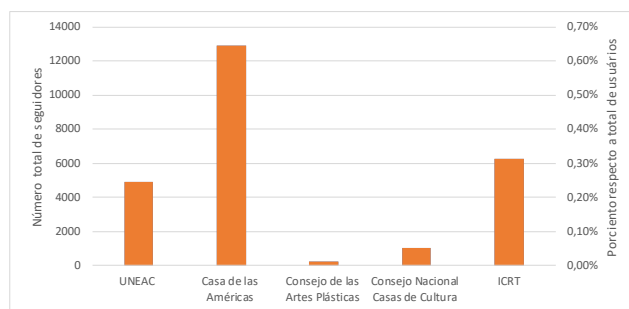
<sup>27</sup> ETECSA. *Preguntas más frecuentes*. Disponible en: [http://www.etcasa.cu/internet\\_conectividad/pmf/](http://www.etcasa.cu/internet_conectividad/pmf/). Acceso en: 20 abr. 2020.

<sup>28</sup> GRANMA. *Alejandro Gil: La economía cubana no debe decrecer en 2019*. Disponible en: <http://www.granma.cu/cuba/2019-12-20/>

alejandra-gil-la-economia-cubana-no-debe-decrecer-en-2020. Acceso em: 20 abr. 2020.

<sup>29</sup> UIT. Statistical reports. *Measuring the information Society Report*. 2018. Disponible en: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx> Acceso em: 20 abr. 2020.

**Ilustración 2 - Páginas de Facebook de las principales Instituciones Culturales en Cuba**



Fonte: ETECSA

Es evidente que la bajísima proporción de usuarios en estas instituciones son el resultado del impacto que tiene la brecha digital en el acceso a la cultura y la preservación de los productos culturales locales. El empleo de los usuarios de las redes sociales está volcado a la utilización como mecanismos de comunicación y socialización. Se evidencia además que el consumo de productos artístico-culturales en este escenario posee un mayor desplazamiento hacia los escenarios *offline*.

Al igual que en otras realidades la cultura 2.0 en el caso de Cuba, también va ganado espacio en el desarrollo socio-tecnológico. El protagonismo de las redes sociales, el incremento de la relación tecnología y comunicación, y el divorcio con el poder institucionalizado también son fenómenos que están presentes en el contexto digital cubano. Es evidente que la sociedad cubana viene transformándose y abrazando dinámicas más críticas, participativas y colaborativas desde el ambiente digital; confluyendo así en la aparición de nuevos espacios culturales fuera de las instituciones estatales.

Es pertinente resaltar, que la ausencia de relaciones diplomáticas entre Cuba y Estados Unidos ha tenido un impacto directo en este tema. No solo por las limitaciones de acceso a internet, sino por la vulnerabilidad que acarrea el uso de las redes sociales a los usuarios cubanos. En cualquier escenario global estas empresas poseen en lo mínimo representaciones en los países donde operan, pero en el caso de Cuba esta ausencia es persistente.

Esta particularidad del fenómeno cubano evidencia la necesidad de un papel protagónico, proactivo y eficaz del acceso a la cultura en internet por parte del Estado. Reforzar su protección en el plano doméstico minimiza el desamparo en el que se encuentra no solo los usuarios sino las producciones culturales cubanas en estas plataformas.

Es importante resaltar que el uso de las redes sociales en Cuba también contribuye a la creación de una nueva diversidad cultural creativa. Su protagonismo trae nuevos significados al papel cultura popular tradicional y como esta se adapta a la contextualización tecnológica. La concepción del concepto de cultura enunciado por la UNESCO reafirma que existe y está siendo creada una cultura digital reflejo de las condiciones sociales y tecnológicas del siglo XXI.

Resignificando las palabras de Stavenhagen<sup>30</sup>, Cuba es un ejemplo de la transformación de los preceptos que definen el concepto de cultura en el plano internacional. El capital y la creatividad ya escapan hacia una realidad diferente de las establecidas por las instituciones culturales, son parte del reflejo de los nuevos modos de vida que trae internet.

Viendo a internet como un artefacto de producción y consumo cultural de acuerdo con el concepto de cultura ofrecido por la UNESCO, debemos entender que es un fenómeno inmerso en un contexto social determinado. Internet por sí sola no genera cultura, las construcciones culturales y el acceso a ellas se dan de la mano de las experiencias subjetivas de los usuarios apoyadas en estructuras lógica y económicas; reflejando los diferentes sistemas en que vivimos y actuamos.

Cuba es un reflejo de la importancia de otorgar protección jurídica al acceso a internet y su relación con los derechos humanos desde el ámbito internacional, pues de no existir estos compromisos internacionales, el plano de estos derechos quedaría mitigado a la voluntad del legislador local. Aun cuando la creación de instrumentos internacionales es desde una perspectiva *top-down*, la mera existencia de tratados o recomendaciones ya coloca en los Estados participantes la responsabilidad de garantizar estándares mínimos de protección tal como refleja el caso cubano.

## 5 Consideraciones Finales

Durante el desarrollo de este estudio: la principal problemática sobre el acceso a internet y el acceso a la cultura en el contexto cubano, está fundamentada

<sup>30</sup> STAVENHAGEN, R. *Les droit culturels: le point de vue des sciences sociales, pour ou contre les droits culturels?* Ginebra: UNESCO, 2000. p. 19-47.

de manera genérica como carácter fundamental de los DESC, al mismo tiempo que se evidencia poca construcción doctrinal en torno a estos derechos en el ámbito digital. Esta realidad evidencia que la positivación a que han sido sometido estos derechos no es suficiente para garantizar su materialización.

En este sentido debemos limitar que los DESC representan un amplio catálogo de exigencias para los Estados parte en la consecución de la dignidad de la persona humana y las garantías fundamentales, que impone el mayor cuidado y protección a cualquier organización jurídico-política. Por tanto, su eficacia jurídica dependerá de las concretas posibilidades reales de ejercicio y protección jurisdiccional que cada Estado le otorgue en su ordenamiento jurídico.

Otro aspecto para resaltar es la concreción material del acceso a internet y el acceso a la cultura, depende directamente de las condiciones sociales, económicas y políticas que cada sociedad brinda. Por lo que, en el caso cubano, la carencia de estas o su difusa protección, otorgan una incapacidad de realización plena de estos derechos.

Superar la brecha digital que se materializa en el acceso a la cultura y sus disímiles facetas, es uno de los principales desafíos a resolver en el caso cubano, donde urge revisar y en su caso reformular las estrategias políticas y las normas existentes al respecto, partiendo del protagonismo de las TIC en el desarrollo social y cultural y en la concreción de los DESC en el siglo XXI.

La irreversibilidad de estos derechos en la realidad cubana debe ser apoyada en tres grandes acciones: consolidar el acceso a internet como un derecho fundamental de manera explícita, utilizar la infraestructura existente para potencializar el acceso a la cultura en internet; llevar a cabo una cruzada nacional en favor de la cultura nacional en las redes sociales, ampliando las políticas públicas que favorezcan la materialización de estos derechos (acceso a internet y acceso a la cultura) de manera efectiva. En resumen, el acceso a la cultura en internet en el contexto de internet en Cuba debe convertirse en una prioridad jurídica y social.

Finalmente, se reafirma que el acceso a internet cambió la materialidad de estos derechos (DESC) y más específicamente el acceso a la cultura, lo que conlleva de modo irrefutable que las futuras normas cubanas o en otros contextos jurídicos, en temas de derechos culturales y acceso a internet, sean pensadas desde esta realidad.

No podemos hablar de acceso a la cultura sin la presencia de internet en el siglo XXI.

## Referencias

- ALMEIDA, D. *Un tribunal internacional para internet*. São Paulo: Almedina, 2015.
- ALONSO, G. M. *Alfabetización digital múltiple: algo más que ratones y teclas*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, p. 98-120, 2018.
- BISCH, P. M. *Definir les droits culturels*. Ginebra: UNESCO, 2010.
- CALDUCH CERVERA, R. *Conflictos internacionales culturales y violencia terrorista: derechos humanos y conflictos internacionales*. Bilbao: Servicios Editoriales del País Vasco, 2006. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-55164/9cursvitoria.pdf>. Acceso en: 31 out. 2020.
- CANCLINI, N. G. *Desiguales y desconectados*. Barcelona: Gedisa, 2006.
- CEES, H. *Digital Fatso en Mensenrechten in cyberspace*. Amsterdam: Boom, 1999.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Datos, Algoritmos y políticas: la redefinición del mundo digital*. Santiago: CEPAL, 2018.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2009.
- CUBA. *Constitución de la República de Cuba*. La Habana: Gaceta Oficial de la República de Cuba, 2019.
- CUBA. *Decreto Ley 370/2018 sobre la informatización de la sociedad cubana*. La Habana: Consejo de Estado, 2018.
- CUBA. Ministerio de Salud Pública. *Anuario Estadístico de Salud 2018*. La Habana: Ministerio de Salud Pública, 2019.
- CUBA. *Resolución 127/2007 sobre el Sistema Informático*. La Habana: Gaceta Oficial de la República de Cuba, 2007. v. 1.



- DIMAGGIO, Paul *et al.* Social implications of the internet. *Annual Review of Sociology*, v.27, p. 307-336, 2001.
- GIGLER, Björn-Sören; BARJA, Gover. *Pobreza digital: las perspectivas de América Latina y el Caribe: qué es y cómo demir la probreza de información y comunicación en el contexto latinoamericano.* La Paza: Dirsi, 2009.
- GONZÁLEZ, M. D. C. B. *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura.* Barcelona: Universidad de Barcelona, 1997.
- HILBERT MARTIN, R. *From industrial economics to digital economics.* Santiago de Chile: CEPAL, 2001.
- UIT. Statistical reports. *Measuring the information Society Report.* 2018. Disponible en: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx> Acceso em: 20 abr. 2020.
- KULESZ, O. *El impacto de las tecnologías digitales en la diversidad de las expresiones culturales de España e Hispanoamérica.* Paris: UNESCO, 2016.
- LIESA, C. F. *Cultura y Derecho Internacional.* Alcalá: Universidad de Alcalá, 2013.
- MENDOZA-RUANO, J. J.; CALDERA-SERRANO, J. Umbrales para la determinación de la brecha digital: comparativa entre regiones desarrolladas. *Transinformação*, Campinas, v. 26, p. 125-132, ago. 2014.
- MORENO, I. *Globalización y cultura, cultura y globalización: entre el conflicto y el dialogo.* Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2005.
- MUNIZ, S. *A verdade seduzida: por um conceito de cultura no Brasil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1988.
- ONET. *Manifestaciones artísticas en Cuba ofrecidas a la población.* La Habana: ONET, 1986-2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. *A/HRC/20/L.13.* Nueva York: ONU, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Ginebra: ONU, 1948.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. E/C.12/GC/25. *Observación General n. 25, relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales.* Ginebra: ONU, 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* Ginebra: ONU, 1966.
- PCC. *Lineamientos de la política económica y social del partido y la revolución para el período 2016-2021.* 2017. Disponible en: <http://media.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2017/07/PDF-321.pdf> Acceso en: 31 out. 2020.
- PEÑA, O. A. P. *Protección de las obras de la cultura popular tradicional por el derecho de autor: especial referencia a Cuba.* La Habana: Abril, 2010.
- RAJAGODAL, B. *El derecho internacional desde abajo.* Bogotá: Isla, 2005.
- REYGADAS, L. *La apropiación: destejendo las redes de la desigualdad.* Barcelona: Anthrops, 2008.
- RODRIGUEZ, S. A. Servicio de internet en Cuba actualizaciones en 2019. *Granma*, La Habana, 2019.
- RUBIO, D. S. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Campo Jurídico*, v. 3, n. 1, p. 181-213, mayo 2015.
- RUIZ, G. R.R. *Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el derecho constitucional.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- STAVENHAGEN, R. *Les droit culturels: le point de veu des sciences sociales, pour ou contre les droits culturels?* Ginebra: UNESCO, 2000.
- UNESCO. *Conferencia Mundial de Políticas Culturales. MONDIACULT.* México: UNESCO, 1982.
- UNESCO. *Convención Universal sobre Protección y Promoción de la Diversidad Cultural.* Paris: Unesco, 2005.

**DIREITO HUMANITÁRIO E ARTE**



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade: “crime de guerra” ou “crime contra a humanidade”?**  
**The deliberate destruction of cultural heritage of humanity: “war crime” or “crime against humanity”?**

Juliette Robichez

VOLUME 17 • N. 3 • 2020  
DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade: “crime de guerra” ou “crime contra a humanidade”?\*

## The deliberate destruction of cultural heritage of humanity: “war crime” or “crime against humanity”?

Juliette Robichez\*\*

### Resumo

Se existe hoje um consenso sobre a necessidade de reservar um tratamento específico para os atos de destruição deliberada dos bens culturais do inimigo, pois ferem, diretamente, a essência da dignidade da pessoa humana, persiste uma dúvida quanto à sua tipificação em direito penal internacional. O Tribunal Penal Internacional optou, aparentemente, pela qualificação de “crime de guerra”. Essa infração perniciosa mereceria, todavia, ao nosso ver, ser caracterizada como “crime contra a humanidade” com propósito de dar ainda mais ênfase à gravidade dos atos estigmatizados. Este trabalho visa trazer à tona a pertinência deste debate e analisar as vantagens e aporias de cada qualificação dos atos de destruição do patrimônio cultural da humanidade. Neste contexto, será indagado se a tutela internacional atual dos bens culturais reflete bem o “fundo comum de valores que chamamos de humanidade”, parafraseando a expressão usada por Mireille Delmas Marty em 2004, para tratar dos valores comuns da sociedade internacional a serem prioritariamente protegidos. Nesse sentido, realizou-se uma pesquisa qualitativa, bibliográfica, guiada por uma abordagem dedutiva amparada, principalmente, no estudo da regulamentação internacional, da doutrina nacional e estrangeira, e das decisões das jurisdições transnacionais. No primeiro capítulo, será abordada a evolução da jurisprudência sobre a proteção do patrimônio da humanidade; o segundo será dedicado a uma análise comparada dos crimes internacionais para que se debruce sobre os argumentos que militam em prol da configuração da destruição intencional dos bens culturais como “crime de guerra” ou de “crime contra a humanidade”.

**Palavras-chave:** Crime de guerra. Crime contra a humanidade. Destruição deliberada. Patrimônio cultural da humanidade. Tribunal penal Internacional.

### Abstract

If there is a consensus today on the need to reserve specific treatment for acts of deliberate destruction of the enemy’s cultural assets, as they directly harm the essence of the dignity of the human person, there remains a doubt as to their classification in international criminal law. The International Cri-

\* Recebido em 12/03/2020  
Aprovado em 28/02/2021

\*\* Juliette Robichez, francesa e residente permanente no Brasil desde 2000, fez toda sua formação acadêmica na Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne (França): graduação mestrados e doutorado em Direito. Leciona atualmente, em graduação e pós-graduação, as disciplinas Direito Internacional Público ou Privado e Direitos Humanos. Assumiu uma disciplina sobre A Proteção Internacional do Patrimônio Cultural no Doutorado da UNICEUB. Um dos seus temas de predileção de pesquisa e publicação é, além da justiça penal internacional, a Proteção Internacional do Patrimônio Cultural. Coordena atualmente o grupo de pesquisa da Liga Acadêmica dos Estudos Jurídicos da Bahia - LAEJU intitulado: os sistemas regionais de direitos humanos na perspectiva de uma nova ordem mundial: abordagem comparativa dos sistemas europeu, interamericano e africano. E-mail: julietterobichez@yahoo.fr

minal Court apparently opted for the classification of “war crime”. This pernicious infraction would, however, deserve, in our view, to be characterized as a “crime against humanity” in order to give even more emphasis to the seriousness of the stigmatized acts. This work aims to bring out the relevance of this debate and to analyze the advantages and aporias of each qualification of the acts of destruction of the cultural heritage of humanity. In this context, it will be asked whether the current international protection of cultural goods reflects well the “common fund of values that we call humanity”, paraphrasing the expression used by Mireille Delmas Marty, to address the common values of society to be protected as a priority. In this sense, a qualitative, bibliographic research was conducted, guided by a deductive approach supported mainly in the study of international regulation, doctrine, national and international, and the decisions of transnational jurisdictions. In the first chapter, the evolution of jurisprudence on the protection of the heritage of humanity will be discussed; the second will be devoted to a comparative analysis of international crimes in order to examine the arguments that militate in favor of the configuration of the intentional destruction of cultural goods as a “war crime” or “crime against humanity”.

**Keywords:** Cultural Heritage of Humanity. International Criminal Court. Crime Against Humanity. War Crime.

## 1 Introdução

O vandalismo dos bens religiosos e culturais do inimigo é tão velho quanto as noções de guerra e invasão, como retratou Hugo Grotius, fundador do direito internacional na sua obra monumental *De jure belli ac Pacis*<sup>1</sup>, publicada no século XVII. A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade pelo vencedor constituía um instrumento de aniquilamento da memória e da história do vencido. Porém, ao longo dos tempos, as sociedades evoluíram e houve um movimento para humanizar, quer dizer normatizar, os conflitos armados. Assim, a noção de guerra justa foi criada para oferecer uma melhor proteção à população civil, aos prisioneiros e ao patrimônio natural e cultural dos povos envolvidos.

<sup>1</sup> GROTIUS, H. *De jure belli ac pacis libri tres*. Washington D.C.: Carnegie Institution of Washington, 1925. p. 658.

Vários instrumentos internacionais vieram a lume para limitar os direitos dos beligerantes em relação aos bens históricos, religiosos e/ou culturais, tais como identificados hoje pela UNESCO<sup>2</sup>. Mais recentemente, o crime contra o patrimônio cultural, que “apresenta uma grande importância para os povos” (art. 1º da Convenção de Haia, adotada em 1954, sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado), surgiu na jurisprudência das jurisdições internacionais e está ainda em processo de construção. Os comportamentos gravemente atentatórios aos bens culturais se situariam no ápice da hierarquia das incriminações penais. Do ponto de vista dos seus valores, sua aproximação com as infrações internacionais poderia ser explicada pelo vínculo da noção de patrimônio cultural comum à humanidade com a noção de proteção da dignidade da pessoa humana. Hoje, há um consenso com o propósito de reconhecer que ataques contra os bens culturais do inimigo à semelhança da dizimação da população são perniciosos, pois ferem diretamente a essência da identidade da pessoa humana. Os atentados contra os bens culturais, não importando a que povo eles pertencem, são equiparados a atentados ao patrimônio da humanidade, já que cada povo presta contribuição à cultura mundial. Consequentemente, a conservação do patrimônio cultural apresenta uma importância vital para todas as civilizações do planeta e merece proteção, tanto no âmbito nacional quanto no internacional<sup>3</sup>. Esses crimes de “lesa civilização”, que monopolizam hoje os holofotes da mídia, desafiam as nações e a sociedade internacional que tentam reagir. Diante das tragédias que ocorreram

<sup>2</sup> ROBICHEZ, Juliette. Proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do Direito Internacional. In: MENEZES, W. et al. *Direito internacional em expansão*. Belo Horizonte: Arraões, 2015. v. 5, p. 122. Adde CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R. Novos desafios ao direito internacional humanitário: a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 196, jul./dez. 2013.

<sup>3</sup> EAGEN, S. Preserving Cultural Property: Our Public Duty: A Look at How and Why We Must Create International Laws That Support International Action, 13. *Pace Int'l L. Rev.*, v. 407, p. 409, 2001. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol13/iss2/7>. Acesso em: 05 jul. 2020. - MARTINEZ, Jean-Luc. *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l'humanité*. Rapport au Président de la République sur la protection du patrimoine en situation de conflit armé, nov. 2015. Disponível em: <http://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/Cinquante-propositions-francaises-pour-protoger-le-patrimoine-de-l-humanite>. Acesso em: 05 jul. 2020. ROBICHEZ, Juliette. Proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do Direito Internacional. In: MENEZES, W. et al. *Direito internacional em expansão*. Belo Horizonte: Arraões, 2015. v. 5, p. 122.

recentemente no Afeganistão, no Iraque, no Mali, na Síria ou no Iémen, a nova jurisdição penal transnacional tomou a medida da gravidade da situação.

Como pressagiamos em 2015<sup>4</sup>, os processos dos acusados de crimes internacionais nos países supracitados seriam, sem dúvida, excelentes oportunidades para o Tribunal Penal Internacional (TPI) se pronunciar sobre a questão das ofensas dirigidas contra o patrimônio da humanidade. Com efeito, na sua Declaração de 16 de janeiro de 2013, sua Promotora, Fatou Bensouda<sup>5</sup>, abriu oficialmente uma investigação sobre os crimes presumidos perpetrados no território maliano, entre os quais “o fato de dirigir intencionalmente ataques contra bens protegidos” e “a pilhagem”. De maneira surpreendente, o processo criminal internacional não demorou: no dia 22 de agosto de 2016, o caso *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* (CPI n.º ICC-01/12-01/15) foi encerrado na Câmara de Primeira Instância do TPI, em Haia. A jurisdição criminal, de caráter permanente, criada em Roma em 1998, julgou o acusado maliano no dia 27 de setembro e o condenou a nove anos de prisão. Trata-se do primeiro processo internacional que se concentra, exclusivamente, na destruição dos monumentos e artefatos culturais, históricos e religiosos. Segundo F. Bensouda, ele é “histórico”<sup>6</sup>.

Nesse diapasão, percebemos que o novo ramo do direito penal internacional se torna um instrumento eficaz e complementar ao direito humanitário para concretizar a proteção dos direitos fundamentais<sup>7</sup>. Ao configurar o crime cometido contra os mausoléus e manuscritos de Tombuctu pelo Tuaregue de “crime de guerra”, a jurisdição penal promove o crime de destruição do patrimônio cultural a um “crime contra a paz e a segurança

da humanidade”<sup>8</sup>, infração que expressa a preservação dos valores, justificando a implantação de um regime de responsabilidade penal e de mecanismos repressivos de cunho internacional.

Se há, atualmente, consenso sobre a necessidade de reservar um tratamento específico para os atos de destruição deliberada dos bens culturais e religiosos, persiste uma dúvida quanto à sua caracterização. Até hoje, são quatro os crimes internacionais que figuram no rol dos crimes que competem ao TPI: os crimes de agressão, os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Esses relativamente novos conceitos estão ainda em gestação. Uma ação predatória, como a cometida por Al-Mahdi em Tombuctu, não pode obviamente se configurar como crime de agressão<sup>9</sup>. Da mesma forma, o crime de genocídio, “o crime dos crimes” para parafrasear a expressão do juiz internacional Laity Kama<sup>10</sup>, não parece tampouco ser pertinente neste caso. A Sexta Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas (AG/NU)<sup>11</sup> adotou uma resolução expressa para excluir o “genocídio cultural”, proposta pelos redatores da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Genocídio de 1948, limitando o alcance da definição ao genocídio “físico” e “biológico”. Essa

<sup>4</sup> ROBICHEZ, Juliette. Proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do Direito Internacional. In: MENEZES, W. et al. *Direito internacional em expansão*. Belo Horizonte: Arraês, 2015. v. 5, p. 122.

<sup>5</sup> BENSOU DA, Fatou. *Le Procureur de la Cour pénale internationale ouvre une enquête concernant les crimes de guerre commis au Mali*. Site CPI, 16 jan. 2013. Disponível em: [http://www.icc-cpi.int/FR\\_Menu/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pages/pr869.aspx](http://www.icc-cpi.int/FR_Menu/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pages/pr869.aspx). Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>6</sup> TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Mme Fatou Bensouda, à l'ouverture du procès dans l'affaire contre M. Ahmad Al-Faqi Al Mahdi*. 22 ago. 2016. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-al-mahdi-160822&ln=fr>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>7</sup> TEIXEIRA, Gabriel. H. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n.1, p. 27, 2012.

<sup>8</sup> COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs*. 48º sessão, 1996. *Annuaire de la Commission du droit international*, v. II (2). Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/7_4_1996.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>9</sup> Por ser um crime estatal contra a paz internacional, essa definição exclui o terrorismo, salvo se este foi apoiado por um Estado. Por consequência, esse elemento da definição torna inadequada esta infração para atos de vandalismo hoje praticados por atores não estatais, como os grupos jihadistas fundamentalistas, adeptos do terrorismo. Ver definição do artigo 1º da Resolução 3314 (XXIX) da AG/NU de 1974. Definição confirmada pela Emenda de Kampala (C.N.651.2010 Traités-8) adotada em 2010 e que criou os artigos 8 bis, 15 bis e ter do Estatuto de 1998 relativos ao novo crime de agressão. Do outro lado, os danos causados ao patrimônio cultural inestimável do Iémen pelas forças armadas do Estado vizinho, a Arábia Saudita são, portanto, efeitos colaterais dos bombardeios que visam a contenção dos rebeldes hudistas e dificilmente serão equiparados a uma tentativa de invasão e ocupação do território alheio.

<sup>10</sup> *apud* SCHABAS, William A. Le génocide. In: ASCENSIO, Henri; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international penal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 130.

<sup>11</sup> UN Doc. A/C.6/SR.83. Disponível em: UN Doc. A/C.6/SR.83. Acesso em: 28 jul. 2018.



posição é reiterada pela doutrina<sup>12</sup> e a jurisprudência<sup>13</sup> majoritárias.

Resta a alternativa entre o crime de guerra e o crime contra a humanidade. O ato intelectual de classificar um comportamento em uma categoria preexistente — conforme o Princípio de Legalidade em direito penal — não é neutra: a cada categoria de crime corresponde um regime jurídico, em particular, a gravidade da sanção dependerá da qualificação do crime. A jurisdição penal internacional, no caso Al Mahdi, optou, como foi dito acima, por qualificar os atos de vandalismo que ocorreram na cidade dos “333 santos” de crimes de guerra<sup>14</sup>. A solução não era evidente. Essa infração poderia também ser elevada ao estatuto jurídico de “crime contra a humanidade” com o intuito de dar ainda mais ênfase à gravidade dos atos estigmatizados, de impedir, de maneira mais eficaz, o irremediável?

Este trabalho visa trazer à tona a pertinência desse debate e, em particular, analisar de maneira crítica a qualificação feita pela jurisprudência internacional dos atos de destruição do patrimônio cultural da humanidade. A dificuldade do exercício reside na imprecisão desses novos crimes internacionais — os que violam bens ou interesses jurídicos supranacionais e geram uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no direito internacional. Hoje, são objetos de definição no Estatuto de Roma, que tentou sintetizar vários instrumentos internacionais anteriores e incorporar as soluções, nem sempre harmoniosas, consagradas pelos tribunais penais internacionais *ad hoc*. De antemão, podemos definir os “crimes de guerra” como uma infração contra a paz, quer dizer, que se concebe unicamente durante um conflito armado, uma vez que desencadeou. Seria sua principal diferença com o “crime contra a humanidade” que durante muito tempo era considerado como acessório do primeiro, mais antigo, e adquiriu sua autonomia ao decorrer do tempo. Os respectivos artigos 7 e 8 do tratado celebrado em Roma se contentam de estabelecer

listas, não exaustivas, de comportamentos repreensíveis, abrindo um grande leque de divergências de interpretação. Precisaremos examinar com minúcia os diplomas internacionais e a jurisprudência que delinham esses crimes para eleger a tipificação mais adequada para concretizar a proteção internacional dos bens culturais nos tempos de conflitos armados.

Nesse sentido, realizou-se uma pesquisa qualitativa, bibliográfica, e documental baseada em procedimentos metodológicos comparativos e históricos, guiada por uma abordagem dedutiva amparada, principalmente, no estudo dos instrumentos internacionais, da doutrina nacional e estrangeira, e das decisões dos tribunais penais internacionais.

Após o estudo da evolução da jurisprudência internacional sobre a tutela da proteção do patrimônio da humanidade (cap. 2), o capítulo seguinte será consagrado a uma análise comparada das ofensas internacionais para que se debruce sobre os argumentos que militam em prol da configuração de crime de guerra ou de crime contra a humanidade (cap. 3).

## 2 Evolução da jurisprudência internacional sobre a proteção do patrimônio da humanidade

Francesco Francioni<sup>15</sup>, ex-presidente do Comitê do Patrimônio da Humanidade da UNESCO, resumiu, no início da década, a evolução recente do direito internacional nesses termos:

o bem cultural tornou-se um elemento para a inovação e o desenvolvimento progressivo do direito em pelo menos três direções distintas: 1) a elevação dos ataques contra o patrimônio cultural ao estatuto jurídico de crimes internacionais, especialmente de crimes de guerra e crimes contra a humanidade; 2) a consolidação, no direito internacional, do direito da responsabilidade criminal individual, não somente no direito doméstico, para as sérias ofensas aos bens culturais; 3) o desenvolvimento progressivo do direito da responsabilidade do Estado em caso de destruição intencional do patrimônio cultural (Trad. nossa).

<sup>12</sup> O relatório da Comissão de Direito Internacional de 1996 (CDI, 1996, §12), interpretando a Convenção em tela, limitou o genocídio a uma destruição material de um grupo determinado por meios físicos e biológicos e rejeita a tentativa de abranger a definição à destruição da identidade nacional, linguística, religiosa e cultural.

<sup>13</sup> Uma corrente doutrinária minoritária considera que a destruição do patrimônio cultural participe da “intenção de destruir” (art. 2 da Convenção), da “limpeza étnica”. V. opinião dissidente do juiz Shahabuddeen no caso Krstic, IT-98-33-1, 19/04/2004. Este ponto será aprofundado mais adiante.

<sup>14</sup> DIAS, Anaene. Destruição do patrimônio cultural: crime de guerra. *Revista Via Iuris*, Bogotá, n. 25, p. 1, 2018.

<sup>15</sup> FRANCIONI, Francesco. The human dimension of international cultural heritage law: an introduction. *The European Journal of International Law*, Florença, v. 22, n. 1, p. 10, fev. 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/22/1/9/436703>. Acesso em: 05 jul. 2020.

O desenvolvimento progressivo do direito da responsabilidade do Estado, em caso de destruição deliberada do patrimônio cultural, é ilustrado pela Declaração da UNESCO<sup>16</sup> relativa à Destruição Intencional do Patrimônio Cultural, adotada em Paris pela Conferência Geral, em 2003. Porém essa terceira tendência citada acima pelo professor italiano de direito internacional não será estudada neste artigo. Este foca, exclusivamente, as duas primeiras, em outras palavras, o surgimento da justiça penal internacional que criou novos paradigmas segundo os quais, doravante, um indivíduo pode ser individualmente criminalizado por uma jurisdição penal internacional se ele cometeu um crime particularmente grave, quer dizer um crime internacional. Hoje, assistimos à elevação do ataque contra os bens culturais ao estatuto de crime internacional com todas as aporias que a criação de novos conceitos implica: inelutáveis tergiversações sobre a sua definição e sua delimitação.

A bela declaração da procuradora do TPI<sup>17</sup>, proferida no caso Al-Mahdi, corrobora a ideia segundo a qual a nova prioridade do direito internacional é proteger o patrimônio cultural como elemento da dignidade da pessoa humana:

é tanto mais histórico que o período está marcado por uma raiva destruidora, em que o patrimônio da humanidade é objeto de saques repetidos e planejados por indivíduos e grupos, cujo objetivo é erradicar qualquer representação do mundo diferente da sua, eliminando os elementos materiais que estão no coração da vida da comunidade, cuja alteridade e cujos valores são assim simplesmente negados e aniquilados. Está aí a essência, o coração mesmo deste caso. O que há de gravíssimo neste crime é que se trata de uma violação profunda à identidade, à memória e, assim, ao futuro de populações inteiras. Trata-se de um crime contra o que constitui a riqueza de coletividades completas. E assim, trata-se de um crime que empobrece todos e que viola os valores universais, que a nós compete proteger (Trad. nossa).

A jurisprudência sobre esse novo crime é fruto de uma evolução progressiva iniciada pelas jurisdições penais internacionais ad hoc, que foi ratificada e aprofundada pelo TPI permanente. A efetivação da proteção dos bens culturais é consequência do novo movimento de institucionalização da repressão penal no âmbito in-

ternacional. Estudaremos a jurisprudência dos tribunais penais internacionais *ad hoc*, pioneiros na história do nascimento da justiça penal internacional e, em particular, em relação à proteção do patrimônio histórico-cultural em tempo de conflitos armados (2.2.), que servirá de laboratório para os futuros julgamentos do Tribunal permanente, criado em Roma em 1998 (2.3.). Porém investigaremos preliminarmente a posição das jurisdições internacionais não criminais sobre a questão da tutela do patrimônio cultural que influenciaram as cortes penais (2.1.).

## 2.1 Jurisprudência das jurisdições internacionais não criminais

Por ser o tribunal principal da ONU, a investigação começará pela análise da jurisprudência da Corte Internacional de justiça (CIJ) e será aprofundada com o exame das decisões da Corte Europeia dos Direitos Humanos (CorteEDH). Será concluída com um estudo da jurisprudência de outras jurisdições arbitrais internacionais não criminais.

### 2.1.1 A jurisprudência da Corte Internacional de Justiça

Criada no contexto de uma sociedade interestatal, a CIJ nunca proferiu sentença ou parecer sobre a questão específica da proteção do patrimônio cultural. O famoso caso *Templo Préah Vihéar* de 1962<sup>18</sup>, todavia, relativo à questão de existência de um erro de fato podendo anular um tratado bilateral, tratou, indiretamente, da salvaguarda de um bem religioso-cultural. A jurisdição internacional resolveu um conflito de traçado de fronteiras entre a Camboja e a Tailândia, onde o excepcional conjunto arquitetural khmer, cuja construção começou no século IX, servia de ponto de referência geográfica. A decisão reconheceu a soberania da Camboja no território onde se situava o templo budista, considerado pela UNESCO, desde 2008, patrimônio da humanidade. O “país do sorriso” foi obrigado a deixar o território que ele ocupava militarmente desde 1953, data da independência da Camboja. Apesar da obrigação consequente de devolver uma parte da propriedade cultural (antiguidades, esculturas) que foi removida do conjunto de santuários em litígio, a Corte não decidiu o caso sob

<sup>16</sup> UNESCO. *Déclaration de l'UNESCO concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel*. 17 out 2003.

<sup>17</sup> Câmara de Primeira Instância VIII. Situação em República do Mali. Caso *Le procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, 27 set. 2016. N.º ICC-01/12-01/15.

<sup>18</sup> CIJ, 15 jun.1962. Caso do *Templo de Préah Vihéar*. (Camboja v.Tailândia).

o prisma do patrimônio cultural, da questão do verdadeiro sucessor do Império Khmer. A decisão foi fundamentada exclusivamente a partir de pontos técnicos relativos aos trabalhos de delimitação da topografia da região, elaborados no início do século XX e sobre a maneira como o Siã (antigo nome da Tailândia) avaliaram os resultados destes trabalhos<sup>19</sup>. Será que hoje, com a evolução das mentalidades a respeito da valorização do patrimônio cultural para a construção da identidade da nação, o ponto de vista técnico teria dominado para resolver esse problema de delimitação das fronteiras? Podemos duvidar<sup>20</sup>.

Em 2005, a CIJ foi acionada pela Costa Rica contra a Nicarágua a respeito de um conflito relativo aos direitos de navegação no Rio São João. Na sentença do dia 13 de julho de 2009<sup>21</sup>, a jurisdição reconheceu um direito costumeiro de praticar a pesca de subsistência para a população indígena ribeirinha. Francesco Francioni<sup>22</sup>, não sem ousadia, considera essa decisão como um precedente da Corte das Nações Unidas sobre a valorização do patrimônio cultural.

Consideramos a referência do julgamento da CIJ, no caso relativo à Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, opondo a Bósnia-Herzegovina à Sérvia e ao Montenegro, de 26 de fevereiro de 2007<sup>23</sup>, mais relevante. Os juízes internacionais, para determinarem a existência ou não de um genocídio no conflito da Ex-Iugoslávia na década 90, consagraram 10 parágrafos (§§ 335-344) à “destruição

do patrimônio histórico, religioso e cultural”<sup>24</sup> para concluir que, apesar da gravidade dos fatos averiguados, não existe um “genocídio cultural”, a destruição do patrimônio histórico, religioso e cultural não podendo ser assimilada a um ato de genocídio no sentido do artigo II da Convenção de 1948. Os desenvolvimentos sobre a discriminação dos atos de aniquilamento da cultura do inimigo se referem aos acórdãos do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia (TPII).

Em resumo, a contribuição deste órgão judiciário internacional à proteção do patrimônio da humanidade é pouco significativa, ao contrário do aporte da Corte Europeia dos Direitos Humanos, objeto do próximo item.

### 2.1.2 Jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos

Apesar de a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) de 1950 e a CorteEDH não reconhecerem explicitamente o “direito à cultura” ou o “direito de participar da vida cultural” — como fazem outros tratados —, a jurisprudência da jurisdição regional fornece exemplos pertinentes quanto à proteção dos “direitos culturais” *latu sensu*. Primeiro, a Corte europeia adotou “uma interpretação dinâmica”<sup>25</sup> de direitos fundamentais de caráter civil, tais como o direito ao respeito da vida privada e familiar (artigo 8 da Convenção), o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 9), o direito à liberdade de expressão (art. 10) e o direito à educação (art. 2 do Protocolo n.º 1) que interessou diretamente a questão em tela. Outro fator que pode explicar a importância crescente que revestem os direitos culturais na jurisprudência da jurisdição está ligado ao número de casos referentes às minorias culturais, linguísticas ou étnicas. Estas reivindicam o direito de preservar sua identidade e, para seus membros, de levar uma vida privada e familiar em conformidade com suas tradições e culturas. Muito embora a Corte não julgue sempre em favor dos direitos culturais e das minorias, os princípios fundamentais que estabeleceu na sua jurisprudência constituem fundamento para futuros recursos e desenvolvimentos jurisprudenciais. Em várias

<sup>19</sup> COUVEINHES, Florian. Retour sur un classique : les plaidoiries de Paul Reuter dans l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande). *Revue générale de droit international public*, Paris, v. 116, n. 2, p. 464, 2012. Disponível em: [https://www.academia.edu/29179623/Retour\\_sur\\_un\\_classique\\_les\\_plaidoiries\\_de\\_Paul\\_Reuter\\_dans\\_l'affaire\\_du\\_Temple\\_de\\_Pr%C3%A9ah\\_Vih%C3%A9ar\\_Cambodge\\_c.\\_Tha%C3%AFlande\\_RG-DIP\\_2012\\_vol\\_116\\_n\\_2\\_p\\_464-472](https://www.academia.edu/29179623/Retour_sur_un_classique_les_plaidoiries_de_Paul_Reuter_dans_l'affaire_du_Temple_de_Pr%C3%A9ah_Vih%C3%A9ar_Cambodge_c._Tha%C3%AFlande_RG-DIP_2012_vol_116_n_2_p_464-472). Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>20</sup> Mais de 40 anos depois, a CIJ teve outra oportunidade de abordar a questão da tutela do patrimônio cultural. No caso levado pelo Liechtenstein contra a Alemanha em 2004, tratou-se da restituição de alguns bens confiscados, como o quadro do pintor holandês do século XVII, Pieter van Laer, depois da Segunda Guerra Mundial em um país terceiro. Porém, o processo não ultrapassou a fase das objeções preliminares pois a Corte declinou sua competência.

<sup>21</sup> CIJ, 13 jul. 2009. Caso do Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua).

<sup>22</sup> CIJ, 13 jul. 2009. Caso do Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua). p. 12.

<sup>23</sup> Julgamento 26 fev. 2007. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro).

<sup>24</sup> Julgamento 26 fev. 2007. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro).

<sup>25</sup> CEDH. *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. 2011, p. 4. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_cultural\\_rights\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_FRA.pdf). Acesso em: 21 fev. 2017.



ocasiões, a Corte tentou conciliar o direito à expressão artística com a proteção da moral. O direito à identidade cultural é outra vertente do direito à proteção da vida privada ou do princípio de liberdade de pensamento, de reunião ou religiosa que foi consagrada em decisões a partir do caso Chapman v. Reino Unido de 2001<sup>26</sup>. O artigo 8 da Convenção, que afirma o direito ao respeito da vida privada, familiar e do domicílio, insta os Estados a proteger o direito, para uma minoria, de preservar sua identidade e oferecer, para seus membros, a possibilidade de ter uma vida privada e familiar conforme a tradição correspondente (uma vida nômade em caravana dos ciganos, nesta circunstância).

Da mesma forma, a Corte, de maneira indireta, reconhece o direito à proteção do patrimônio cultural e natural<sup>27</sup>. A tutela do patrimônio constitui uma finalidade legítima para limitar o exercício dos direitos individuais, em particular o direito da propriedade consagrado pelo artigo 1º do Protocolo nº 1, como no caso Kozacioglu c. Turquia de 2009<sup>28</sup>.

No entanto, de maneira geral, a Corte não foi além de uma estrita aplicação das disposições do Protocolo I sobre a Proteção dos Direitos Individuais e relegou a conservação do patrimônio cultural da coletividade ou do valor público da paisagem ao segundo plano<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> CEDH. Caso Chapman v. Reino Unido (n.º 27238/95), 18 jan. 2001.

<sup>27</sup> CEDH. Caso Beyeler v. Itália (GC, n.º 33202/96, CEDH 2000-I), 5 jan. 2000.

<sup>28</sup> CEDH. Caso Kozacioglu c. Turquia (CG, n.º 2334/03, 19 fev. 2009): “§53. A Corte considera também que a proteção do patrimônio cultural de um país constitui um objetivo legítimo próprio a justificar a expropriação pelo Estado de um imóvel tombado “bem cultural”. Lembra-se que a decisão de adotar leis relativas à privação de propriedade pressupõe normalmente o exame de questões políticas, econômicas e sociais. Estimando normal que o legislador dispunha de uma grande latitude para levar a cabo a política econômica e social que lhe parece mais apropriada, a Corte respeita a maneira como ele concebe os imperativos de “utilidade pública”, salvo se seu julgamento se revela manifestamente desprovido de base razoável [...]. Isso vale igualmente *mutatis mutandi* para a proteção do meio ambiente, ou do patrimônio histórico ou cultural de um país. §54. A corte sublinha, para este efeito, que a conservação do patrimônio cultural e, caso necessário, seu uso duradouro, têm como objetivo, além da manutenção de uma certa qualidade de vida, a preservação das raízes históricas, culturais e artísticas de uma região e de seus habitantes. A este título, constituem um valor essencial cuja defesa e promoção competem aos poderes públicos [...]. Para esse efeito, a Corte se reporta à Convenção para a Proteção do Patrimônio Arquitetural da Europa, que prevê medidas concretas visando notadamente o patrimônio arquitetural” (Trad. nossa).

<sup>29</sup> FRANCIONI, Francesco. The human dimension of international cultural heritage law: an introduction. *The European Journal of*

Outras jurisdições internacionais, por talvez serem arbitrais, foram mais inovadoras.

### 2.1.3 Comissão das Reclamações entre Eritreia e Etiópia

Dois países africanos, a Eritreia e a Etiópia, entraram em conflito armado entre 1998 e 2000. Esse conflito territorial mortífero<sup>30</sup> encerrou com a intervenção de uma missão de paz (MINUEE) e uma Comissão de Reclamações Eritreia/Etiópia. Sob a égide da Organização da Unidade Africana (OUA), da ONU, da União Europeia, da Argélia e dos Estados Unidos, o Acordo de Argel de 12 de dezembro de 2000 previu a criação de um organismo independente e imparcial com a finalidade de identificar as origens do conflito (que nunca foi concretizada), outro para delimitar a fronteira entre os dois países beligerantes e, enfim, um terceiro para resolver as reclamações. Para serem sujeitas a esse tribunal arbitral “neutro” (art. 3), as reclamações deviam satisfazer às exigências relativas às perdas, danos ou prejuízos corporais ligados ao conflito e decorrentes “de violações do direito internacional humanitário, inclusive as convenções de Genebra de 1949, ou outras violações do direito internacional” (art. 5, §1). Essa importância dada à violação do jus in bello<sup>31</sup> pelos redatores do Acordo em tela ofereceu excelente oportunidade para a Comissão das Reclamações abordar a questão da tutela do patrimônio cultural em conflitos armados. Durante a guerra, o exército etíope destruiu a lápide de Tamara do século III a.C., uma das mais antigas da região, considerada patrimônio da humanidade e que obviamente não constituía um objetivo militar<sup>32</sup>.

Não há dúvida de que a Comissão se inspirou na supracitada Declaração sobre a Destruição Intencional do Patrimônio Cultural de 2003, ao condenar a Etiópia por ter demolido, de maneira deliberada, a Estela de Matara. Como a Eritreia não era membro signatário da Convenção de Haia de 1954, que protege o patrimônio

*international Law*, Florença, v. 22, n. 1, p. 9, fev. 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/22/1/9/436703>. Acesso em: 05 jul. 2020. p. 12.

<sup>30</sup> D'ARGENT, Pierre, D'ASPREMONT, Jean. La commission des réclamations Érythrée/Éthiopie: un premier bilan. *Annuaire français de droit international*, Paris, v. 53, n. 1, p. 396, 2007.

<sup>31</sup> O direito na guerra, distinto do jus ad bellum, direito de fazer a guerra.

<sup>32</sup> Ethiopian Army Destroys World Heritage. *VISAFRIC*, Toronto, 18 maio. 2001.

cultural da humanidade em tempo de guerra, e como a Declaração supracitada não tem força obrigatória, os árbitros julgaram o comportamento do país à luz do direito internacional humanitário consuetudinário<sup>33</sup>.

Essa sentença abriu o caminho para dar um passo à frente na responsabilização internacional dos indivíduos que cometeram violações do direito internacional ao destruírem intencionalmente ou não os bens culturais do inimigo e ao espoliá-los. A criação, posterior à queda do Muro de Berlim, de tribunais internacionais criminais foi muito importante para a concretização do direito internacional da proteção do patrimônio da humanidade.

## 2.2 Jurisprudência dos tribunais penais internacionais *ad hoc*

Os primeiros tratados sobre a preservação do patrimônio mundial influenciaram, por certo, os redatores do Estatuto do pioneiro Tribunal de Nuremberg em 1945. Assim, a definição do novo conceito de “crime de guerra” inclui “a pilhagem de bens públicos e privados”, a “destruição sem motivo de cidades e povoados ou a devastação não justificada por razões militares”<sup>34</sup>. Ora, se nenhum libelo de acusação individual do Tribunal de Nuremberg mencionou, exclusivamente, essas exações, os atos criminosos contra o patrimônio da humanidade não foram negligenciados na ata de acusação coletiva<sup>35</sup>. Esse novo crime foi alegado para condenar um Alemão acusado de uma vasta operação de saque de bens culturais, chamada “Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg”<sup>36</sup>.

Ele foi responsabilizado, individualmente, pelo despojo de museus e bibliotecas, assim como pelo confisco de obras de artes e coleções. Da mesma forma, a condenação à pena de morte dos famosos agentes nazistas, Hermann Goering e Wilhelm Keitel, abrangeu a pilhagem sistemática de bens culturais privados e públicos, com o único fim de enriquecer o Reich.

Durante a Guerra Fria, o Conselho de Segurança das NU (CS/NU) conheceu um longo período de paralisia, que terminou com o desmantelamento da União Soviética e de seus aliados. A partir do início dos anos 90, a criação de novos tribunais penais internacionais *ad hoc* deu novas oportunidades para tornar concreta a luta contra a impunidade em matéria de preservação do patrimônio da humanidade<sup>37</sup>. O tribunal precursor, que marca a gênese da justiça penal internacional, foi o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia (TPII), criado pela Resolução n.º 827 do CS/NU em 1993<sup>38</sup>. Diante da inércia em instaurar uma operação de missão de paz durante as quatro guerras que ocorreram na ex-Iugoslávia nos anos 90, a alternativa para a comunidade internacional manter sua boa consciência foi implantar um tribunal para punir as piores exações. O artigo 3º al. d) do Estatuto do TPII incrimina a “apreensão, a destruição ou a danificação deliberada de edifícios consagrados à religião, à caridade e à educação, às artes e às ciências, de monumentos históricos, de obras de arte e de obras de caráter científico”.

D'HOLOCAUSTE. *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International, Nuremberg 14 nov. 1945 – 01 oct. 1946, 1947*. p. 173 e 185.

<sup>37</sup> Os julgamentos do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), criado em 1994 para julgar os autores do genocídio que ocorreu entre Tutsis e Hutus, não abordaram a questão da destruição do patrimônio. Uma das explicações é que a tragédia não impactou os bens culturais dos Ruandeses, sublinhando que nesta época não existia qualquer bem inscrito na Lista do Patrimônio Mundial da UNESCO. Em 2012, as autoridades do país sugeriram inscrever 4 sites memoriais, todos relativos ao genocídio de 1994. Outra explicação (HARRISON, Rodney. What is heritage? In: \_\_\_\_\_. *Understanding the politics of heritage*, Manchester: Manchester University Press, 2010. p. 5. Disponível em: [https://www.academia.edu/776638/What\\_is\\_Heritage](https://www.academia.edu/776638/What_is_Heritage). Acesso em: 05 jul. 2020. p. 5), mais pertinente ao nosso ver, frisa a concepção eurocêntrica do patrimônio que privilegia os objetos ou monumentos de valores em detrimento das práticas e experiências locais valorizadas pelas sociedades africanas, por exemplo. Somente em 2003, dez anos depois do genocídio, foi assinada em Paris a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial que toma em consideração a “diversidade cultural” e a “criatividade humana”. Também as reflexões de Sada Mire, coordenadora do MOOC *Heritage Under Threat* (2016) de origem da Somália, sobre a questão polêmica da definição do patrimônio da humanidade.

<sup>38</sup> Disponível em: [http://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/827\(1993\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/827(1993)). Acesso em: 21 mar. 2014.

<sup>33</sup> Partial Award – Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 and 22, 28/04/2004, § 113 apud FRANCONI, Francesco. The human dimension of international cultural heritage law: an introduction. *The European Journal of international Law*, Florença, v. 22, n. 1, p. 9, fev. 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/22/1/9/436703>. Acesso em: 05 jul. 2020. p. 12. Ver críticas sobre o caráter costumeiro das normas (D'ARGENT, Pierre; D'ASPREMONT, Jean. La Commission des réclamations Érythréo-Éthiopie: un premier bilan. *Annuaire français de droit international*, Paris, v. 53, n. 1, 2007. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2007\\_num\\_53\\_1\\_3982](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2007_num_53_1_3982). Acesso em: 05 jul. 2020. p. 364).

<sup>34</sup> Artigo 6º, b) do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945.

<sup>35</sup> SECRETARIAT INTERNATIONAL DE L'ASSOCIATION DES ANCIENS AMATEURS DE RECITS DE GUERRE ET D'HOLOCAUSTE. *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International, Nuremberg 14 nov. 1945 – 01 oct. 1946, 1947*. p. 62.

<sup>36</sup> SECRETARIAT INTERNATIONAL DE L'ASSOCIATION DES ANCIENS AMATEURS DE RECITS DE GUERRE ET

Em vários julgamentos, o TPII, de maneira solene, condenou os atos visando o patrimônio cultural. No “caso Kordic”, julgado em 26 de fevereiro de 2001, o ato de demolição e degradação de edifícios consagrados à religião ou à educação, quando tal ato é perpetrado deliberadamente, foi equiparado a um ato de perseguição, posto que equivale a: “um ataque contra a identidade religiosa própria de um povo. Assim, o Tribunal exemplifica a noção de crime contra a humanidade, pois deste fato, é a humanidade no seu conjunto que é afetada pela destruição de uma cultura religiosa específica e dos objetos culturais vinculados”<sup>39</sup>. No “caso Miodrag Jokic”, o julgamento de 18 de março de 2004 puniu, mais uma vez, esses atos bárbaros de hostilidades contra o patrimônio cultural nesses termos: “O bombardeio da velha cidade de Dubrovnik (classificada na lista da UNESCO) constituiu um ataque não somente contra a história e o patrimônio da região mas também contra o patrimônio cultural da humanidade”<sup>40</sup>. No julgamento de 3 de março de 2000<sup>41</sup>, T. Blaskic foi acusado por ter atacado o patrimônio cultural do inimigo. No entanto, o Tribunal entendeu de maneira restritiva o artigo 3º al. d). Foi estabelecido que o dano ou a destruição precisam ser cometidos de maneira deliberada contra edifícios claramente identificados como consagrados à religião ou ao ensino e não usados, no momento dos fatos, para fins militares. Nesse “caso Blaskic”, o ataque contra os edifícios não caracterizou um dos quatro crimes internacionais tornando o TPII competente, pois eles estavam localizados perto de objetivos militares, condição que legitima os bombardeios. No entanto, a jurisprudência do Tribunal evoluiu: no julgamento “Naticic e Martinovic” do 31 de março de 2003<sup>42</sup>, a definição do crime não contemplou mais o elemento de proximidade do edifício, degradado ou destruído, dos objetivos militares. Mas a prova requerida, pelos juízes internacionais, da intenção do autor do delito de degradar o bem é sempre delicada a fornecer, como é para qualquer elemento subjetivo. Essas exigências são compreensíveis, pois se

trata da definição dos crimes internacionais, quer dizer, os de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, justificando a competência dos tribunais penais internacionais. Adotar uma definição muito ampla do crime poderia banalizar o ato e, em definitivo, tornar menos eficaz a luta contra a impunidade dos que cometeram esses atos.

A experiência do TPII foi essencial para a criação do TPI. Sua jurisprudência sobre a repressão dos atos de depredação do patrimônio da humanidade abriu novas perspectivas para as atividades da jurisdição permanente.

### 2.3 Jurisprudência do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma de 1998, que criou o TPI, se refere, também, aos ataques ao patrimônio mundial como elemento da definição do crime de guerra<sup>43</sup>. Até 2012, eram poucas as decisões sobre a destruição dos bens culturais desta jurisdição que iniciou suas atividades somente em 2002. Conquanto, não havia razões para pensar que o TPI se afastaria desta jurisprudência pioneira, inaugurada pelos tribunais penais internacionais *ad hoc*, antecessores. Os primeiros julgamentos deixaram, assim, pressagiar uma atenção particular dos juízes internacionais para a preservação do patrimônio da humanidade, como elemento da identidade e da história dos povos. No julgamento de 7 de março de 2014<sup>44</sup>, Germain Katanga, chefe de um grupo militar chamado “FRPI” (*Force de résistance patriotique en Ituri*), foi sentenciado por vários crimes cometidos em 2003, na aldeia de Bogoro, na República Democrática do Congo (RDC), entre os quais foi citado o crime de guerra de destruição de bens e pilhagem, visto no artigo 8º do Estatuto. No início dos anos 2000, nesse país africano, o caráter étnico do conflito opondo os Hema e os Lendu era indiscutível, segundo o TPI. Foi comprovado que os ataques contra as pessoas e os bens visavam o apagamento da população civil Hema e, como tais, eram constitutivos de crime de guerra no sentido do Estatuto de Roma. Nesse caso, todavia, não se tratava da destruição pro-

<sup>39</sup> TPII. Câmara de Primeira Instância. Procurador v. Kordic & Cerkez. 27 fev. 2001. N.º IT-95-14/2-T. p. 64 e 65; p. 101 e s. e p. 311 e s. (Trad. nossa).

<sup>40</sup> TPII. Câmara de primeira instância I. Procurador c. Miodrag Jokic. 18 mar. 2004. N.º IT-01-42/1-S. p. 21 e s. (Trad. nossa).

<sup>41</sup> TPII. Câmara de Primeira Instância I. Procurador c. Tihomir Blaskic. Decisão n.º IT-95-14-T, 03 mar. 2000. p. 5 e s., p. 53 e 56, p. 63 e s., p. 144 e s.

<sup>42</sup> TPII. Câmara de primeira instância. Procurador c. Mladen Naticic e Vinko Martinovic. 31 mar. 2003. N.º IT-98-34-6. p. 230 e s., p. 274-275.

<sup>43</sup> Artigo 8º, ix: “Dirigir intencionalmente ataques a edifícios ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares”.

<sup>44</sup> TPI. Câmara de Primeira Instância II. *Situação em República Democrática do Congo. Caso Procurador c. Germain Katanga. 07 mar. 2014. N.º ICC-01/04-01/07. p. 12-27.*



priamente falada de obras artísticas ou religiosas, mas de casas e de saque de bens essenciais à vida cotidiana, como “chapas de telhado, móveis e diferentes outros objetos pessoais, comida...”. O acusado foi condenado a 12 anos de prisão em 2014.

Desde 2002, o Tribunal foi acionado 21 vezes, abrangendo onze situações, todas concentradas na África: Uganda, RDC, Sudão, República Centro Africana, Quênia, Costa do Marfim, Líbia e Mali. Os processos dos acusados de crimes internacionais nos dois últimos países citados são excelentes ensejos para o TPI se pronunciar sobre a questão de crimes dirigidos contra o patrimônio da humanidade.

Na sua Declaração do 16 de janeiro de 2013, a Promotora do TPI, Fatou Bensouda, abriu, oficialmente, uma investigação sobre os crimes presumidos perpetrados no território maliano, dentre os quais “o fato de dirigir intencionalmente ataques contra bens protegidos” e “a pilhagem”<sup>45</sup>. O TPI aperfeiçoou a jurisprudência dos tribunais penais antecessores, ao julgar um membro e líder de um grupo jihadista, o qual planejou e fomentou a destruição dos mausoléus pré-islâmicos e manuscritos seculares de Tombuctu, cidade do Mali<sup>46</sup>.

O TPI<sup>47</sup> proclamou recentemente que a destruição deliberada do patrimônio cultural do inimigo constitui um dos crimes mais odiosos que impactam a essência mesmo da nossa humanidade. Visar bens culturais que não são alvos militares constitui uma violação da dignidade da pessoa humana, pois se trata de aniquilar a identidade e a dignidade de um povo, como leciona o processo de Al-Mahdi que começou no dia 22 de agosto de 2016. O antigo chefe da Hesbah, brigada dos bons costumes de Tombuctu, era acusado de crime de guerra pela destruição da porta da mesquita Sidi Yahia e de nove mausoléus da cidade — monumentos de caráter histórico e religioso de um valor excepcional e imensurável, construídos no período pré-maometano —, durante sua ocupação pelos jihadistas de Ançar Edine e de Al-Qaeda no Magreb Islâmico (AQMI), entre abril de 2012 e janeiro de 2013. Esses sítios estavam sob a tutela da UNESCO e alguns estavam inscritos no patrimônio mundial da humanidade. As ações judiciais lançadas

contra Abu Turab, a pedido do governo maliano, pela procuradoria do TPI em janeiro de 2013, têm uma particularidade, como vimos na introdução, de se limitar à destruição dos bens culturais e de não abranger outros fatos que poderiam configurar crimes contra a humanidade. A mensagem da Procuradora era bem clara: a destruição do patrimônio constitui crimes de guerra tão graves quanto o alistamento de crianças ou o estupro sistematizado das mulheres inimigas; doravante, é importante criar uma cultura na qual as sociedades tenham recursos, com os instrumentos disponíveis no patamar interno e internacional, de detectar, comprovar, reprimir e punir os crimes mais odiosos que colocam em causa a essência própria da nossa humanidade. O Tribunal, no dia 17 de agosto de 2017<sup>48</sup>, condenou Al-Mahdi a pagar uma reparação de 2,7 milhões de euros, a título individual e coletivo, à comunidade da cidade maliana<sup>49</sup>.

A jurisprudência dos tribunais penais internacionais, sancionando as violações das normas jurídicas que protegem o patrimônio cultural, averigua a vigência e a eficácia do direito internacional como instrumento de preservação do patrimônio cultural da humanidade. Porém vimos, nesse relato das sentenças, que há, ainda, uma incerteza quanto à configuração do ato visado como crime de guerra ou crime contra a humanidade. Novos conceitos em construção, a delimitação das fronteiras entre esses crimes internacionais se revela tarefa árdua, como o primeiro presidente do TPIII confessou em um documentário sobre a gênese da justiça penal internacional<sup>50</sup>. No próximo capítulo, será abordada essa questão de qualificação para avaliar qual é o crime que mais se adequa à criminalização eficaz da destruição do patrimônio histórico-cultural da humanidade.

<sup>45</sup> TPI. *Communiqué de presse*. 16 jan. 2013.

<sup>46</sup> TPI. Câmara de Recurso. *Situation en République du Mali. Caso Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. 8 mar. 2018. N° ICC-01/12-01/15 A.

<sup>47</sup> Caso *Le procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, 2016, precitado.

<sup>48</sup> Câmara de Primeira Instância VIII. Ordonnance de réparation. Caso Situação em República do Mali. Caso Procurador c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. 17 ago. 2017. N° ICC-01/12-01/15-236.

<sup>49</sup> O criminoso sendo indigente, o Fundo de Ajuda às Vítimas foi convidado a completar a importância das reparações. Essa medida, confirmada em apelo no dia 8 de março (TPI, 2018a), é um grande avanço em comparação com os tribunais penais internacionais ad hoc, que não previam a possibilidade de compensar o prejuízo sofrido pelas vítimas dos crimes internacionais.

<sup>50</sup> A LUTA dos juízes (*Le combat des juges*). Direção: Yves Billy. Produção: Zaradoc Films. França e Bélgica, 2000.

### 3 A difícil caracterização do crime de destruição deliberada do patrimônio da humanidade

Antes de examinar o crime de destruição deliberada do patrimônio da humanidade à luz dos crimes internacionais (3.2), apresentaremos generalidades sobre estes para contextualizar o surgimento da infração em estudo (3.1).

#### 3.1 Generalidades sobre os crimes internacionais

A qualificação é um processo técnico-jurídico pelo qual se classificam os fatos da vida relativamente às instituições criadas pela lei ou pelo costume, a fim de enquadrar os primeiros nas segundas, encontrando-se, assim, a solução mais adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas. Assim, a conceituação e a classificação dos comportamentos deliberados contra o patrimônio da humanidade são de cardinal importância para a boa e justa aplicação das normas jurídicas.

A ideia fundamental na base do direito penal é a de proteção ou de defesa da ordem social de um grupo social. A tendência de criminalização do direito internacional, apesar de ser nova, parece natural no cenário global. O primeiro passo, em conformidade com o princípio de legalidade das penas, foi criar as infrações internacionais. O crime internacional pode ser definido como uma violação do direito internacional, o qual tem um caráter tão prejudicial para os interesses protegidos por este direito que requer uma repressão penal no patamar internacional.

Porém, durante séculos, a comunidade dos Estados relutou em configurar as infrações à ordem internacional e suas respectivas sanções. Finalmente, o movimento de internacionalização foi iniciado. Até recentemente, as únicas condutas incriminadas eram as ligadas ao uso da guerra. O título da obra de Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), testemunha que até o século XVII as relações de força entre príncipes ainda eram consideradas normais<sup>51</sup>. Porém, se a guerra era considerada o meio tradicional de resolução das controvérsias

internacionais, a ideia de “guerra justa” já havia aparecido nas civilizações antigas. Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho e San Tomás de Aquino construíram o Princípio Filosófico da Legitimidade da Guerra, que deve responder a uma justa causa. Essa doutrina foi desenvolvida em seguida pelos internacionalistas como Francisco de Vitoria (1480-1546), que considerou dever ser a única causa da guerra a violação de um direito, o fim da guerra podendo ser acompanhado por sanções penais. Essa doutrina da “guerra justa” trouxe várias consequências. Primeiramente, o uso da guerra foi subtraído do império da força para ser submisso ao direito. Fala-se da juricidade do uso da força. Em seguida, a guerra aparece como um meio de luta contra a impunidade, que não é admitida para os que violam o direito das gentes. As Convenções de Haia de 1899 e 1907 e o Tratado de Versalhes de 1919 condenaram assim as guerras de agressão.

O comportamento na guerra constituiu o segundo domínio no qual o direito iria substituir o reino da força, com o desenvolvimento do jus in bello. A guerra se distingue da violência pura ou da barbárie, pois obedece, além do motivo considerado legítimo, a regras. Porém o desenvolvimento das regras relativas ao direito da guerra, no fim do século XIX e início do século XX, não foi acompanhado de uma determinação internacional de sanções penais aplicáveis. Somente em 1949, com a elaboração das quatro Convenções de Genebra, foi abordada a questão da punição dos criminais de guerra e das sanções penais unificadas<sup>52</sup>.

Uma terceira fonte do direito internacional penal é constituída pelos “crimes do direito das gentes”, visando os comportamentos atribuídos a particulares que prejudicam Estados ou constituem uma “ofensa” à moral internacional. Esses comportamentos são a pirataria, tráfico de mulheres ou de crianças, falsificação de moeda...

A partir dos estatutos dos Tribunais Militares Internacionais (TMI) de Nuremberg e Tóquio, criados após a Segunda Guerra Mundial, foram cristalizados os principais costumes do direito penal internacional. Em

<sup>51</sup> Adde SZUREK, Sandra. Historique. La formation du droit international pénal. In: ASCENSIO, Hervé et alii (org). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 21.

<sup>52</sup> Para detalhes, v. JOHANNOT-GRADIS, Christiane. *Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?* Genebra: Schulthess Médias Juridiques, 2013. p. 9 e s. Adde CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo antigo*. São Paulo: Atlas, 2012. CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo clássico*. São Paulo: Atlas, 2015; CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012.

primeiro lugar, no que tange aos crimes contra a paz e a segurança da humanidade, em 1945 uma ideia revolucionária foi adotada: a responsabilidade individual<sup>53</sup>.

A partir dessas premissas, houve a segunda cristalização das normas consuetudinárias: a criação dos quatro crimes contra a paz e a segurança da humanidade. O genocídio foi o crime mais abominável que o regime ditatorial da Alemanha nazista cometeu durante a segunda guerra mundial. No entanto, o Estatuto do TMI, elaborado em 1944, não reconhecia esse crime como categoria autônoma. Em 1948, na véspera da adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Genocídio foi adotada, consagrando a nova infração internacional. O crime contra a humanidade foi previsto, pela primeira vez, no Estatuto do TMI de Nuremberg. Inicialmente, essa infração estava vinculada aos crimes contra a paz ou crimes de guerra. Esse caráter acessório foi contestado e o crime contra a humanidade adquiriu seu caráter autônomo com os estatutos dos tribunais penais subsequentes. Os crimes de guerra foram um dos elementos constitutivos dos crimes contra a paz e a humanidade de 1945. Figuram no Estatuto do TMI de Nuremberg e foram considerados como um dos pilares da trilogia dos processos de Nuremberg e Tóquio. Nenhum dos instrumentos posteriores deixou de lado os crimes de guerra que hoje respondem a uma definição muito ampla.

As características dos “crimes contra a paz e a segurança da humanidade” tornam estes uma categoria com forte coerência. Em primeiro lugar, a denominação da categoria é reveladora:

além da estraneidade, é uma certa concepção filosófica, a de uma comunidade universal transcendendo a pluralidade das sociedades estatais, que justifica a penalização e a internacionalização. O espírito não é mais só a cooperação penal entre Estados, mas a emergência de uma ordem pública do direito das gentes<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Consequência inerente a esse princípio de base, a posição hierárquica oficial de uma pessoa na estrutura governamental do seu país não o exonera mais da responsabilidade criminal ensejada em razão da sua atividade (artigo 7, TMI Nuremberg). A terceira regra adotada pelo Estatuto do TMI de Nuremberg é que a pessoa não pode se eximir da sua responsabilidade alegando o respeito a uma ordem superior.

<sup>54</sup> ASCENSIO, Henri; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. Présentation de la première partie : essai de la classification et principe de légalité. In: \_\_\_\_\_. *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 95. (Trad. nossa).

Esse elemento filosófico justifica o caráter imprescritível deles e o surgimento do princípio de “competência universal” nas relações interestatais, no sentido que tudo Estado é competente para julgar e condenar pessoas acusadas de ter cometido tal crime, sem outro critério de conexão (local do crime, nacionalidade do autor ou da vítima, proteção dos interesses do Estado etc.), fora da sua presença no seu território. Em segundo lugar, a categoria conduz com a competência material da responsabilidade penal dos indivíduos diretamente em virtude do direito internacional. O Projeto de Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, elaborado pela Comissão de Direito Internacional das NU e adotado em 1996 pela Assembleia Geral, define essas infrações como “crimes à luz do direito internacional e [...] puníveis como tais, que sejam ou não puníveis à luz do direito nacional” (art. 1, §2). Em terceiro lugar, a categoria dos “crimes internacionais”, assim denominados pela doutrina, coincide também com a competência das jurisdições penais internacionais no geral.

Os tribunais penais internacionais ad hoc e o TPI, para estigmatizar os atos de devastação dos bens culturais dos povos em tempos belicosos, se referiram ao crime de guerra e ao crime contra a humanidade que vamos estudar agora.

## 3.2 O crime de guerra á luz da proteção do patrimônio da humanidade

A tipificação de predileção dos tribunais penais parece ser a de crime de guerra, porém ela não é ílesa de críticas.

### 3.2.1 A qualificação privilegiada de crime de guerra

Apesar de ser o mais antigo, o crime de guerra não é fácil a delinear. Como a doutrina reconhece, é árduo determinar, com certeza, as origens da noção de “crime de guerra”, noção que evoluiu com a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito dos conflitos armados e, em particular, com a implantação das jurisdições penais internacionais<sup>55</sup>. Vale lembrar o teor

<sup>55</sup> ABI-SAAB, Georges; ABI-SAAB, Rosemary. Les crimes de guerre. In: ASCENSIO, Henri; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 141. Adde TEIXEIRA, Gabriel H. O Tribunal Penal Internacional como



do artigo 44 do famoso Código de Lieber de 1863, que definiu o crime de guerra:

qualquer violência deliberada contra as pessoas do país invadido, *qualquer destruição de bem* não ordenada por um oficial qualificado, *qualquer roubo, pilhagem ou saque*, mesmo após a tomada de uma praça pela força, qualquer estupro, ferida, mutilação ou abate dos seus habitantes, são proibidos sob pena de morte ou qualquer pena grave proporcionada à gravidade da ofensa. Qualquer soldado, oficial ou suboficial, cometendo tais violências e desobedecendo a um superior que lhe ordena de se abster, pode igualmente ser abatido *in loco* por seu superior<sup>56</sup>.

Esse código de cunho interno, elaborado com base no contexto da guerra civil norte-americana, influenciou os esforços ulteriores de codificação do direito da guerra no patamar internacional, como a Conferência reunida em Bruxelas em 1874, a iniciativa do czar da Rússia e as Convenções de Haia de 1899 e 1907. Porém, nesta época, ainda se tratava da responsabilidade internacional do Estado, e as normas internacionais não previam incriminações individuais<sup>57</sup>.

Ao final da Primeira Guerra mundial, as Potências aliadas instituíram uma Comissão das Responsabilidades no intuito de estabelecer a responsabilidade dos autores da guerra, assim como as violações das leis e usos da guerra cometidas pelos Estados inimigos. Essa comissão estabeleceu uma lista de 32 atos suscetíveis de serem qualificados de “crimes de guerra”<sup>58</sup>. Os artigos 228 a 230 do Tratado de Versalhes consagraram a competência das Potências aliadas para julgar as pessoas responsáveis de crimes de guerra. Porém a resistência dos Estados, também da Alemanha, de criar um tribunal para julgar os que cometeram “uma ofensa suprema contra a moral internacional e autoridade sagrada dos tratados”, tornou letra morta essa primeira tentativa. As Convenções de Genebra anteriores à Segunda Guerra

---

um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 27, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1628/1576>. Acesso em: 05 jul. 2020. p. 34 e s.

<sup>56</sup> LIEBER code of 1863. Disponível em: [https://archive.org/stream/pdfy-NG4E2nsEimXkB5mU/The+Lieber+Code+Of+1863\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/pdfy-NG4E2nsEimXkB5mU/The+Lieber+Code+Of+1863_djvu.txt). Acesso em: 05 jul. 2020. (Trad. e grifo nossos).

<sup>57</sup> ROBICHEZ, Juliette. Proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do direito internacional. In: MENEZES, W. et al. *Direito internacional em expansão*. Belo Horizonte: Arraões, 2015. v. 5, p. 122.

<sup>58</sup> ABI-SAAB, Georges; ABI-SAAB, Rosemary. Les crimes de guerre. In: ASCENSIQ, Henri; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012.

Mundial, quanto a elas, não demonstraram muita audácia: a penalização das violações das regras do jus in bello, isto é, a definição dos crimes de guerra e das penalidades, competia ao Estado beligerante e a seu direito interno.

Foi o processo de Nuremberg que efetuou um salto qualitativo ao convidar o direito internacional a definir diretamente os crimes de guerra. O Estatuto do Tribunal Militar Internacional (TMI), anexado ao Acordo de Londres em 8 de agosto de 1945, define a competência do tribunal no artigo 6, que se refere aos “a) crimes contra a paz [...], crimes de guerra [...], c) crimes contra a humanidade [...]”. Na alínea b) do artigo encontra-se a primeira definição dos “crimes de guerra”, em forma de uma lista não exaustiva das violações das leis e costumes da guerra. Aos comportamentos clássicos que violam a integridade física, o artigo acrescenta no rol das infrações os que interessam também os bens do inimigo: “a pilhagem de bens públicos e privados, a destruição sem motivos das cidades e povoados, a devastação que não são justificadas por exigências militares”.

No seu julgamento, o TMI de Nuremberg precisou logo que a lista era exemplificativa e que a qualificação de crimes de guerra dos atos necessitava também tomar em consideração o direito internacional geral, em particular as Convenções de Haia e de Genebra. O artigo 6 inspirou não somente o TMI para o Extremo Oriente, sediado em Tóquio, mas também várias legislações internas.

Vale ressaltar que as Convenções de Genebra de 1949, adotadas logo depois de Nuremberg, não usam o termo “crimes de guerra” nas disposições relativas à “repressão dos abusos e infrações”. Algumas violações são caracterizadas de “infrações graves” se forem cometidas “contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção”. Porém a definição das infrações graves, nos artigos comuns às quatro convenções (arts. 50/51/130/147), é bem próxima àquela de “crimes de guerra” que consta no Estatuto do TMI de Nuremberg. Além das infrações contra a integridade física, eles se referem à “destruição e apropriação de bens, não justificados por necessidades militares e executadas sobre uma grande escala de maneira ilícita e arbitrária”. O Protocolo Adicional às Convenções de Genebra (Protocolo I), adotado em 1977 e relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais, ajunta à lista violações que não existiam nas Convenções de 1949. Os parágrafos do artigo 85 sobre vários atos intencionais que aqui nos interessam

se referem a: i) ataques que causam perdas ou prejuízos excessivos dos bens civis (§3, c), ii) práticas desumanas ou degradantes fundadas na discriminação racial que constituem ultrajes à dignidade pessoal (§4, c), iii) fato de atacar monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto claramente reconhecidos que constituem o patrimônio cultural ou espiritual dos povos que gozam de uma proteção especial, provocando assim sua destruição em grande escala (§4, d).

As jurisdições penais internacionais ad hoc, criadas após os eventos trágicos deflagrados no território da ex-Iugoslávia e da Ruanda, no início dos anos 90, afinaram e completaram a definição dos “crimes de guerra”.

Em aplicação do artigo 1º do Estatuto do TPII e do Estatuto do TPIR<sup>59</sup>, os tribunais são habilitados a “julgar as pessoas presumidas responsáveis de violações graves do direito humanitário”, violações especificadas nos artigos seguintes. Assim o artigo 3 do Estatuto do TPII estipula uma lista não exaustiva de violações que afetam diretamente ou não o patrimônio cultural que avista “a destruição sem motivo de cidades e povoados ou a devastação que não se justifiquem por exigências militares” (art. 3, b), “ataque ou bombardeio, por qualquer meio que seja, de cidades, povoados, moradias ou edifícios não defendidos” (c), “a penhora, a destruição ou o dano deliberado de edifícios consagrados à religião, à benevolência e ao ensino, às artes e às ciências, aos monumentos históricos, às obras de arte e às obras de cunho científico” (d) e “a pilhagem de bens públicos e privados” (e). Em função do contexto do genocídio ocorrido em Ruanda, o Estatuto do TPIR, intitulado: “violações graves do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional II”, se refere, no que tange às violações aos bens, unicamente à “pilhagem” (art. 4§ f).

O Estatuto do TPI, beneficiando-se da experiência dos tribunais anteriores e dos trabalhos da CDI (Projeto de 1996), apresenta um longo artigo, o 8, denominado “crimes de guerra”, que apresenta a articulação mais detalhada e mais recente desta noção.

Em definitivo, podemos definir os “crimes de guer-

ra” como as violações das regras do jus in bello<sup>60</sup> que ensejam, segundo o direito internacional, a responsabilidade penal dos indivíduos que os cometem. Em outras palavras, o direito internacional atribui a essas violações um efeito penal além dos efeitos tradicionais das violações das suas regras em termo de responsabilidade internacional do Estado<sup>61</sup>.

Apesar da dificuldade de distinguir crime contra a humanidade e crime de guerra, um critério é claro: o último é um crime contra a paz, quer dizer, que se concebe unicamente durante um conflito armado, uma vez que desencadeou. Na atualidade, os crimes de guerra monopolizam os holofotes da mídia. Assim englobam, de maneira tradicional, o ataque intencional de um hospital protegido; os estupros sistematizados ou o alistamento de crianças. Práticas bárbaras continuam hodiernamente a prosperar nos conflitos contemporâneos na África (RDC, Ruanda etc.) e no Oriente Médio (Palestina, Síria, Iémen etc.), como também na Europa (Ucrânia, por exemplo). A jurisprudência dos tribunais penais internacionais, ao tomar em consideração essas exações, demonstra a plasticidade da noção de “crime de guerra” e da sua adequação à realidade social atual. Essa escolha é corroborada por outros organismos internacionais.

Sob a iniciativa dos governos franceses e italianos, a Resolução 2347 do CS/NU<sup>62</sup> aprovada por unanimidade em 24 de março de 2017, optou também pela qualificação de crime de guerra. O primeiro artigo do documento “lamenta e condena a destruição ilegal do patrimônio cultural, notadamente a destruição de sítios e objetos religiosos, assim como a pilhagem e o tráfico de bens culturais oriundos de sítios arqueológicos, de museus, de bibliotecas, arquivos e outros sítios, em período de conflito armado, notadamente por grupos terroristas”. O artigo 4 prega que o ataque contra o patrimônio cultural ou religioso “pode constituir, em

<sup>60</sup> Normas rebatizadas desde as Convenções de Genebra de 1949 “direito dos conflitos armados” e recentemente de “direito humanitário”.

<sup>61</sup> Vale lembrar que qualquer violação do jus in bello não constitui necessariamente um “crime de guerra” segundo essa definição stricto sensu, mesmo se pode ser sancionada por códigos militares (ex.: violação de uma regra disciplinar).

<sup>62</sup> ONU. Res. CONSELHO DE SEGURANÇA n. 2347 sobre Manutenção da Paz e da Segurança Internacionais, 24 mar. 2017, S/RES/2347. - Le Conseil de sécurité des Nations Unies adopte une résolution historique en faveur de la protection du patrimoine. 24 mar. 2017. Disponível em: <http://fr.unesco.org/news/conseil-securite-nations-unies-adopte-resolution-historique-faveur-protection-du-patrimoine>. Acesso em: 16 ago. 2019. (Trad. nossa).

<sup>59</sup> Estatuto do TPII. Disponível em: [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf). Acesso em: 19 jul. 2018. - Estatuto do TPIR. Disponível em: [http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/941108\\_res955\\_fr.pdf](http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/legal-library/941108_res955_fr.pdf). Acesso em 19 jul. 2018.

certas circunstâncias e em virtude do direito internacional, um crime de guerra”. Na reunião dos ministros da cultura do G7, no dia 2 de abril de 2017, em Florença, o delegado italiano propôs a criação de uma força de “capacetes azuis da cultura” suscetível de socorrer o patrimônio ameaçado por catástrofes naturais e conflitos, como já existe no seu país<sup>63</sup>. Tanto a Resolução 38 C/48 da Conferência Geral da UNESCO, pela qual os Estados membros adotaram a “Estratégia de Reforço da Ação da UNESCO em Matéria de Proteção da Cultural e Promoção do Pluralismo Cultural em Caso de Conflito Armado”, como a Resolução 2347 do CS/NU incluem sua ação em um ambiente belicoso: é o terrorismo, como “uma das ameaças mais graves contra a paz e a segurança internacionais” e “a implicação de atores não estatais, em particular grupos terroristas”, que são visados. Al-Qaeda e o ISIS são designados várias vezes pela Resolução. Nas ações previstas para lutar contra esse crime de guerra, além da cooperação entre Estados para lutar contra o tráfico de arte ou a educação da população, vale ressaltar que o artigo 19 prevê formalmente a possibilidade de encarregar as operações de manutenção da paz das NU a proteger o patrimônio cultural “contra a destruição, as escavações ilícitas, a pilhagem e o contrabando em período de conflito armado”.

É a primeira vez que uma resolução relativa exclusivamente ao patrimônio cultural foi votada pelo principal órgão da ONU. Esse excepcional consenso dos Estados membros, a inédita intervenção de um representante da UNESCO na sessão pública do CS/ONU, a menção à última jurisprudência do TPI que condenou o réu que cometeu deliberadamente ataques contra edifícios religiosos e monumentos históricos e a referência a um possível uso da força confortam a doravante nova prioridade da comunidade internacional: a proteção cultural como instrumento de salvaguarda da paz e da segurança internacionais. Assim falou a então Diretora Geral da UNESCO, Irina Bokova, que apresentou a Resolução como histórica<sup>64</sup>:

<sup>63</sup> GAUTHERET, Jérôme. Manœuvres florentines au chevet du patrimoine. *Le Monde*, Paris, 02 abr. 2017.

<sup>64</sup> Essa resolução que equipara o crime contra o patrimônio a uma violação direta do homem nas suas raízes, sua memória e identidade complementa a Resolução 2199, adotada em 2015, que proíbe o comércio de bens culturais provenientes de Iraque e Síria, para reforçar a legislação contra o tráfico ilícito de antiguidades. Essa tomada em consciência da necessidade de tutelar os bens culturais foi corroborada pela mobilização que se iniciou em Abu Dhabi onde foi adotada uma declaração em dezembro de 2017, sob os auspícios da França, cujo objetivo era de criar um fundo internacional para a proteção do

a destruição deliberada do patrimônio é um *crime de guerra*, tornou-se uma tática de guerra para minar as sociedades a longo prazo, em uma estratégia de limpeza cultural. É por isso que a defesa do patrimônio cultural é muito mais que um desafio cultural, é um imperativo de segurança, inseparável da defesa da vida humana. Armas não são suficientes para derrotar o extremismo violento. Construir a paz também envolve cultura; isso envolve educação, prevenção e transmissão do patrimônio. Esse é o significado desta resolução histórica<sup>65</sup>.

Será que a qualificação de “crime de guerra”, adotada pela comunidade internacional no seu conjunto, é realmente a mais relevante?

### 3.2.2 Análise crítica da qualificação

Como acabamos de ver, a qualificação da destruição do patrimônio cultural da humanidade como “crime de guerra” foi privilegiada pelos sujeitos e atores da sociedade internacional. Porém algumas vezes se elevaram para classificar os atos de desolação dos bens culturais na categoria de crimes de lesa-humanidade. Vale frisar que o crime de guerra encontra limites que podem tornar menos eficaz a luta contra o aniquilamento da identidade dos povos pela destruição do seu patrimônio histórico-cultural.

Primeiramente, como seu nome indica, o crime de guerra faz parte do direito humanitário e, como tal, aplica-se somente em ambiente belicoso. Hoje, é inegável que a noção de guerra evoluiu para englobar os novos conflitos armados que diferem dessas guerras interestatais clássicas. Todavia, enquadrar esse crime na categoria crime de guerra pode limitar potencialmente sua força repressiva. Se considerarmos que o patrimônio cultural é um componente da dignidade da pessoa humana deveria acontecer tanto em tempo de conflitos armados quanto em tempo de paz. Incluir como critério material de aplicação o cometimento da exação em tempo de conflito armado arrisca limitar consideravelmente o campo de ação da jurisdição criminal.

patrimônio cultural em período de conflito armado GAUTHERET, Jérôme. Manœuvres florentines au chevet du patrimoine. *Le Monde*, Paris, 02 abr. 2017. Disponível em: [http://abonnes.lemonde.fr/architecture/article/2017/04/01/man-uvres-florentines-au-chevet-du-patrimoine\\_5104151\\_1809550.html](http://abonnes.lemonde.fr/architecture/article/2017/04/01/man-uvres-florentines-au-chevet-du-patrimoine_5104151_1809550.html). Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>65</sup> UNESCO. *La Directrice générale de l'UNESCO appelle toutes les parties à protéger le patrimoine yéménite*. 19 fev. 2016. Disponível em: <https://fr.unesco.org/news/directrice-generale-appelle-protoger-patrimoine-culturel-du-yemen>. Acesso em: 05 jul. 2020. (Trad. e grifo nossos).



Em tempo de paz, melhor, em tempo não marcado por um conflito armado estritamente falando, o patrimônio pode ser alvo de ataques não militares, porém com o mesmo objetivo que em tempo de guerra: aniquilar um povo, ao apagar todos seus objetos simbólicos, vontade de criar uma nova paisagem, desembaraçada do patrimônio que reflete o poder, o saber, a cultura, o enraizamento e os valores do adversário no território conquistado. Por essa razão, o atual governo israelense quer, além da fiscalização severa das idas e voltas dos Palestinos, das suas atividades de produção e construção, do acesso aos recursos hídricos, controlar também estritamente o patrimônio histórico e cultural de Jerusalém Oriental. Para isso, valem-se da retenção de permissões da prática de guia turístico, de restauração de obras e manuscritos, do monitoramento de escavações arqueológicas... Segundo o relatório da Missão da União Europeia em Jerusalém Oriental, redigido em 2013, a atitude das autoridades israelenses é o resultado “de um esforço premeditado, que visa se servir da arqueologia para reforçar as pretensões a uma continuidade histórica judaica em Jerusalém e, assim, criar uma justificativa para seu estabelecimento enquanto capital eterna e indivisível de Israel”<sup>66</sup>. Hoje, vários povos minoritários que reivindicam sua autonomia ou um tratamento igual aos Hans, os “Chineses étnicos” segundo a terminologia oficial da República Popular da China, sofrem perseguição<sup>67</sup>. Uma das manifestações da opressão é a

destruição recente do patrimônio cultural e religioso da minoria, como em Larung Gar, o maior centro mundial budista do Tibete, fundado em 1980. Como denunciou o Parlamento Europeu, em uma resolução de 2016, o arrasamento desse centro em grande escala, pelo Governo chinês, provocou suicídios de freiras, imolações de monges pelo fogo em protesto contra as políticas restritivas chinesas no país do Dalai Lama<sup>68</sup>.

O crime de guerra encontra, então, seus limites. Como escreveu, indignado, o diretor da Galeria Nacional da Eslovênia no *New York Times*, em 1991, sobre os atos de vandalismo contra os monumentos históricos durante a guerra na ex-Iugoslávia, “os atos do agressor representam o insulto mais gritante às normas civis e internacionais; portanto, constituem a forma mais aguda do crime de guerra. Nenhum objetivo político ou estratégico pode justificar o dano infligido à herança da Croácia, da Europa ou do mundo”<sup>69</sup>. Os “crimes contra a humanidade”, inovação do Estatuto do TMN, podem constituir essa forma mais “aguda” do crime de guerra?

Os crimes contra a humanidade foram introduzidos para preencher a lacuna relativa à proteção do jus in bello que não abrangia as populações civis, apátridas ou vítimas dos crimes de guerra cometidos contra pessoas pertencentes ao mesmo povo dos beligerantes. Inicialmente, o artigo 6 do Estatuto exigia que os crimes fossem perpetrados em conjunção com uma das infrações visadas pelo documento, para que eles pudessem entrar na competência do Tribunal. Essa condição rapidamente não foi mais exigida pelo direito internacional geral. No tocante ao caso Erdemovic julgado pelo TPII em 1997, os juízes McDonald e Vohrah, na sua opinião perante a Corte de Apelo, trouxeram a lume a diferença entre os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, misturando ética e direito:

Enquanto as regras prescrevendo os crimes de guerra dizem respeito ao comportamento criminal do autor de um crime diretamente contra um sujeito protegido, as regras prescrevendo os crimes contra a humanidade dizem respeito ao comportamento de um criminoso não somente

<sup>66</sup> BERNARD, Laurence. Fracasso da União Europeia na Palestina. *Le Monde Diplomatique*, Paris, p. 23, dez. 2013.

<sup>67</sup> As exações contra o patrimônio cultural de uma minoria em tempo de paz não ocorrem somente nas outras latitudes. No que tange à situação no Brasil, por exemplo, assistimos apáticos à destruição do povo ameríndio. Se, no patamar internacional, a destruição que fica nos holofotes da mídia é fruto de ações terroristas, grupos não considerados como sujeitos da sociedade internacional, no patamar interno, normalmente, o principal predatório é constituído por grupos econômicos, como o setor do agronegócio que não hesita a pressionar — para não falar corromper — o governo, mas também membros do poder legislativo ou judiciário para conseguir a expulsão dos Indígenas das suas terras ancestrais protegidas pela Constituição Federal de 1988. Para conseguir responsabilizar internacionalmente o Estado brasileiro de negligência — por não falar de conivência — com grupos econômicos poderosos podemos falar de “guerra” entre os ruralistas e os povos indígenas. Porém essa interpretação pode ser contestada e resultar na ineficácia do direito humanitário na proteção do patrimônio cultural. V. DE OLHO nos ruralistas. Blog Observatório do Agronegócio no Brasil. Disponível em: <https://outraspalavras.net/blog/ultimas-horas-para-apoiar-de-olho-nos-ruralista/>. Acesso em: 16 ago. 2019; QUADROS, Vasconcelo. *A guerra declarada contra políticas indigenistas*. 12 set. 2019. Outras Mídias, São Paulo. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/a-guerra-declarada-contra-politicas-indigenistas/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>68</sup> PARLAMENTO EUROPEU. *Res. sobre os casos da academia budista do Tibete Larung Gar e de Ilbam Tohti*, 15 dez. 2016, 2016/3026 (RSP). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0505+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 16 ago. 2019. Adde PEDROLETTI, Brice. A Larung Gar, la répression silencieuse de Pékin. *Le Monde*, Paris. 24 mar. 2017.

<sup>69</sup> BERNIK, A. S. S. Targeting Croatia’s culture is War Crime. *The New York Times*, New York, 28 out. 1991. (Trad. e grifo nossos).

contra a vítima imediata, mas também contra a humanidade no seu conjunto [...]. Os crimes contra a humanidade são crimes particularmente odiosos e, além disso, fazem parte de uma prática ou de uma política sistemática e generalizada. Em razão da sua amplitude e do seu caráter hediondo, constituem graves violações contra a dignidade humana, contra a própria noção de humanidade. Envolvem, ou deveriam envolver, por consequente, todos os membros da humanidade, independentemente da sua nacionalidade, do seu pertencimento étnico e do lugar onde se encontram. Como tal, a noção de crimes contra a humanidade enunciada na legislação internacional atual é a tradução moderna em direito do conceito desenvolvido por Immanuel Kant, segundo o qual ‘uma violação do direito em um local (da terra) é percebida em *todos* os outros locais’<sup>70</sup>.

Ao nosso ver, os atos de destruição deliberada dos bens culturais, por atingirem o patrimônio da humanidade como bem os caracteriza a UNESCO, parecem se encaixar melhor nesta definição. Não podemos deixar de fazer um paralelo entre as expressões “crime contra a humanidade” e “patrimônio comum da humanidade”. Estes patrimônios — o alto mar (Convenção de Montego Bay de 1982), a lua ou corpos celestes (Acordo de 1979) e bens culturais (UNESCO) — não podem ser propriedade de uma só nação. A obra considerada artística torna-se depositária da história, da identidade de uma coletividade e, se for excepcional, simboliza a história e a identidade da humanidade.

### 3.3 Crime contra a humanidade á luz da proteção do patrimônio da humanidade

A expressão “crimes contra a humanidade e a civilização”, usada inicialmente pela França, Rússia e Grã-Bretanha em 1915, foi eleita para qualificar os massacres dos Armênios “cujos membros do governo turco vieram a ser considerados responsáveis”<sup>71</sup>. Se a locução que visa massacres de civis é relativamente antiga, sua definição jurídica é mais recente e mais vaga. Os especialistas sempre ressaltam a parte irredutível de incerteza, de ambiguidade e de aproximação que torna o conceito de crime contra a humanidade difícil a ser aplicado na

medida em que seus elementos constitutivos precisam ser buscados em vários instrumentos que evoluíram.

Sua primeira versão aparecida no Acordo de Londres, criando o TMI de Nuremberg do 8 de agosto de 1945, foi interpretada pelo tribunal como um “acessório” dos crimes contra a paz ou dos crimes de guerra (art 6). Disposições idênticas figuram no Estatuto do Tribunal de Tóquio de 1945 (art. 5c). Apesar de uma jurisprudência interna e internacional importante, a noção é frequentemente confundida com a de crime de genocídio ou com a de crime de guerra. Esse equívoco pode ser explicado pelo fato de uma parte da doutrina e os direitos penais de alguns Estados consideram que a noção de genocídio entra na categoria de crimes contra a humanidade (ex. art. 211-1 até 5 Novo Código Penal francês, por exemplo). Hoje, a jurisprudência consagrou o caráter autônomo dos crimes contra a humanidade que não necessariamente precisam ocorrer durante um conflito armado, remediando as carências das Convenções de Genebra de 1949 relativas ao direito internacional humanitário. Da mesma forma, a internacionalização desses crimes é hoje consagrada e sua dimensão transfronteiriça não é mais negada. O TPII sublinha reiteradamente que esses crimes “não envolvem os interesses de um único Estado mas afetam a consciência universal”<sup>72</sup>. São crimes de caráter universal, reconhecidos em direito internacional como violações graves do direito humanitário que transcendem o interesse de um único Estado. Eis por que os magistrados internacionais, como o juiz italiano Antonio Cassese, reconhecem que um tribunal legalmente constituído pode julgar esses crimes em nome da comunidade internacional.

Essa definição do crime contra a humanidade aplica-se, perfeitamente, aos crimes de destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade: “Os crimes contra a humanidade transcendem o indivíduo pois, ao atacar o homem, é visada e é negada a humanidade. É a identidade da vítima, a Humanidade, que marca a especificidade do crime contra a humanidade”<sup>73</sup>. Esse trecho do julgamento Erdemovic traz à tona a questão da identidade, da qual o patrimônio cultural é elemento inerente à condição humana.

<sup>70</sup> TPII. Câmara de Apelo. Procurador c. Drazen Erdemovic, IT-96-22-1, 07 out. 1997. Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge Macdonald et Monsieur le juge Vohrah, §21. (Trad. nossa).

<sup>71</sup> BETTATI, Mario. Le crime contre l’humanité. In: ASCENSIO, Hervé et al (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 103. (Trad. nossa).

<sup>72</sup> TPII. Câmara de Apelo. Procurador c. Dusko Tadic, alias “Dule”, n.º IT-94-1-T, 02 out. 1995. Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, §57. (Trad. nossa).

<sup>73</sup> Câmara de Primeira Instância. Procurador c. Drazen Erdemovic, n.º IT-96\_22, 29 nov. 1996. Jugement portant condamnation, § 28. (Trad. nossa).

Os habitantes de Mossul, no Iraque, recentemente liberados da ocupação pelo Daech, podem testemunhar a importância da destruição do patrimônio de um povo no projeto criminal e delirante do grupo Estado Islâmico de aniquilá-lo: a instauração do “califado” requer, além da dizimação dos povos considerados ímpios (Iéziguís, Cristãos e também Muçulmanos sunitas), das execuções e castigos corporais em público, da relegação das mulheres, da repressão dos potenciais oponentes, do controle da educação, da transformação das crianças órfãs em soldados (“leõezinhos do califado”), o apagamento da memória com a queima dos livros e a destruição sistemática de todo o patrimônio<sup>74</sup>.

Mario Bettati<sup>75</sup>, após o estudo das fontes, tanto internas quanto internacionais, convencionais ou consuetudinárias, jurisprudenciais ou doutrinárias da disciplina, destacou cinco elementos identificadores do crime contra a humanidade: a desumanidade dos atos; o objetivo criminal global; a população alvo; o vínculo com um conflito; e enfim, atos constitutivos cuja lista está periodicamente completada sem nunca atingir a exaustividade. Será interessante analisar os crimes de destruição dos bens culturais sob o prisma dessas cinco bases jurídicas elencadas.

### 3.3.1 Desumanidade do ato de destruição do patrimônio da humanidade

O artigo 6 do Estatuto do TMI se refere a “qualquer ato desumano cometido contra populações civis”. A jurista francesa Mireille Delmas-Marty<sup>76</sup> o define como o “interdit fondateur”, o proibido fundador. A gravidade dos atos diretamente ligada à noção de desumanidade é então meramente subjetiva: designa prioritariamente atos geradores de indignação, sem ser uma qualificação jurídica claramente delimitada. Ademais, segundo a jurisprudência, esses atos graves devem atingir um número elevado de vítimas, ou essas violências foram implantadas em uma grande escala. Dois aspectos se desprendam então do conceito de desumanidade: gra-

vidade (a) e amplitude (b).

a) Gravidade do ato de destruição deliberada do patrimônio cultural

Na linguagem coloquial, a gravidade é o caráter do que pode acarretar consequências importantes, sérias e pesadas. O problema é saber como avaliar de maneira precisa, científica e neutra a gravidade de um fato ilícito. A questão foi levantada pela CDI das NU no que tange ao projeto do Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade. Segundo M. Doudou Thiam, relator, os fatos graves constituem um crime contra a humanidade quando a comunidade internacional os considera como tal<sup>77</sup>. A destruição da ponte de Mostar na ex-Iugoslávia, dos Budas de Bamiyan no Afeganistão, dos mausoléus de Tombuctu no Mali ou da cidade antiga de Palmira na Síria criou sem dúvida uma repulsa compartilhada na opinião internacional. Di-lo-ei com as palavras do filósofo francês, Vladimir Jankelevitch, cuja família judia fugiu dos pogroms na Rússia e sofreu das perseguições antissemitas dos nazistas: a cultura do inimigo constitui “uma coisa indizível e terrível, uma coisa da qual a gente desvia o pensamento e que nenhuma palavra humana ousa descrever”<sup>78</sup>. A doutrina, ao balizar o crime contra a humanidade, sempre privilegia critérios que solicitam mais a moral que o direito. É precisamente a gravidade desses crimes que, além de ser um critério, justifica sua internacionalização, pois o que é visado, além das vítimas diretas, é a comunidade humana. A violação da dignidade inerente a toda pessoa humana, apesar de não figurar na definição legal dos crimes contra a humanidade pós-guerra, pode se encaixar na categoria dos “outros atos desumanos” ou “perseguições” aos quais se referem os textos? M. Delmas-Marty situa precisamente o crime contra a humanidade como aquele em que a singularidade de cada ser e seu pertencimento à humanidade lhe são negados. As vítimas dos nazistas foram desprezadas, humilhadas, tratadas como sub-humanos e sofreram na sua dignidade, elemento da definição que a jurisprudência dos tribunais penais internacionais ou nacionais ressaltam até hoje. Na sua sentença Erdemovic, a Câmara de Apelo

<sup>74</sup> AYAD, Christophe. Mossoul sous le règne de l'État islamique. *Le Monde*, Paris. 02 abr. 2017.

<sup>75</sup> BETTATI, Mario. Le crime contre l'humanité. In: ASCENSIO, Hervé et al (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012.

<sup>76</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain. *Revue de science criminelle*, Paris, p. 489, 1994. Adde BETTATI, Mario. Le crime contre l'humanité. In: ASCENSIO, Hervé et al (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 104.

<sup>77</sup> CDI – COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. *Nouvième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, par M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial. *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Partie II)* – avec le Statut pour une cour criminelle internationale. 8 fev. e 15 mar. 1991, p. 4.

<sup>78</sup> JANKELEVITCH, Vladimir. L'imprescriptible. *Le Monde*, Paris, 04 jan. 1965. (Trad. nossa).



do TPII<sup>79</sup> configurou como atos constitutivos de crimes contra a humanidade a submissão de indivíduos “a condições ou atos desumanos”. Outros acórdãos se referem a denegações manifestas ou flagrantes dos direitos fundamentais da pessoa. São exatamente esses adjetivos que encontramos nas falas transcritas acima da procuradoria do TPI, da diretoria da UNESCO ou dos especialistas da proteção do patrimônio quando descrevem atos de vandalismo cometidos pelos exércitos ou grupos terroristas na ex-Iugoslávia, no Afeganistão, no Mali ou na Síria.

No caso julgado pelo TPI em 2016, o Tuaregue foi condenado por ter destruído um legado histórico e religioso não somente do povo maliano mas também do povo africano e da humanidade. A outrora considerada joia africana, a cidade de Tombuctu, sofreu uma grande tragédia, uma perda irreparável com a ação de terroristas fanáticos e intransigentes liderados por pessoas obscurantistas como o Al-Mahdi. Esse grande centro intelectual do Islã e antiga cidade mercantil próspera, em que se encontravam as caravanas, abrigava os prestigiosos mausoléus e cemitérios da era pré-islâmica e dezenas de milhares de manuscritos, alguns do século XII, testemunhos da África escrita e da evolução da humanidade na sua globalidade<sup>80</sup>.

Fator eminentemente qualitativo, a gravidade dos atos se combina com um componente quantitativo, na medida em que o juiz não pode ignorar a escala na qual as infrações foram cometidas.

#### b) Amplitude dos atos de destruição do patrimônio da humanidade

Vastidão do campo das vítimas, imensidão do empreendimento criminal, envergadura dos meios utilizados para cometê-lo, o crime contra a humanidade se distingue também por sua extensão, menos em valor absoluto que em proporção da população em tela<sup>81</sup>.

Esse trecho de M. Bettati, um dos idealizadores franceses do “direito de ingerência humanitária”, significa que um ato singular provocando uma única vítima não pode entrar na categoria de crimes contra a huma-

nidade, contrariando os textos sagrados das religiões monoteístas?<sup>82</sup> O direito internacional positivo combina três critérios, destacados pelo TPII no caso Erdemovic<sup>83</sup>, para distinguir o crime contra a humanidade dos atos fortuitos ou isolados: a pessoa perseguida deve ter participado de “um ataque generalizado e sistemático contra um grupo relativamente numeroso” (grifo nosso). O comentário do projeto do Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade da CDI<sup>84</sup> estima que os atos desumanos devem ser dirigidos contra uma multiplicidade de vítimas, seja, por exemplo, pelo efeito cumulado de uma série de atos desumanos ou pelo efeito singular de um ato desumano de uma amplitude extraordinária.

A questão do ato singular não é pacífica na doutrina nem na jurisprudência desenvolvida depois da Segunda Guerra mundial. Exigir um número mínimo de vítimas choca a consciência. Como avaliar o caráter maciço das violações? A partir de quantas vítimas podemos falar de crime contra a humanidade? Diante da dificuldade de responder a essas perguntas, o relator da CDI, o jurista senegalês Doudou Thiam<sup>85</sup>, considerou que a amplitude era um critério demais controverso e decidiu afastá-lo. O TPII, no caso *Kupreskić*<sup>86</sup>, adotou uma posição mais sutil: um ato singular pode ser qualificado de crime contra a humanidade, desde que seu autor tenha conhecimento do contexto criminal no qual seu ato se inseria. O problema, todavia, é comprovar a existência do elemento subjetivo: o conhecimento.

No caso julgado pelo TPI em setembro de 2016, supracitado, o acusado Al-Mahdi confessou ter planejado a destruição dos mausoléus e dos seus manuscritos e, como habitante da região, o seu conhecimento e a sua consciência da importância, para a população local, dos tesouros devastados. A intenção discriminatória fica óbvia também nos escritos dos especialistas sobre a destruição da ponte de Mostar pelas forças croatas que, de maneira deliberada atacaram, em novembro de 1993,

<sup>82</sup> Lembramos a surata 5, versículo 32 do Alcorão, ele mesmo inspirado pela Tora (Gênesis 4, 13 até 15): “*Quem matar uma pessoa sem que esta tenha cometido homicídio ou semeado a corrupção na terra, será considerado como se tivesse assassinado toda a humanidade*”.

<sup>83</sup> Câmara de Apelo. *Procurador c. Dražen Erdemović*, IT-96-22-1, 07 out. 1997, § 645, precitado.

<sup>84</sup> CDI. *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs*, n. 10, p. 94.

<sup>85</sup> CDI. *Neuvième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*.

<sup>86</sup> TPII. Câmara de Primeira Instância. *Procurador c. Zoran Kupreskić*, 14 jan. 2000, n.º IT-95-16-6, § 624.

<sup>79</sup> TPII. Câmara de Apelo. *Procurador c. Dražen Erdemović*. Acórdão n.º IT-96-22-1, 07 out. 1997, §§ 18 e 22.

<sup>80</sup> DJIAN, Jean-Michel. *Les manuscrits de Tombouctou*. Paris: JC Lattès, 2012; *Adde Tombouctou, épicerie du nouvel obscurantisme islamiste africain*. *Le Monde*, Paris, 28 jun. 2012.

<sup>81</sup> BETTATI, Mario. *Le crime contre l'humanité*. In: ASCENSIO, Hervé et al (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 106. (Trad. nossa).

um emblema da cidade que simbolizava justamente a vida em comum das diversas etnias presentes no lugar e não apresentava nenhum interesse estratégico, militarmente falando. Essas duas ilustrações não foram atos singulares, pois se inscreviam em um contexto geral de submissão da população local para implantar sua ideologia ou seu domínio e controlá-la.

Independentemente do debate, por ora teórico, sobre o ato singular ou da vítima única, o critério de amplitude vincula-se ao objetivo criminal global, caracterizado por um ataque generalizado ou sistemático.

### 3.3.2 Objetivo criminal global

Esse objetivo criminal global é talvez o critério que permite distinguir melhor o crime de genocídio do crime contra a humanidade. O elemento psicológico ou moral da infração, quer dizer, a intenção do autor do ato é determinante na qualificação do crime de genocídio. A doutrina fala de “dolo especial”. Esse elemento é também indispensável para caracterizar o crime contra a humanidade. Durante muito tempo, os estatutos das jurisdições penais internacionais não se referiam a ele de maneira expressa. Foi o Estatuto de Roma de 1998 que sugeriu, no seu artigo 7 §1, um elemento moral na definição do crime contra a humanidade, pelo uso da fórmula seguinte: “havendo conhecimento desse ataque”. A existência de um vínculo entre o ataque e o comportamento desumano é exigido também pela jurisprudência dos tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia<sup>87</sup> e para a Ruanda<sup>88</sup>.

Uma das características claras do crime de genocídio que o diferencia do crime contra a humanidade é que ele foi planejado. A confusão pode ser provocada pelo fato de o julgamento de Nuremberg, que condenou nazistas por terem cometido crimes contra a humanidade, considerar que os atos estigmatizados constituíram um aspecto de uma política planejada. Na jurisprudência ulterior, o crime contra a humanidade parece ter também um componente ligado à programação. Assim escreve Bettati sobre essa infração internacional:

expressa um fim, traduz um cálculo, revela uma premeditação política, ideológica ou dogmática.

<sup>87</sup> TPII. Câmara de Apelo. *Procurador c. Dusko Tadić, alias “Dule”*. Acórdão nº IT-94-1-A, 15 jul. 1999, § 271.

<sup>88</sup> TPIR. Câmara de 1ª instância II. Caso *Le procureur C. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*. Decisão nº ICTR-95-1-6, 21 mai. 1999, § 134.

Resulta de um objetivo deliberado. No entanto, este fim não precisa ser enunciado de maneira formal em uma obra doutrinária como *Mein Kampf* [...]. Pode perfeitamente ser deduzido do jeito de como os atos são cometidos, do seu caráter generalizado ou sistemático. Este último demonstra, em muitos casos, a existência de uma política visando a cometer esses atos, independentemente da sua formulação pública, autêntica ou oficial.<sup>89</sup>

A jurisprudência das jurisdições penais internacionais corrobora a ideia de que o planejamento não é um elemento constitutivo da infração, mas de prova útil para demonstrar o caráter generalizado ou sistemático do ataque feito contra uma população civil<sup>90</sup>. Isso é importante para poder englobar atos de vandalismo cujo objetivo não é óbvio ou fica sigiloso. Se, no futuro, os comportamentos visando ao aniquilamento de um povo para se apropriar de suas terras no intuito de explorá-las poderão ser criminalizados, a exigência da demonstração de um planejamento pode tornar ineficaz sua aplicação. Na guerra entre os povos indígenas e o agronegócio nas Américas, por exemplo, o planejamento de tal destruição é raramente enunciado de maneira ideológica em textos, mas certamente pelas práticas concertadas de alguns latifundiários.

Esse exemplo é uma excelente transição para abordar uma outra característica do crime contra a humanidade, também objeto de polêmica: a política perseguida deve ser obrigatoriamente a de um governo estatal? Essa questão pode parecer supérflua pois a jurisdição penal internacional julga indivíduos e não Estados. Porém herdeira do contexto histórico da época, a concepção tradicional afirmava que, aplicada ao indivíduo perseguido, a política devia ser a do Estado, como foi a da Alemanha nazista no tocante aos judeus e ciganos. Na jurisprudência dos TPII e TPIR, a participação do soberano na orquestração das exações — como o uso dos meios, das instituições, do pessoal do poder público — ficou ainda pertinente na condenação dos atos cometidos pelos Sérvios na Bósnia. No caso Rodovan Karadzic e Ratko Mladic, o tribunal vislumbra que esses atos são “planejados e preparados em nível estatal.

<sup>89</sup> BETTATI, Mario. Le crime contre l’humanité. In: ASCENSIO, Hervé et al (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 110. (Trad. nossa).

<sup>90</sup> V. por ex.: TPII. Câmara de Apelo. Caso *Le procureur c. Dragoljub Kunarac et consorts*. Decisão nº IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 jun. 2002, § 98. Também: TPIR. Câmara de 1ª instância II. Caso *Le procureur C. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*. Decisão nº ICTR-95-1-6, 21 mai. 1999, §§ 123 e 124.

Parecem assumir uma função comum, a que consiste em permitir a constituição de territórios ‘eticamente puros’ e de criar assim um novo Estado”<sup>91</sup>. No entanto, a jurisprudência dá uma interpretação flexível da exigência de uma intervenção estatal direta. Assim, no caso Tadic, a Câmara de primeira instância do TPII afirmou que “a lei relativa aos crimes contra a humanidade evoluiu de modo a levar em conta forças que, embora não sejam as de um governo legítimo, exercem o controle de fato sobre um determinado território ou podem circular nele livremente”<sup>92</sup>.

Nos trabalhos preparatórios relativos ao projeto de Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança, a CDI escreve que os atos elencados devem ser cometidos “na instigação ou direção de qualquer organização ou grupo”<sup>93</sup>. Em outras palavras, quer nos situamos na perspectiva tradicional (política estatal) ou moderna (política de um grupo), é uma ação coletiva mínima na qual o indivíduo acusado participou que é requerida.

O Estatuto do TPI se inscreve na continuidade da jurisprudência dos TPI quando precisa, no art. 7, §2, a) que por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política”.

Conforme o novo direito internacional, indivíduos providos de poder de fato ou organizados em gangues ou grupos criminais — como os Talibãs no Afeganistão que explodiram os Budas de Bamiyan; os membros de Ançar Eddine ou AQMI no Mali que saquearam os mausolés e manuscritos de Tombuctu, o grupo Estado Islâmico que dinamitou sítios arqueológicos no Iraque e na Síria ou latifundiários que destroem deliberadamente os territórios sagrados dos Indígenas nas Américas — podem, então, cometer o tipo de violações sistemáticas ou maciças.

Todavia, quando se trata de uma organização, as vítimas deverão comprovar vários elementos ressaltados pelo TPI no seu julgamento preliminar sobre a situação pós-eleitoral no Quênia<sup>94</sup>: o grupo i) possui um comando responsável ou estabelece uma hierarquia; ii) tem nos fatos meios de conduzir um ataque generalizado ou sistemático; iii) tem como escopo principal uma população civil; iv) exerce o controle sobre uma parte do território estatal; v) manifesta explicitamente uma intenção de atacar uma população civil; vi) pertence a um grupo mais amplo que preenche alguns ou o conjunto dos critérios precedentes. O EI, o grupo mais ativo nesses últimos anos para destruir os bens culturais, entraria sem problema nesta definição de organização da qual seus membros podem cometer crimes contra a humanidade. Há quem<sup>95</sup> considerou, todavia, que o Daech preencheria (pelo menos de 2014 até a primavera de 2019) também os requisitos dos Estados, tais como definidos pelo artigo 1º da Convenção de Montevideu de 1933: conjunto de uma população, um território e um governo independente se encontravam neste *proto-Estado*. A aplicação desses critérios permite qualificar de crime contra a humanidade um ataque liderado por um grupo terrorista, mas também por um grupo de empresários ruralistas pois, no caso julgado pelo TPI em 2010 (§§ 115 a 128), tratava-se de violências cometidas por um grupo de políticos e empresários associados a partidos políticos e beneficiados do apoio entusiasta de elementos da polícia, sem que o controle de facto do território fosse evocado. No entanto, o juiz Kaul emitiu uma opinião dissidente sobre essa omissão. Como Mario Bettati<sup>96</sup> convida, precisamos seguir atentamente a evolução da jurisprudência neste domínio.

Enfim, outro ponto polêmico da definição do crime contra a humanidade é relativo à necessidade de um elemento discriminatório. Esse elemento pode diferenciar os crimes contra a humanidade dos crimes de guerra e de genocídio. Ao contrário do crime de guerra, segundo os defensores do direito internacional clássico, a exigência da presença de um elemento discriminatório permite proteger o indivíduo, não como tal, mas como membro de uma certa comunidade, de um grupo racial, nacional,

<sup>91</sup> TPII. Câmara de 1ª instância. Caso *Le procureur c/ Rodovan Karadzic et Ratko Mladic*. Examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du RPP, n° IT-95-5-561 e IT-95-18-R61, 11 jul. 1996, § 90. (Trad. nossa).

<sup>92</sup> TPII. Câmara de 1ª instância. Caso *Le procureur c. Dusko Tadic* alias “Dule”. Decisão n° IT-94-1-6, 07 mai. 1997, § 654. (Trad. nossa).

<sup>93</sup> Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs, 43º sessão, 1991. A/CN/435 e Add.1, p. 266. (Trad. nossa).

<sup>94</sup> Câmara Preliminar II. Décision art. 15, Situation en République du Kenya, n° ICC-01-09, 31 mar. 2016, § 93.

<sup>95</sup> NAPOLEONI, Loretta. *A fênix islamista*. Trad. M. C. de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

<sup>96</sup> BETTATI, Mario. Le crime contre l'humanité. In: ASCENSIO, Hervé et al (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 113.



étnico ou político. Essa definição é diretamente ligada à indignação provocada pelos crimes dos nazistas cometidos contra os judeus e ciganos. Nesse sentido, os atos de destruição dos bens culturais pelos grupos jihadistas citados acima se encaixam sem problema na definição. Que seja contra os sunitas, xiitas ou cristãos, os Curdos, os Ocidentais, os Iézidis ou os Rohingya, o caráter discriminatório dos terroristas das diversas obediências islâmicas ou dos grupos extremistas budistas e nacionalistas do Myanmar (ex-Birmânia) não deveria ser difícil comprovar. Porém no tocante aos crimes cometidos contra os indígenas, a questão é mais delicada. Os ruralistas atacam os povos índios por serem um grupo étnico diferente e sub-humano ou por puro oportunismo (ocupação da terra cobiçada), sem nenhum vínculo com a etnia, raça ou religião dos interessados?

No entanto, a jurisprudência das jurisdições penais internacionais evoluiu para excluir o critério da discriminação dos elementos constitutivos do crime contra a humanidade, à exceção dos atos de perseguição (art. 7, §1, h) e da *apartheid* (art. 7, §2, h)<sup>97</sup>. Em conclusão, esse critério não pode ser mais um obstáculo para caracterizar os atos de destruição do patrimônio da humanidade de crimes contra a humanidade. O critério da população-alvo constitui, quanto a ele, um elemento relevante da definição do crime contra a humanidade?

### 3.3.3 População-alvo

A definição dos crimes contra a humanidade exige que as vítimas sejam membros da “população civil” (art. 5 Estatuto do TPII, art. 3 Estatuto TPIR, art. 7 Estatuto TPI). Em outras palavras, são excluídos da categoria de vítimas de crimes contra a humanidade os combatentes, que podem, todavia, serem vítimas de crimes de guerra. Existem exceções em caso de presença de combatentes no seio da população civil. Se o número de combatentes não excede o de membros da população civil, o caráter de “população civil” não será alterado<sup>98</sup>. Essa distinção, muito sutil às vezes, é importante, pois para cada crime corresponde um regime jurídico diferente (elementos constitutivos, imprescritibilidade, sanção...). Esse critério da população-alvo deve ser complementado pelo vínculo com um conflito armado.

<sup>97</sup> Por ex. TPII, Tadic, 1997, § 252.

<sup>98</sup> Câmara de 1ª instância. Caso *Le procureur c. Dusko Tadic* alias “Dule”. Decisão n.º IT-94-1-6, 07 mai. 1997, *op. cit.*, § 638.

### 3.3.4 Vínculo com um conflito armado

Inicialmente, como escrevemos acima, o crime contra a humanidade não foi encarado como um crime autônomo. Era sua combinação com o crime contra a paz ou o crime de guerra que disparava a aplicação da definição estabelecida pelos estatutos dos tribunais militares internacionais e sua jurisprudência. Porém essa definição não foi seguida pelos tribunais penais internacionais sucessores.

Posteriormente, os direitos internos e o direito internacional abandonaram esse critério. Essa desconexão do crime contra a humanidade do contexto de um conflito armado foi consagrada tanto pelos instrumentos internacionais<sup>99</sup> como pela jurisprudência dos tribunais penais internacionais ou das cortes regionais de direitos humanos<sup>100</sup>. Assim a referência do art. 5 do Estatuto do TPII aos “atos cometidos durante um conflito armado” pode ser considerada uma exceção. O próprio tribunal julgou que “A ausência de um vínculo entre os crimes contra a humanidade e a existência de um conflito armado internacional é uma regra bem estabelecida do direito internacional consuetudinário”. Em resumo, os povos índios, que consideram que a natureza faz parte intrinsecamente da sua cultura, pois não há diferença entre o homem, a flora e a fauna, não precisarão comprovar que a destruição das suas terras ancestrais por grupos de ruralistas, com a ajuda do aparelho legislativo, executivo, policial, judiciário e/ou administrativo, tem vínculo com um conflito armado. Esse elemento torna então a qualificação de crime contra a humanidade mais pertinente que a de crime de guerra, que pode criar entraves à estigmatização dos atos de destruição dos bens culturais.

Como veremos, enfim, a lista dos atos desumanos nunca parou de evoluir e de crescer com os novos paradigmas da sociedade internacional, o que deixa pensar que a destruição do patrimônio da humanidade poderá talvez ser abrangida pela qualificação de crime contra a humanidade.

<sup>99</sup> Por ex., Art. 2, §1, al. c) da Lei n.º 10 do Conselho de Controle Aliado; Estatutos do TPIR ou do TPI.

<sup>100</sup> Corte Interamericana dos Direitos Humanos, Almonacid Arellano c. Chile, decisão 26.09.2006, série C, n.º 154, § 96; CEDH, caso Korbely c. Hungria, 2008, § 82.

### 3.3.5 A nomenclatura dos atos: a plasticidade do conceito de crime contra humanidade

No seu relatório de 1994, a CDI declarou que “os sinais distintivos desses crimes são sua amplitude e sua natureza sistemática” e as “formas peculiares do fato ilícito (assassinato, escravidão, deportação, tortura, estupro, prisão etc.) são menos importantes para a definição que as considerações de escala e de linha de ação deliberada”<sup>101</sup>. Todavia, observamos que, ao tempo em que se desenvolve o direito internacional penal, a barbaridade de alguns comportamentos, como a destruição deliberada de bens culturais e/ou religiosos, choca mais a consciência universal; a jurisprudência dos tribunais ad hoc torna-se mais importante, a lista das infrações entrando na categoria de crimes contra a humanidade se amplia.

Mireille Delmas-Marty, concluindo o seu livro *Le crime contre l'humanité*<sup>102</sup> publicado em 2013, reconheceu a dificuldade de definir o crime contra a humanidade em razão do caráter evolutivo da sociedade. Hoje, a dimensão coletiva da humanidade é ressaltada, em particular graças aos valores das culturas asiáticas, sul-americanas ou africanas. A humanidade é composta da singularidade de cada ser humano e do seu pertencimento a uma comunidade. O problema é definir essa comunidade: a família, o clã, a nação, toda a comunidade na sua universalidade? “Não se trata somente de proteger a humanidade dos crimes dirigidos contra as pessoas, mas de proteger a prolongação dos bens culturais reconhecidos patrimônio mundial, todos os bens, começando pelos recursos naturais, considerados como coletivos”, leciona a professora francesa<sup>103</sup>. Os novos desafios da definição do crime contra a humanidade consistem em tomar em consideração as questões emergentes que são as biotecnologias, o meio ambiente ou a cultura.

Por fim, a proibição do desumano deve permanecer evolutiva, construindo-se algumas vezes na continuidade do crime da guerra ao crime contra a humanidade, às vezes na indivisibilidade que une a humanidade humilhada ou exterminada à espécie humana, fabricada às vezes em termos

de complementaridade das pessoas com o meio ambiente. Como o próprio humano e como os vivos, o crime contra a humanidade está sempre em processo de construção<sup>104</sup>.

O Estatuto do TMI enumera uma lista de cinco atos: assassinato, extermínio, escravidão, deportação e “qualquer outro ato desumano ou perseguições”. O artigo 3 do TPIR acrescentou outros atos além dos citados: expulsão, detenção, tortura, estupro. O artigo 7 do Estatuto de Roma alarga mais a lista: à deportação acrescenta “transferência à força de uma população”; à prisão “outra forma de privação de liberdade física grave em violação das normas fundamentais de direito internacional”; ao estupro a “agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável”. O artigo associa dois novos elementos ao catálogo: “desaparecimento forçado de pessoas” e “crime de apartheid”.

A elaboração dessa lista foi uma tarefa árdua para os negociadores do Estatuto de Roma. Após a assinatura do instrumento internacional, sentiram a necessidade de redigir um documento em que detalharam o conteúdo do artigo 7 e precisaram o sentido da maioria dos elementos repertoriados<sup>105</sup>. Com efeito, se alguns crimes ligados ao “assassinato” se encontram em quase todos os códigos penais dos Estados ocidentais, outra categoria, ligada aos crimes de “perseguição” não são de maneira consensual tipificados. Os atos de destruição deliberada dos bens culturais parecem pertencer a essa segunda categoria<sup>106</sup>. Segundo Chérif Bassiouni, o “padrinho do TPI”, a perseguição consiste em uma “ação ou política de um Estado visando assediar, atormentar, oprimir ou discriminar qualquer pessoa com o propósito de lhe causar sofrimentos físicos e mentais ou de lhe prejudicar economicamente, em razão das convicções ou opiniões da vítima ou do seu pertencimento a um grupo específico identificável”<sup>107</sup>. Essa definição, a

<sup>101</sup> Relatório, 49<sup>o</sup> sessão, 1994, AGNU, Doc. of., supl. n.º 10, A/49/10, p. 76. (Trad. nossa).

<sup>102</sup> DELMAS-MARTY, Mireille; FOUCHARD, Isabelle; FRONZA, Emanuela; NEYRET, Laurent. *Le crime contre l'humanité*. 2. ed. Paris: PUF, col. Que sais-je?, 2013.

<sup>103</sup> DELMAS-MARTY, Mireille; FOUCHARD, Isabelle; FRONZA, Emanuela; NEYRET, Laurent. *Le crime contre l'humanité*. 2. ed. Paris: PUF, col. Que sais-je?, 2013. p. 122. (Trad. nossa).

<sup>104</sup> DELMAS-MARTY, Mireille; FOUCHARD, Isabelle; FRONZA, Emanuela; NEYRET, Laurent. *Le crime contre l'humanité*. 2. ed. Paris: PUF, col. Que sais-je?, 2013. p. 124. (Trad. nossa).

<sup>105</sup> Éléments constitutifs des crimes, adoptés para l'Assemblée des États parties lors de sa première session, 3-10 set. 2002. Disponível em: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/RomeStatute-FRA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/RomeStatute-FRA.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>106</sup> *Apud* BETTATI, Mario. *Le crime contre l'humanité*. In: ASCENSIO, Hervé *et al* (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 121.

<sup>107</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity in international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Editors, 1999. (Trad.

mais compartilhada, oferece uma gama vaga dos atos ou omissões abrangidos pelo crime de perseguição. A jurisprudência se referiu a atos não listados nos Estatutos a partir do momento que eles têm como intuito submeter indivíduos ou grupos de indivíduos a uma forma de vida onde o gozo de alguns dos seus direitos fundamentais lhes são negados de uma maneira repetida ou permanente. A CDI<sup>108</sup> elaborou um catálogo ilustrando esse tipo de perseguições compreendendo: a proibição da prática de alguns cultos religiosos; a proibição do emprego de uma língua nacional mesmo em ambiente privado; a destruição sistemática de monumentos ou prédios representativos de um grupo particular, social, religioso, cultural etc. Doravante, a destruição intencional de bens culturais e religiosos faz parte, como para o crime de guerra, da definição de crime contra a humanidade.

Qualquer que seja a pretensão à exaustividade, uma lista sempre fica imperfeita e uma definição genérica é preferível. Assim, o projeto do Código de 1996 abandonou essa enumeração em prol de uma definição integrada. A perseguição pode assumir muitas formas, cujo denominador comum é a negação dos direitos humanos e liberdades fundamentais a que todos podem reivindicar sem distinção, como reconhecidos pela Carta das Nações Unidas (arts 1 e 55) e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 2).

Os redatores do Estatuto do TPI tomaram em conta essas considerações. As perseguições são definidas como “a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa” (art. 7 § 2, g). A única restrição é a necessidade de uma correlação com outro ato identificado como crime contra a humanidade ou com outro crime competindo ao TPI. Os atos bárbaros cometidos contra o patrimônio no Afeganistão, no Mali, no Iraque, na Síria entram perfeitamente nessa definição e podem, então, ser configurados crimes contra a humanidade. Como nós vimos acima, a objetivo perseguido pelos responsáveis pela destruição dos bens culturais é atingir, aniquilar a identidade de um grupo alvo, elemento da sua dignidade.

A discussão doutrinária sobre a tipificação jurídica

ca aplicável às violações voluntárias aos bens culturais tem o mérito de demonstrar as novas expectativas da sociedade internacional quanto à tutela do patrimônio da humanidade. Porém, por enquanto, parece mais conveniente conservar a caracterização de “crime de guerra” aplicada pelo TPI. Se a escolha da categoria “crimes contra a humanidade” ou a criação de um crime *suis generis* apresentam intelectualmente mais argumentos a favor, a mudança da tipificação poderia ser contraproducente. O governo francês, nas suas “50 proposições para proteger o patrimônio da humanidade” reveladas em 2015<sup>109</sup>, propôs sistematizar o acionamento do TPI para responsabilizar individualmente os que perpetraram crimes de lesa patrimônio (proposição n.º 42), sem, no entanto, tentar modificar a qualificação de crimes de guerra para crimes contra a humanidade. Emendar o Estatuto de Roma no fito de criar uma nova infração tem o risco de deixar entender, segundo Jean-Luc Martinez, redator das proposições e então diretor do Museu Le Louvre, que as destruições das pedras podem ficar no mesmo patamar que os massacres da população, o que é difícil de ser compreendido pela opinião pública. Essa falta de legibilidade provocada pela alteração de jurisprudência seria contraditória com a preocupação de consolidar a efetividade das regras em germinação existentes. Ademais, o processo de emenda do Estatuto de Roma pode se revelar arriscado, pois a probabilidade de uma emenda entrar em vigor é fraca. Revisar o tratado de 1998 necessita da aquiescência da maioria dos 2/3 dos Estados-membros da jurisdição criminal internacional e ligará somente os países que ratificaram a emenda. Como o TPI está hoje sofrendo uma fase de contestação, em particular pelos países africanos que questionam sua legitimidade<sup>110</sup> e pelo presidente norte-americano, Donald Trump, é melhor não dar oportunidade aos Estados de denunciar ou enfraquecer o ato constitutivo desta instituição judiciária que demonstrou recentemente sua importante contribuição na luta eficaz contra a destruição do patrimônio da humanidade.

<sup>109</sup> MARTINEZ, Jean-Luc. *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l'humanité*. Rapport au Président de la République sur la protection du patrimoine en situation de conflit armé, nov. 2015. Disponível em: <http://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/Cinquante-propositions-francaises-pour-protoger-le-patrimoine-de-l-humanite>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>110</sup> ROBICHEZ, Juliette. A justiça penal internacional: análise crítica do “afrocentrismo” do Tribunal Penal Internacional. *Cientefi-co*, Salvador, v. 18, n. 38, p. 147, 2018.

nossa).

<sup>108</sup> CDI. *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs*. p. 121.



## 4 Considerações Finais

Ante o exposto, conclui-se que é incontestável hoje, para a sociedade internacional, a necessidade de punir severamente a devastação deliberada dos bens culturais do inimigo. Estes, por refletir a história, a memória, a identidade dos povos, constituem o patrimônio cultural da humanidade, tal como identificado pela UNESCO, devendo ser beneficiado de uma tutela no patamar universal. Como verificamos, essa tomada de consciência foi progressiva, fruto de uma regulamentação internacional que evoluiu até oferecer um arsenal jurídico completo, que podemos considerar hoje satisfatório. Evidenciamos que as jurisdições internacionais representam indubitavelmente um aperfeiçoamento, uma concretização, “um instrumento complementar”<sup>111</sup> de proteção do patrimônio da humanidade. Assim, o TPI, corte criminal de caráter permanente, criado recentemente, consolidou a jurisprudência herdada essencialmente dos tribunais penais antecessores *ad hoc*, o TPII e o TPIR. Como a justiça penal internacional é um ramo novo ainda em gestação, existe uma certa incerteza quanto à tipificação da infração em tela: “crime de guerra”, “crime contra a humanidade”? Em função da caracterização eleita, os requisitos e as sanções aplicáveis são diferentes. Se o TPI parece ter uma forte predileção pela tipificação da infração de lesa patrimônio como “crime de guerra”, defendemos que seria possível izar a tipificação dos atos de devastação intencional dos bens culturais ao nível de “crime contra a humanidade”, infração mais grave na escala dos crimes internacionais. Essa solução teria o mérito de dar ainda mais ênfase à gravidade dos atos estigmatizados e de oferecer menos aporias (esses atos nem sempre se enquadram, por exemplo, em um conflito armado no sentido clássico, requisito necessário para caracterizar um “crime de guerra”). Salientamos que o conceito de “crime contra a humanidade” pode abrigar esses atos perniciosos pois oferece uma certa plasticidade, que sua evolução desde a 2ª Guerra Mundial atesta. No entanto, por razões conjunturais, não convidamos, por ora, os juízes internacionais a alterar sua jurisprudência ou os Estados a emendar o Estatuto de Roma para melhor atender as expectativas da sociedade civil

<sup>111</sup> TEIXEIRA, Gabriel H. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 27, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1628/1576>. Acesso em: 05 jul. 2020.

internacional que aspira uma maior proteção do seu patrimônio cultural e histórico, pois o Tribunal criminal atravessa uma crise existencial pouco propícia a uma mutação.

## Referências

- A LUTA dos juízes (*Le combat des juges*). Direção: Yves Billy. Produção: Zaradoc Films. França e Bélgica, 2000.
- ABI-SAAB, Georges; ABI-SAAB, Rosemary. Les crimes de guerre. In: ASCENSIO, Henri; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 141.
- ASCENSIO, Henri; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. Présentation de la première partie : essai de la classification et principe de légalité. In: \_\_\_\_\_. *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 95.
- AYAD, Christophe. *Mossoul sous le règne de l'État islamique*. Le Monde, Paris, 02 abr. 2017. Disponível em: [http://abonnes.lemonde.fr/proche-orient/article/2017/04/02/mossoul-sous-le-regne-de-l-etat-islamique\\_5104720\\_3218.html](http://abonnes.lemonde.fr/proche-orient/article/2017/04/02/mossoul-sous-le-regne-de-l-etat-islamique_5104720_3218.html). Acesso em: 05 jul. 2020.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes against humanity in international criminal law*. 2. ed. Leiden: Martinus Nijhoff Editors, 1999.
- BENSOUDA, Fatou. *Le Procureur de la Cour pénale internationale ouvre une enquête concernant les crimes de guerre commis au Mali*. Site CPI, 16 jan. 2013. Disponível em: [http://www.icc-cpi.int/FR\\_Menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pages/pr869.aspx](http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pages/pr869.aspx). Acesso em: 05 jul. 2020.
- BERNARD, Laurence. Fracasso da União Europeia na Palestina. *Le Monde Diplomatique*, Paris, p. 23, dez. 2013.
- BERNIK, A. S. S. Targeting Croatia's culture is War Crime. *The New York Times*, New York, 28/10/1991. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1991/10/28/opinion/1-targeting-croatia-s-culture-is-war-crime-608091.html?pagewanted=print>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- BETTATI, Mario. Le crime contre l'humanité. In: ASCENSIO, Hervé *et al* (org.). *Droit international pénal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 103.
- CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R. Novos desafios

ao direito internacional humanitário: a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez. p. 196, 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/381/338>. Acesso em: 05 jul. 2020.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo antigo*. São Paulo: Atlas, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo clássico*. São Paulo: Atlas, 2015.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012.

CDI – COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. *Neuvième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial*. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Partie II) – avec le Statut pour une cour criminelle internationale. 8 fev. e 15 mar. 1991. Disponível em: [http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/french/a\\_cn4\\_435.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7\\_4.shtml](http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/french/a_cn4_435.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7_4.shtml). Acesso em: 05 jul. 2020.

CEDH - CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS. *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. 2011. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_cultural\\_rights\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_FRA.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

CEDH. *Caso Beyeler v. Itália* (GC, nº 33202/96, 5 jan. 2000). Disponível em: <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup17/Batch%201/Judgment%20of%20the%20ECHR-%20Beyeler%20v.%20Italy%20-2000.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CEDH. *Caso Korbely c. Hungria* (req. nº 9174/02, 19 set. 2008). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["FRE"\],"appno":\["9174/02"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-88430"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 05 jul. 2020.

CEDH. *Caso Kozacioglu c. Turquia* (CG, nº 2334/03, 19 fev. 2009). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-91413"\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{). Acesso em: 05 jul. 2020.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs*, 43<sup>o</sup> sessão, 1991. A/CN/435 e Add.1.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL.

*Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs*. 48<sup>o</sup> sessão, 1996. *Annuaire de la Commission du droit international*, v. II (2). Disponível em: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/7_4_1996.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 43<sup>o</sup> session*. 29 abr. – 19 jul. 1991. Disponível em: [http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/french/reports/a\\_46\\_10.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7\\_4.shtml](http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/french/reports/a_46_10.pdf&lang=EFS&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/7_4.shtml). Acesso em: 05 jul. 2020.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL. Relatório, 49<sup>o</sup> sessão, 1994, AGNU, Doc. of., supl. n.º 10, A/49/10.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Decisão 10 fev. 2005. Affaire relative à certains biens (Liechtenstein c. Alemanha)*. Exceptions préliminaires. Résumé de l'arrêt du 10.02.05. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/123/exceptions-preliminaires>. Acesso em: 05 jul. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Decisão 13 jul. 2009. Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/133/arrets>. Acesso em: 05 jul. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Decisão 15 jun. 1962. Affaire du Temple de Préah Vihear. (Cambôja v. Tailândia)*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/45/4872.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Julgamento 26 fev. 2007. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bósnia-Herzégovine c. Sérbia e Montenegro)*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/91>. Acesso em: 05 jul. 2020.

COUVEINHES, Florian. Retour sur un classique : les plaidoiries de Paul Reuter dans l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande). *Revue générale de droit international public*, Paris, v. 116, n. 2, p. 464, 2012. Disponível em: [https://www.academia.edu/29179623/\\_Retour\\_sur\\_un\\_classique\\_les\\_plaidoiries\\_de\\_Paul\\_Reuter\\_dans\\_laffaire\\_du\\_Temple\\_de\\_Pr%C3%A9ah\\_Vih%C3%A9ar\\_Cambodge\\_c.\\_Tha%C3%AFlande\\_RGDIP\\_2012\\_vol.\\_116\\_n\\_2\\_pp.\\_464-472](https://www.academia.edu/29179623/_Retour_sur_un_classique_les_plaidoiries_de_Paul_Reuter_dans_laffaire_du_Temple_de_Pr%C3%A9ah_Vih%C3%A9ar_Cambodge_c._Tha%C3%AFlande_RGDIP_2012_vol._116_n_2_pp._464-472). Acesso em: 05 jul. 2020.

- D'ARGENT, Pierre ; D'ASPREMONT, Jean. La Commission des réclamations Érythrée/Éthiopie: un premier bilan. *Annuaire français de droit international*, Paris, v. 53, n. 1, 2007. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2007\\_num\\_53\\_1\\_3982](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2007_num_53_1_3982). Acesso em: 05 jul. 2020.
- DE OLHO nos ruralistas. Blog Observatório do Agrogócio no Brasil. Disponível em: <https://outraspalavras.net/blog/ultimas-horas-para-apoiar-de-olho-nos-ruralista/>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain. *Revue de science criminelle*, Paris, p. 477, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre o universalismo e o relativismo de valores? In: CASSESE, Antônio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 65.
- DELMAS-MARTY, Mireille; FOUCHARD, Isabelle; FRONZA, Emanuela; NEYRET, Laurent. *Le crime contre l'humanité*. 2. ed. Paris: PUF, col. Que sais-je?, 2013.
- DIAS, Anauene. Destruição do patrimônio cultural: crime de guerra. *Revista Via Iuris*, Bogotá, n. 25, p. 1, 2018. Disponível em: [https://www.academia.edu/38358730/Destruição\\_do\\_patrimônio\\_cultural\\_como\\_crime\\_de\\_guerra.pdf?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/38358730/Destruição_do_patrimônio_cultural_como_crime_de_guerra.pdf?email_work_card=view-paper). Acesso em: 05 jul. 2020.
- DJIAN, Jean-Michel. *Les manuscrits de Tombouctou*. Secrets, mythes et réalités. Paris: JC Lattès, 2012.
- DJIAN, Jean-Michel. Tombouctou, épice du nouvel obscurantisme islamiste africain. *Le Monde*, Paris, 28 jun. 2012. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/idees/article/2012/06/28/tombouctou-epice-du-nouvel-obscurantisme-islamiste-africain\\_1725995\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2012/06/28/tombouctou-epice-du-nouvel-obscurantisme-islamiste-africain_1725995_3232.html). Acesso em: 05 jul. 2020.
- EAGEN, S. Preserving Cultural Property: Our Public Duty: A Look at How and Why We Must Create International Laws That Support International Action, 13. *Pace Int'l L. Rev.*, v. 407, p. 409, 2001. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol13/iss2/7>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- FRANCIONI, Francesco. The human dimension of international cultural heritage law: an introduction. *The European Journal of international Law*, Florença, v. 22, n. 1, p. 9, fev. 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/22/1/9/436703>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- GAUTHERET, Jérôme. Manœuvres florentines au chevet du patrimoine. *Le Monde*, Paris, 02 abr. 2017. Disponível em: [http://abonnes.lemonde.fr/architecture/article/2017/04/01/man-uvres-florentines-au-chevet-du-patrimoine\\_5104151\\_1809550.html](http://abonnes.lemonde.fr/architecture/article/2017/04/01/man-uvres-florentines-au-chevet-du-patrimoine_5104151_1809550.html). Acesso em: 05 jul. 2020.
- GROTIUS, Hugo. *Hugonis Grotii De jure belli ac pacis libri tres*. Washington D.C.: Carnegie Institution of Washington, 1925.
- HARRISON, Rodney. What is heritage? In: \_\_\_\_\_. *Understanding the politics of heritage*, Manchester: Manchester University Press, 2010. p. 5. Disponível em: [https://www.academia.edu/776638/What\\_is\\_Heritage](https://www.academia.edu/776638/What_is_Heritage). Acesso em: 05 jul. 2020.
- JANKELEVITCH, Vladimir. L'imprescriptible. *Le Monde*, Paris, 04 jan. 1965. Disponível em: [http://abonnes.lemonde.fr/archives/article/1965/01/04/l-imprescriptible\\_2187088\\_1819218.html?xtmc=vladimir\\_jankelevitch&xtcr=13](http://abonnes.lemonde.fr/archives/article/1965/01/04/l-imprescriptible_2187088_1819218.html?xtmc=vladimir_jankelevitch&xtcr=13). Acesso em: 05 jul. 2020.
- JOHANNOT-GRADIS, Christiane. *Le patrimoine culturel matériel et immatériel: quelle protection en cas de conflit armé?* Genebra: Schulthess Médias Juridiques, 2013.
- LIEBER code of 1863. Disponível em: [https://archive.org/stream/pdfy-NG4E2nsEimXkB5mU/The+Lieber+Code+Of+1863\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/pdfy-NG4E2nsEimXkB5mU/The+Lieber+Code+Of+1863_djvu.txt). Acesso em: 05 jul. 2020.
- MARTINEZ, Jean-Luc. *Cinquante propositions françaises pour protéger le patrimoine de l'humanité*. Rapport au Président de la République sur la protection du patrimoine en situation de conflit armé, nov. 2015. Disponível em: <http://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Rapports/Cinquante-propositions-francaises-pour-proteger-le-patrimoine-de-l-humanite>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- MIRE, Sada (coord.). *Heritage Under Threat*. 2016, MOOC Coursera. Faculdade de arqueologia da Universidade Leiden, Holanda. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/heritage-protection>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- NAPOLEONI, Loretta. *A fênix islamista*. O Estado Islâmico e a reconfiguração do Oriente Médio. trad. M. C. de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.
- ONU. Res. ASSEMBLEIA GERAL n. 3314, Definição



- de Agressão. 03 dez. 1973. [UN Doc. A/RES/3314 (XXIX)]. Disponível em: [https://undocs.org/fr/A/RES/3314\(XXIX\)](https://undocs.org/fr/A/RES/3314(XXIX)). Acesso em: 05 jul. 2020.
- ONU. Res. ASSEMBLEIA GERAL n. 83, 1948 [UN Doc. A/C.6/SR.83]. Disponível em: [https://digitallibrary.un.org/record/604635/files/A\\_C.6\\_SR.83-FR.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/604635/files/A_C.6_SR.83-FR.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.
- ONU. Res. CONSELHO DE SEGURANÇA n. 2199 sobre Ameaças contra a Paz e a Segurança Internacionais Decorrentes de Atos de Terrorismo. 12 fev. 2015, S/RES/2199. Disponível em: [https://undocs.org/fr/S/RES/2199\(2015\)](https://undocs.org/fr/S/RES/2199(2015)). Acesso em: 05 jul. 2020.
- ONU. Res. CONSELHO DE SEGURANÇA n. 2347 sobre Manutenção da Paz e da Segurança Internacionais. 24 mar. 2017, S/RES/2347. Disponível em: <https://www.un.org/securitycouncil/s/res/2347-%282017%29>. Acesso em: 25 mar. 2017.
- ONU. Res. CONSELHO DE SEGURANÇA n. 827. Statut du Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yugoslavie. Disponível em: [https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_fr.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.
- PARLAMENTO EUROPEU. Res. sobre os casos da academia budista do Tibete Larung Gar e de Ilham Tobti, 15 dez. 2016, 2016/3026 (RSP). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0505+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- PEDROLETTI, Brice. A Larung Gar, la répression silencieuse de Pékin. *Le Monde*, Paris. 24 mar. 2017. Disponível em: [http://abonnes.lemonde.fr/m-actu/article/2017/03/24/a-larung-gar-la-repression-silencieuse-de-pekin\\_5100321\\_4497186.html](http://abonnes.lemonde.fr/m-actu/article/2017/03/24/a-larung-gar-la-repression-silencieuse-de-pekin_5100321_4497186.html). Acesso em: 05 jul. 2020.
- QUADROS, Vasconcelo. *A guerra declarada contra políticas indígenas*. 12 set. 2019. Outras Mídias, São Paulo. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/a-guerra-declarada-contra-politicas-indigenistas/>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- ROBICHEZ, Juliette. A justiça penal internacional: análise crítica do “afrocentrismo” do Tribunal Penal Internacional. *Cientefico*, Salvador, v. 18, n. 38, p. 147, 2018. Disponível em: <https://cientefico.emnuvens.com.br/cientefico/article/view/626>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- ROBICHEZ, Juliette. Proteção do patrimônio histórico-cultural da humanidade e a crise do direito internacional. In: MENEZES, W. et al. *Direito internacional em expansão*. Belo Horizonte: Arraões, 2015. v. 5, p. 122.
- SCHABAS, William A. Le génocide. In: ASCENSIO, Henri; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit international penal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 125.
- SECRETARIAT INTERNATIONAL DE L'ASSOCIATION DES ANCIENS AMATEURS DE RECITS DE GUERRE ET D'HOLOCAUSTE. Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International. Nuremberg 14 nov. 1945 - 01 out. 1946, 1947 p. 62. Disponível em: <http://www.legal-tools.org/doc/512713/pdf/>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- SZUREK, Sandra. Historique. La formation du droit international pénal. In: ASCENSIO, Hervé et al (org). *Droit international penal*. 2. ed. Paris: Pedone, 2012. p. 21.
- TEIXEIRA, Gabriel H. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 27, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1628/1576>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Estatuto 08 ago. 1945. Disponível em: [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto\\_del\\_tribunal\\_de\\_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66). Acesso em: 05 jul. 2020.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA.- Câmara de Apelo. Procurador c. Dusko Tadic, alias “Dule”. Acórdão n.º IT-94-1-A, 15 jul. 1999. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-991507f.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de Apelo. Procurador c. Dusko Tadic, alias “Dule”, n.º IT-94-1-T, 02 out. 1995. Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. Câmara de Apelo. Procurador c. Drazen Erdemovic, IT-96-22-1, 07 out. 1997. Opinion individuelle présentée conjointement par Madame le juge

Macdonald et Monsieur le juge Vohrah. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-asojmcd971007f.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Apelo. Procurador c. Drazen Erdemovic. Acórdão n.º IT-96-22-1, 07 out. 1997.* Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-aj971007f.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Apelo. Caso Le procureur c. Dragoljub Kunarac et consorts. Decisão n.º IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 jun. 2002.* Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/fr/kun-aj020612f.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Apelo. Caso Procurador c. Zlatko Aleksovski. Decisão n.º IT-95-14/1-1, 24 mar. 2000.* Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/fr/ale-asj000324f.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Apelo. Caso Procurador c. Dusko Tadic alias "Dule" Decisão n.º IT-94-1-AR72, 02 out. 1995.* Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira instância. Caso Le procureur c/ Rodovan Karadzic et Ratko Mladic. Examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du RPP, n.º IT-95-5-561 e IT-95-18-R61, 11 jul. 1996.* Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/fr/960711.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira Instância. Procurador c. Drazen Erdemovic, n.º IT-96\_22, 29 nov. 1996.* Jugement portant condamnation. Disponível em: <http://www.icty.org/fr/case/erdemovic/4#trans>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira instância. Caso Le procureur c. Dusko Tadi alias "Dule". Decisão n.º IT-94-1-6, 07 mai. 1997.* Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira Instância I. Caso Procurador c. Tibomir Blaskic. Decisão n.º IT-95-14-T, 03 mar. 2000.* <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira Instância. Procurador c. Zoran Kupreskic, 14 jan. 2000, n.º IT-95-16-6.* Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira Instância. Procurador v. Kordic & Cerkez, 27 fev. 2001. N.º IT-95-14/2-T.* Disponível em [http://www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/tjug/fr/kor-010226f.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/fr/kor-010226f.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira Instância II. Caso Procurador c. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic e Amir Kubura. Decisão sobre a exceção conjunta de incompetência. 12 nov. 2002 N.º IT-01-47-PT.* Disponível em: [http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic\\_kubura/tdec/fr/021112f.htm](http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/tdec/fr/021112f.htm). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira Instância. Procurador c. Mladen Naletilic e Vinko Martinovic. 31 mar. 2003. N.º IT-98-34-6.* Disponível em: [https://www.icty.org/x/cases/naletilic\\_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf](https://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EX-IUGOSLÁVIA. *Câmara de Primeira Instância I. Procurador c. Miodrag Jokic. 18 mar. 2004. N.º IT-01-42/1-S.* Disponível em: [http://www.icty.org/x/cases/miodrag\\_jokic/tjug/fr/jok-sj040318f.pdf](http://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/tjug/fr/jok-sj040318f.pdf). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Câmara de Primeira Instância II. Caso Le procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana. Decisão n.º ICTR-95-1-6, 21 mai. 1999.* Disponível em: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/trial-judgements/fr/990521.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020..

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Primeira Instância II. *Situação em República Democrática do Congo. Caso Procurador c. Germain Katanga*. 07 mar. 2014. N° ICC-01/04-01/07. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014\\_02618.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Primeira Instância II. *Situação em República Democrática do Congo. Caso Procurador c. Germain Katanga*. 23 mai. 2014. N° ICC-01/04-01/07. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014\\_04297.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_04297.PDF). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Primeira Instância VIII. *Situação em República do Mali. Caso Le procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, 27 set. 2016. N° ICC-01/12-01/15. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07245.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07245.PDF). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Primeira Instância VIII. *Ordonnance de réparation. Caso Situação em República do Mali. Caso Procurador c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. 17 ago. 2017. N° ICC-01/12-01/15-236. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017\\_05173.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2017_05173.PDF). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Recurso. *Situation en République du Mali. Caso Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. 8 mar. 2018. N° ICC-01/12-01/15 A. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_02453.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02453.PDF). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara Preliminar II. *Décision art. 15, Situation en République du Kenya*, n° ICC-01-09, 31 mar. 2016. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011\\_03256.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_03256.PDF). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Communiqué de presse*. 16 jan. 2013. Disponível em: [http://www.icc-cpi.int/FR\\_Menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pages/pr869.aspx](http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/news%20and%20highlights/pages/pr869.aspx). Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Mme Fatou Bensouda, à l'ouverture du procès dans l'affaire contre M. Ahmad Al-Faqi Al Mahdi*. 22 ago. 2016. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-al-mahdi-160822&ln=fr>. Acesso em: 05 jul. 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Fiche d'information sur l'affaire Situation en République du Mali. *Caso Procurador c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. N.° ICC-01/12-01/15. 20 mar. 2018. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/mali?ln=fr>. Acesso em: 05 jul. 2020.

UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Disponível em: <https://ich.unesco.org/doc/src/00009-PT-Brazil-PDF.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

UNESCO. *Déclaration de l'UNESCO concernant la destruction intentionnelle du patrimoine culturel*. 17 out 2003. Disponível em: [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=17718&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). Acesso em: 05 jul. 2020.

UNESCO. *La Directrice générale de l'UNESCO appelle toutes les parties à protéger le patrimoine yéménite*. 19 fev. 2016. Disponível em: <https://fr.unesco.org/news/directrice-generale-appelle-protoger-patrimoine-culturel-du-yemen>. Acesso em: 05 jul. 2020.

UNESCO. *Le Conseil de sécurité des Nations Unies adopte une résolution historique en faveur de la protection du patrimoine*. 24 mar. 2017. Disponível em: <http://fr.unesco.org/news/conseil-securite-nations-unies-adopte-resolution-historique-faveur-protection-du-patrimoine>. Acesso em: 05 jul. 2020.

UNESCO. *Lista do Patrimônio Mundial*. Disponível em: <https://whc.unesco.org/fr/etatsparties/rw>. Acesso em: 05 jul. 2020.

VISAFRIC. *Ethiopian Army Destroys World Heritage*. VISAFRIC, Toronto, 18 maio. 2001. Disponível em: <http://www.hartford-hwp.com/archives/33/046.html>. Acesso em: 24 jun. 2020.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Protection of cultural property under international humanitarian law: emerging trends**

**Proteção de bens culturais sob o Direito Internacional Humanitário: tendências emergentes**

Niteesh Kumar Upadhyay

Mahak Rathee

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# Protection of cultural property under international humanitarian law: emerging trends\*

## Proteção de bens culturais sob o Direito Internacional Humanitário: tendências emergentes

Niteesh Kumar Upadhyay\*\*

Mahak Rathee\*\*\*

### Abstract

Cultural Properties holds the rich heritage and is a matter of pride for the entire mankind and is considered as property of mankind and does not belong specifically to any religion, group or state. Despite this the cultural property has been attacked and destroyed a lot of times either deliberately or unintentionally during war. The instances of destruction of cultural property has been there in past also and such cases are still increasing. The destruction of cultural property of course creates a sense of divide among people from different communities and nations and not just make chances of compromise between communities and nations impossible but it also lead to long term discrimination and hatred. The legal system related to protection of cultural property is mostly a soft law mechanism in which the implementation body and implementation system is missing and there are many laws which show the importance of cultural property during peacetime and also during war. This paper will discuss in detail about the significance of cultural property, long term effect of destroying of cultural property, Iconoclasm, laws regulating the protection of cultural property during war and peacetime, international criminalization of wrongs against cultural property and suggestions of the authors for protection of cultural property.

**Keywords:** Cultural property. International humanitarian law. Destruction. Protection. Iconoclasm.

### Resumo

Os bens culturais detêm um rico patrimônio e são motivo de orgulho para toda a humanidade, sendo considerados propriedade da humanidade e não pertencendo especificamente a nenhuma religião, grupo ou estado. Apesar disso, a propriedade cultural tem sido atacada e destruída muitas vezes, deliberada ou involuntariamente, durante a guerra. Os casos de destruição de bens culturais também existiram no passado e esses casos ainda estão aumentando. A destruição de bens culturais, é claro, cria um senso de divisão entre pessoas de diferentes comunidades e nações e não apenas torna as

\* Recebido em 16/08/2020  
Aprovado em 28/02/2021

\*\* Research Advisor South Ural State University, Russia and Assistant Professor of Law at Galgotias University India and founder of [www.knowledgesteez.com](http://www.knowledgesteez.com). He is also executive board member of All India Law teachers Congress.  
E-mail: [niteeshkumar.upadhyay@galgotiasuniversity.edu.in](mailto:niteeshkumar.upadhyay@galgotiasuniversity.edu.in)

\*\*\* Advocate Supreme Court of India, Global Representative, Roya Institute for Global Justice, Honorary Director (Knowledge Steez EduHub LLP), Founder Consumer Assisto and ADR HOC.  
E-mail: [ratheemahak@gamil.com](mailto:ratheemahak@gamil.com)



chances de compromisso entre comunidades e nações impossíveis, mas também leva à discriminação e ao ódio de longo prazo. O sistema jurídico relacionado à proteção da cultura a propriedade é principalmente um mecanismo de soft law no qual o órgão de implementação e o sistema de implementação estão ausentes e existem muitas leis que mostram a importância da propriedade cultural em tempos de paz e também durante a guerra. Este artigo discutirá em detalhes sobre a importância da propriedade cultural, efeito de longo prazo da destruição de propriedade cultural, iconoclastia, leis que regulam a proteção da propriedade cultural durante a guerra e em tempos de paz, criminalização internacional de injustiças contra propriedade cultural e sugestões dos autores para proteção de propriedade cultural.

**Palavras-chave:** Bens culturais, Direito internacional humanitário, destruição e proteção de bens culturais, iconoclastia

## 1 Introduction

Through codified International Law, the world has reached a common consensus after World War II that the historic monuments, archaeological sites, artwork and other cultural property is considered as the property of mankind and not of any particular religion, state or any group<sup>1</sup>.

Cultural Property<sup>2</sup> is the pride of any community and its significance increases as time passes. No geopolitical boundaries can stop people from visiting and admiring cultural property and these properties do not belong to any particular country or group of people but to the whole mankind. Cultural Property is not only of cultural relevance but it is also a mark of identity of groups and communities. Cultural Property also serves as repository of customs, tradition and usages followed

by a particular group or community and also serve a tool of self-identification for such communities<sup>3</sup>.

Though as discussed above Cultural Property has a lot of significance, even then it is attacked and is damaged intentionally or unintentionally during war and the after effects of the same can be seen in form of long time rivalry even after the war is over between two communities. Modern day warfare involves more destructive technology and hence inflicts more loss to cultural property. Recently we have seen mass destruction of cultural property in the Middle East and North Africa. There have been countless statements from UNESCO, United Nation and many non-governmental organizations and activists condemning targeting of cultural property in recent times but this did not had any effect on the number of targeted attacks on cultural property. The international law related to cultural property is basically regulated by customary international law and the soft law mechanism which has many features pertaining to protection of cultural property at international level is still in its evolving stage. The present legal regime has no deterrence in case if any cultural property is targeted and hence the implementation of the soft law and customary law is very weak<sup>4</sup>.

The reasons for the Intentional attack on cultural property could be various including but not limited to dehumanization of other community, hatred, discrimination, intention to exterminate the community and its cultural property. Sometimes attack on these cultural property is also done during non-international armed conflict in order to gather attention of international community for recognition and financial assistance for example destruction of cultural property which was a colossal image of Buddha at Bamiyan in year 2001 in Afghanistan<sup>5</sup>.

The attacks on cultural property devalue the con-

<sup>1</sup> HARVARD LAW SCHOOL. *Art in time of war: pillage, plunder, repression, reparations and restitution*. Available at: [http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art\\_law/war.htm#:~:text=places%20of%20worship-,Without%20prejudice%20to%20the%20provisions%20of%20the%20Hague%20Convention%20for,the%20cultural%20or%20spiritual%20heritage](http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/war.htm#:~:text=places%20of%20worship-,Without%20prejudice%20to%20the%20provisions%20of%20the%20Hague%20Convention%20for,the%20cultural%20or%20spiritual%20heritage) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>2</sup> Cultural property is non-renewable resources that includes but not limited to works of art, old buildings or their ruins, museums, library, scriptures, archives, historic buildings and monuments, archaeological sites and artifacts found on land or underwater, places of worship and other sacred places like churches, mosques, temples, idols, shrines, sanctuaries, mountain, cemeteries etc

<sup>3</sup> CENTER FOR THE ENVIRONMENTAL MANAGEMENT OF MILITARY LANDS. *Types of Cultural Property*. Available at: <https://www.cemml.colostate.edu/cultural/09476/chp04-02iraqenl.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>4</sup> GERSTENBLITH, Patty. The destruction of cultural heritage: a crime against property or a crime against people? *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.*, n. 15, 2016. Available at: <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1382&context=ripl> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>5</sup> MORGAN, L. *The Buddhas of Bamiyan*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012. Available at: [www.jstor.org/stable/j.ctt2jbt4h](http://www.jstor.org/stable/j.ctt2jbt4h), Accessed on: 29 Aug. 2020.



cept of Cultural pluralism<sup>6</sup> and multiculturalism<sup>7</sup> which is very important and essential for modern day civil society.

International Humanitarian Law allows attack on any property including cultural property in certain conditions stating it as military necessity<sup>8</sup>. Military necessity gives a high contracting party some military advantage<sup>9</sup> for example if any place is used for keeping weapons, aircrafts, armored vehicles or any other material vital for warfare like petroleum processing units, energy production units etc. are considered to be legitimate targets of attack<sup>10</sup>. Also the cultural property is protected by customary international law principles of distinction between civilian objects and military objects as Rule 7 of customary international humanitarian law. The rules state that high contracting parties to armed conflict need to ensure that they can distinguish civilian objects and military objects and all attacks must be directed to military objects only. Cultural property though cannot be true sense be said to be civilian property but surely not as a military object<sup>11</sup>.

Jurists of international law have clearly mentioned that whatever might be the reason for armed conflict or waging war against any state or territory, building

and works of cultural importance must be spared. Since destroying these cultural properties provides no gain to any high contracting parties, these properties in no way contribute to strengthen the enemy armies and by destroying them the whole world and coming generations are being deprived of some masterpiece which cannot be reconstructed and hence it is a crime against the mankind<sup>12</sup>.

Three significant limitations have been imposed for the protection which have been granted to cultural property. The first obligation is to mark such cultural property with distinctive emblem like blue shield or any other emblem but this needs to be communicated to enemy in advance<sup>13</sup>. The second limitation is the obligation on all high contracting parties to avoid causing damage to any cultural property but it has been limited by a phrase “as far as possible” and hence in case of exigencies can be attacked<sup>14</sup>. The third and the last limitation is to avoid using cultural property for the military purposes and also all possible caution to be taken to keep military and military objects far from cultural property. Even after all the above three limitations because of nature of modern warfare and arms used the chances of destruction of these cultural properties is high especially in cases of non-international armed conflict, ethnic cleansing<sup>15</sup> and terrorist attacks<sup>16</sup>.

## 2 Long term effects of destroying of cultural property

Armed conflict between different nations and communities have not only created human loss but have

<sup>6</sup> Cultural pluralism means when smaller ethnic group within a larger society maintain their unique values, practices, customs and traditions without being inconsistent with the values, practices, customs and traditions of wider society.

<sup>7</sup> Multiculturalism is the concept under which society deals with its cultural diversity both at national and community level. multiculturalism assumes that everyone benefits from cultural diversity and for the best interest of society as whole all these cultural diversities to be harmoniously maintained with each other in the society.

<sup>8</sup> HAYASHI, Nobuo. Requirements of military necessity in international humanitarian law and international criminal law. *Boston University International Law Journal*, n. 28, p. 41-139, 2010. Available at: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/documents/39-140.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>9</sup> BOOHER, Alice A. *The military advantage*: the military.com guide to military and veterans benefits. Available at: [https://www.bva.va.gov/docs/VLR\\_VOL2/Copy12--AliceBooher.pdf](https://www.bva.va.gov/docs/VLR_VOL2/Copy12--AliceBooher.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>10</sup> GENERAL COUNSEL OF THE DEPARTMENT OF DEFENSE. *Department of Defense Law of War Manual*. 2015. Available at: <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>11</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*. New York: Cambridge University Press, 2005. Available at: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>12</sup> MILLIGAN, A. *Targeting cultural property*: the role of international law. Available at: <https://jpia.princeton.edu/sites/jpia/files/2008-5.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>13</sup> BHAT, P. *Protection of cultural property under international humanitarian law*: some emerging trends. 2001. Available at <http://www.commonlii.org/in/journals/ISILYBIHRL/2001/4.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>14</sup> MARKING of cultural property with emblems of the 1954 Hague Convention. Available at: <https://www.cemml.colostate.edu/cultural/09476/chp04-10egyptenl.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>15</sup> PETROVIC, Drazen. *Ethnic cleansing*: an attempt at methodology. 1994. Available at: <http://www.ejil.org/pdfs/5/1/1247.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>16</sup> FLIPPO, R. *Attacks against cultural property as a weapon of war*: an exploratory case study. Available at: [https://www.ibe.org/ibei\\_studntpaper34\\_105354.pdf](https://www.ibe.org/ibei_studntpaper34_105354.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

also created a long term divide between two nations and communities but we have seen that with passage of time nations and communities have learned to stay and live together<sup>17</sup> For example the Vietnamese war between armies of South and North Vietnam including allies from USA and USSR and this example clearly illustrate that after the end of a war the situation is fine and people are living together in harmony. Also in the case of Sudan and South Sudan we have seen in the recent past that relation and friendship between the two countries are getting stronger. International Humanitarian law one of the most important principle is that friendship should be possible after that last bullet is fired whereas destruction of cultural property creates a long time scar in the hearts and minds of people which can be a reason for war and conflict<sup>18</sup>. Armed conflict if leads to destroying of cultural property can generate anger in subsequent generations and can prove to be a breeding ground or motive for retaliation and armed conflict<sup>19</sup>.

The destroying of cultural property creates a sense of divide among people from different communities and nations and not just make chances of compromise between communities and nations impossible but also lead to long term discrimination and hatred<sup>20</sup>. The fuel to fire can be added by mass media and information communication technology which will spread the news of destruction of cultural property like fire and can also increase tension among communities and nations who are not in direct war or hostiles with each other<sup>21</sup>. Let's

assume a situation in which religious place of one community is destroyed by another community in one state but this will not end here people who are in other country will also feel unsafe and kind of hatred will increase in their mind and hearts for other community<sup>22</sup>.

### 3 Instances of damage to cultural property during international, non-international armed conflict and terrorists attacks and cause of such acts

The destruction of cultural property has significantly increased in the recent past and is still increasing at a very high rate. The recent conflict in Syria<sup>23</sup>, Iraq<sup>24</sup> and Mali<sup>25</sup> has reflected the inefficacy of our international legal regime. There are many ways wherein cultural property in all the three above mentioned nations got damaged such as some properties got damaged because of intentional bombardment, while some got damaged because of accidental collateral damages during armed conflict because of indiscriminate firing of guns and mortars, some were targeted to clear path for war, some cultural properties were used for military purpose and hence became legitimate object of attack, some cultural properties suffered damage because of looting and illicit trade of cultural property<sup>26</sup>. Apart from this damage to these cultural properties is also done by internally dis-

<sup>17</sup> LASSON, Kenneth. Incitement in the Mosques: testing the limits of free speech and religious liberty. *Whittier L. Rev.*, n. 27, 2005. Available at: [https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1384&context=all\\_fac](https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1384&context=all_fac) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>18</sup> BHAT, P. *Protection of cultural property under international humanitar-ian law: some emerging trends*. 2001. Available at <http://www.commonlii.org/in/journals/ISILYBIHRL/2001/4.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>19</sup> GERSTENBLITH, Patty. The destruction of cultural heritage: a crime against property or a crime against people? *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.*, n. 15, 2016. Available at: <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1382&context=ripl> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>20</sup> RICHARD, Lieutenant Colonel Theodore T. Nuclear weapons targeting: the evolution of law and U.S. Policy, *Military Law Review*, v. 224, n. 4, 2016. Available at: [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/Military\\_Law\\_Review/pdf-files/224-issue4-2016.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/224-issue4-2016.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>21</sup> MYEROWITZ, Elissa S. Protecting cultural property during a time of war: why Russia should return nazi-looted art. *Fordham International Law Journal*, n. 20, 1996. Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1808&context=ilj> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>22</sup> CULTURAL Heritage. Available at: <https://www.peacepal-aceibrary.nl/research-guides/special-topics/cultural-heritage/> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>23</sup> CUNLIFFE, Emma *et al.* The destruction of cultural property in the Syrian Conflict: legal implications and obligations. *International Journal of Cultural Property*, n. 23, p. 1–31, 2016. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-cultural-property/article/destruction-of-cultural-property-in-the-syrian-conflict-legal-implications-and-obligations/5B81E9C84C7F9B-24FA0C4F1E9FA50CAF/core-reader> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>24</sup> THURLOW, Matthew D. Protecting cultural property in Iraq: how american military policy comports with international law. *Yale Hum. RTS & DEV. L. J.*, n. 8, 2005. Available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=yhrdlj> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>25</sup> MALI, accountability for the destruction of cultural heritage. Available at: <https://casebook.icrc.org/case-study/mali-accountability-destruction-cultural-heritage> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>26</sup> UNESCO. *The fight against the illicit trafficking of cultural objects the 1970 convention: past and future*. Available at: [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/2013\\_IN-FOKIT\\_1970\\_EN.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/2013_IN-FOKIT_1970_EN.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

placed people who have been displaced because of war. These people took shelter in many of such properties which are of cultural relevance and since these properties have been used a human habitat, wear and tear has become quite evident<sup>27</sup>. Gulf war<sup>28</sup> has seen this massive destruction of cultural property by rebel groups and also in case of former Yugoslavia involved destruction of Sarajevo's numerous cultural property including Mosques, churches, museums and library which were made way back in 14<sup>th</sup> or 15<sup>th</sup> century and have a lot cultural and social relevance<sup>29</sup>. The most historic town of Europe has also faced destruction of more than 60% of cultural property which can be dated back to 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> century<sup>30</sup>.

#### 4 Iconoclasm and destruction of cultural heritage

Iconoclasm is defined as destruction of icons, images and monuments for religious and political motivation<sup>31</sup>. Iconoclasm has become very prevalent and many times it has been used as a military tactic in order to demoralize people of one particular religion or ethnicity. The practice or tactic of Iconoclasm is a very old concept and can be dated back to hundreds of years and one such mention can be found in Hebrew bible or old testament which instructs the Israelites to destroy all graveyard stones, images, and high places of the Canaanite population<sup>32</sup>. The first act of Iconoclasm in

Islamic history began in the year 630 when many statues of Arabian deities kept at Kabba in Mecca were vandalized<sup>33</sup>. The Hagia Sophia is a fine example as to how a church can be converted to mosque and then to a museum and then again to a mosque<sup>34</sup>. Persian King around year 484-430 BC plundered Greek and Egyptian religious and cultural property and centers<sup>35</sup>. History has witnessed many mosques and churches being destroyed for instance in Serbian War, according to one of the report around 400 mosques and approximately 200 churches were vandalized<sup>36</sup>.

The attacks on cultural property devalue the concept of Cultural pluralism<sup>37</sup> and multiculturalism<sup>38</sup> which is a very important essential of modern day civil society.

International Humanitarian Law allows attack on any property including cultural property in certain conditions calling it as military necessity<sup>39</sup>. Military necessity is something which gives a high contracting party some military advantage<sup>40</sup> for example if any place is

Available at: [https://www.blueletterbible.org/faq/don\\_stewart/don\\_stewart\\_1382.cfm](https://www.blueletterbible.org/faq/don_stewart/don_stewart_1382.cfm) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>33</sup> MACAULEY-LEWIS, Elizabeth. *The history of art and architecture in the islamic world*. Available at: <https://brewminate.com/the-history-of-art-and-architecture-in-the-islamic-world/> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>34</sup> WEGNER, Emma. "Hagia Sophia, 532-37." 2004. Available at: [http://www.metmuseum.org/toah/hd/haso/hd\\_haso.htm](http://www.metmuseum.org/toah/hd/haso/hd_haso.htm) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>35</sup> HERODOTUS. *Herodotus: on the customs of the persians*. 2012. Available at: <https://www.ancient.eu/article/149/herodotus-on-the-customs-of-the-persians/> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>36</sup> MOSE, Gregory M. The destruction of churches and mosques in Bosnia- Herzegovina: seeking a rights-based approach to the protection of religious cultural property. *Buffalo Journal of International Law*, n. 3, 1996. Available at: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=bjil> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>37</sup> Cultural pluralism means when smaller ethnic group within a larger society maintain their unique values, practices, customs and traditions without being inconsistent with the values, practices, customs and traditions of wider society.

<sup>38</sup> Multiculturalism is the concept under which society deals with its cultural diversity both at national and community level. multiculturalism assumes that everyone benefits from cultural diversity and for the best interest of society as whole all these cultural diversities to be harmoniously maintained with each other in the society.

<sup>39</sup> HAYASHI, Nobuo. Requirements of military necessity in international humanitarian law and international criminal law. *Boston University International Law Journal*, n. 28, p. 41-139, 2010. Available at: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/documents/39-140.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>40</sup> BOOHER, Alice A. *The military advantage: the military.com guide to military and veterans benefits*. Available at: [https://www.bva.va.gov/docs/VLR\\_VOL2/Copy12--AliceBooher.pdf](https://www.bva.va.gov/docs/VLR_VOL2/Copy12--AliceBooher.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>27</sup> ICCROM. *Protecting cultural heritage in times of conflict*. Available at: [https://www.iccrom.org/sites/default/files/ICCROM\\_18\\_ProtectingHeritageConflict\\_en.pdf](https://www.iccrom.org/sites/default/files/ICCROM_18_ProtectingHeritageConflict_en.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>28</sup> FORSYTH, Marion. Casualties of war: the destruction of Iraq's cultural heritage as a result of U.S. action during and after the 1991 Gulf War. *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, v. 14, 2004. Available at: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1202&context=jatip> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>29</sup> KOSSIAKOFF, Megan. The art of war: the protection of cultural property during the "Siege" of Sarajevo(1992-95). *DePaul Journal of Art, Technology and Intellectual Property Law*, v. 14, 2004. Available at: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1203&context=jatip> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>30</sup> PAVLOVIC, Srda. *The siege of Dubrovnik and the consequences of the 'War for peace'*. 2009. Available at: <https://pescanik.net/the-siege-of-dubrovnik-and-the-consequences-of-the-war-for-peace/> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>31</sup> ELSNER, Jas. Iconoclasm as discourse: from antiquity to Byzantium. *The Art Bulletin*, n. 94, p. 368-394, 2012. Available at: <https://www.jstor.org/stable/23268277> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>32</sup> STEWART, D. *Why did God order the destruction of the Canaanites?*



used for keeping weapons, aircrafts, armored vehicles or any other material vital for warfare like petroleum processing units, energy production units etc. are considered to be legitimate targets of attack<sup>41</sup>. Also the cultural property is protected by customary international law principle of distinction between civilian objects and military objects as Rule 7 of customary international humanitarian law states that high contracting parties to armed conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objects and all attacks must be directed to military objects only. Cultural property though cannot be in true sense be said to be civilian property but surely cannot be treated as a military object<sup>42</sup>.

One of the most notorious examples of Iconoclasm in India was seen when Somnath temple in Gujarat was attacked and destroyed by Mahumud Ghazni. This attack witnessed breaking of jyotirlinga despite pleas by hindu followers not to break it<sup>43</sup>. He looted the temple and took all the money with him as a bounty. Not only this the sentiments of the Hindus were impacted by breaking jyotirlinga and throwing its pieces on the road so people can walk over it. This is not just the only instance of Iconoclasm in India, another such case we can see when Aurangzeb destroyed the temples of Varanasi and Mathura<sup>44</sup>. Not just India but cultural property in many other countries faced destruction and one such example for Asia we can take of destroying of Buddhist temples by General Bai Chongxi and his troops during

the year 1926<sup>45</sup>. In Tibet also we have seen extensive destruction of religious cultural property after it was invaded and occupied by People's Republic of China<sup>46</sup>.

#### 4.1 Political Iconoclasm

Change in regime and revolutions against tyranny whether uprising on local population, insurgents<sup>47</sup>, belligerents<sup>48</sup>, foreign invasion<sup>49</sup> mostly see destruction of statues and cultural property which was important for the former regime or government. Belligerents have looted a lot of cultural property in former Yugoslavia. The 1954 Hague convention on protection of cultural property and its two protocols obligate belligerents to avoid intentional targeting of cultural property but in past we have seen many violations of this principle lead down in Hague convention<sup>50</sup>.

The past has witnessed many Emperors who erect statues of themselves or their family members which subsequently are destroyed as soon as they are overthrown by the new king or ruler. Roman King Domitian who was king for 81 to 96 AD was assassinated and after his assignation the first thing that happened

<sup>41</sup> GENERAL COUNSEL OF THE DEPARTMENT OF DEFENSE. *Department of Defense Law of War Manual*. 2015. Available at: <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>42</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*. New York: Cambridge University Press, 2005. Available at: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-icrc-eng.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>43</sup> SAAVEDRA, Beatriz Wrtinez. *Shaping the 'Community': Hindu Nationalist Imagination in Gujarat, 1880-1950*. Available at: [http://wrap.warwick.ac.uk/57285/7/WRAP\\_THESIS\\_Martinez-Saavedra\\_2013.pdf](http://wrap.warwick.ac.uk/57285/7/WRAP_THESIS_Martinez-Saavedra_2013.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>44</sup> CHETTRY, Aniket Tathagat. Unravelling the myth exploring state and religion under aurangzeb. *Glob J Arch & Anthropol*, n. 6, 2018. Available at: <https://juniperpublishers.com/gjaa/GJAA.MS.ID.555686.php> Accessed on: 29 Aug. 2020. See also PARVEN, Alam. Temple Destruction and the Great Mughals religious policy in North India: a case study of Banaras Region. *Analisa Journal of Social Science and Religion*, p. 1526-1707. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/3210/fdc936fa3a055c9005aa43de48448edef18a.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>45</sup> SCHLUESSEL, Eric Tanner. *The muslim emperor of China: everyday politics in colonial Xinjiang, 1877-1933*. 2016. Thesis (Doctor of Philosophy) – Harvard University, Cambridge, 2016. Available at: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33493602/SCHLUESSEL-DISSERTATION-2016.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>46</sup> SAUTMAN, B. *Tibet and the (Mis-) representation of cultural genocide*. Available at: [https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2F9780230601192\\_6.pdf](https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2F9780230601192_6.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020. See also SANDHAR, J. Cultural genocide in Tibet: the failure of article 8 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in protecting the cultural rights of Tibetans. *Santander Art and Culture Law Review*, v. 2, n. 1, 2015. Available at: [https://www.ejournals.eu/SAACLR/2015/2\(2015\)/art/6788/](https://www.ejournals.eu/SAACLR/2015/2(2015)/art/6788/) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>47</sup> RASHID, S. *et al.* Protection of cultural property in the light of international Humanitarian Law. *Journal of Critical Reviews*, v. 7, n. 6, 2020. Available at: <http://www.jcreview.com/full-text/197-1588576264.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>48</sup> POSNER, Eric A. The international protection of cultural property: some skeptical observations. *Chicago Journal of International Law*, n. 8, 2007. Available on <https://core.ac.uk/download/pdf/190354673.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>49</sup> UNESCO. *Protection of cultural property*. Available at: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/MilitaryManual-En.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>50</sup> KASTENBERG, Joshua E. The legal regime for protecting cultural property during armed conflict. *Air Force Law Review*, n. 42, 1997. Available at: [https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=law\\_facultyscholarship](https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=law_facultyscholarship) Accessed on: 29 Aug. 2020.

was destruction of all statue of Domitian<sup>51</sup>. Similar situation was witnessed in case of emperor Commodus who was king of Rome during 180-192 AD and after his assassination also the statue of him and his father were destroyed<sup>52</sup>.

After French revolution we have seen a paradoxical nature of Republican government and French citizenry as on one hand they want to destroy all monuments , religious places , buildings belonging to old regime and on other hand they want to preserve their rich cultural heritage for which they constructed many museums<sup>53</sup>. There is not an iota of doubt many culturally significant properties were destroyed because of half hearted attempts of republican government<sup>54</sup>.

## 4.2 Reasons behind Iconoclasm

There are various reasons for Iconoclasm and the most important is hatred against anyone based on religion, nation, caste, social group or political opinion. Hatred creates enmity in mind of political leaders, armies and citizenry to such an extent that they can do anything to overthrow it and also they don't want that any trace of it could be found in future which could remind them of such old regimes , people , and religion. Pro-Nazi Vichy Government of France destroyed the Clothilde Roch's statue of 16th century because of the reason that vichy authorities disliked the statue and this was done as part of celebration of freedom of consciences<sup>55</sup>.

One of the other main reason for Iconoclasm is to discourage any group of people belonging to any nationality , religion or part of social group to an extent that

they will like to lose their identity and will not like to disclose any who they are and what they believe in and what they practice<sup>56</sup>. Many a times Iconoclasm is done to discourage traditional and religious practices performed at religious and cultural sites<sup>57</sup>. Curbing growth of any religion and followers of it is one of the main reasons for Iconoclasm. One such example is of Soviet Union when they destroyed religious cultural property including Russian Orthodox Churches and Jewish Cemeteries with a motive to discourage followers of such religious instructions<sup>58</sup>.

Iconoclasm sometimes is done to remove the name of any religion or community from history. Mostly when one state is taken over by another or one regime changes to another the ruling regime try to destroy cultural and religious places so that subordination of people of such community whose religious and cultural property is destroyed become easy. Iconoclasm hurts their belief system and they start following all commands of the ruling regime with much resistance.

Iconoclasm also happens sometimes because one ruler is overthrown and the regime that has overthrown him wants to show to the world the end of the regime of the old ruler. For example Firdos Square Destructions of Saddam Hussein<sup>59</sup> statue can be seen as symbolic end of Bagdad war between Iraq and United States of America<sup>60</sup>. No doubt the main reason of Iconoclasm is always hatred and intention of deleting history about old regime, religion and communities<sup>61</sup>.

<sup>51</sup> RASHID, S. *et al.* Protection of cultural property in the light of international Humanitarian Law. *Journal of Critical Reviews*, v. 7, n. 6, 2020. Available at: <http://www.jcreview.com/full-text/197-1588576264.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>52</sup> MEZEY, Naomi. The paradoxes of cultural property. *Colum. L. Rev.*, n. 107, p. 2004-2046, 2007. Available at: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1902&context=facpub> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>53</sup> MCDONALD, David (ed.). *Culture under fire: Armed Non-State actors and Cultural Heritage in wartime*. 2018. Available at: [https://genevacall.org/wp-content/uploads/2017/10/Cultural\\_Heritage\\_Study\\_Final.pdf](https://genevacall.org/wp-content/uploads/2017/10/Cultural_Heritage_Study_Final.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>54</sup> MOUSTAKAS, J. Group rights in cultural property: justifying strict inalienability. *Cornell Law Review*, n. 74, 1989. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/216738239.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>55</sup> ICONOCLASTS Battle. Available at: <https://scannerfasr942.weebly.com/iconoclasts-battle-1.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>56</sup> SHERWIN, R. Law, metaphysics, and the new iconoclasm. *Law Text Culture*, n. 11, p. 70-105, 2007. Available at: <https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=lrc> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>57</sup> RICHARD, Lieutenant Colonel Theodore T. Nuclear weapons targeting: the evolution of law and U.S. Policy, *Military Law Review*, v. 224, n. 4, 2016. Available at: [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/Military\\_Law\\_Review/pdf-files/224-issue4-2016.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/224-issue4-2016.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>58</sup> WANGKEO, K. Monumental challenges: the lawfulness of destroying cultural heritage during peacetime. *The Yale Journal of International Law*, v. 28, p. 183-274, 2003. Available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1206&context=yjil> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>59</sup> DALE, Catherine. *Operation Iraqi freedom: strategies, approaches, results and issues of congress*. 2009. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL34387.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>60</sup> The Navy seal of USA pulled down the statue of Saddam Hussein from Firdos Square at Bagdad

<sup>61</sup> FREEDBERG, D. *Art and Iconoclasm, 1525-1580, the case of the Northern Netherlands*. Available at: <http://www.columbia.edu/cu/archistory/faculty/Freedberg/Art-and-Iconoclasm.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

## 5 Religious texts e the significance of cultural property

We can trace the ancient law of war in the old testament.<sup>62</sup>It has been mentioned in the war code of DEUTERONOMY that when you attack an enemy nation which is far off, put all the males of the enemy country to sword if they fight with you and if they surrender, make them slave. It also mentions that you can take women, little ones, cattles and any other valuable thing as a bounty of war. The war code expressly orders the army to kill and destroy the Hittites and the Amorites, the Canaanites and the Perizzites, the Hivites and the Jebusites because they should not teach you about their God .This war code reflects the early views of civilization towards destruction of the enemy center for religious beliefs. The common objective of such destruction of religious belief is that the conquered people will easily start following the conquering state and lose its identity<sup>63</sup>.

Many a times religious places are used for inciting violence and war including destruction of cultural and religious property of other religion but still these places cannot be targeted during war<sup>64</sup>. The problem here in regarding the protection of these cultural properties increases many fold when the conflict is non-international armed conflict or act of terrorists because in such cases, they are not governed by most of the international law for example the great Mosque of Al-Nuri and its iconic leaning minaret was destroyed by ISIS in northern Iraq<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> OLD Testament. Available at: [https://www.catholic.org/bible/old\\_testament.php](https://www.catholic.org/bible/old_testament.php) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>63</sup> KASTENBERG, Joshua E. The legal regime for protecting cultural property during armed conflict. *Air Force Law Review*, n. 42, 1997. Available at: [https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=law\\_facultyscholarship](https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=law_facultyscholarship) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>64</sup> LASSON, Kenneth. Incitement in the Mosques: testing the limits of free speech and religious liberty. *Whittier L. Rev.*, n. 27, 2005. Available at: [https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1384&context=all\\_fac](https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1384&context=all_fac) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>65</sup> ISAKHAN, Benjamin; ZARANDONA, Jose Antonio Gonzalez. *Destroying Mosul's Great Mosque: Islamic State's symbolic war to the end*. 2014. Available at: <https://theconversation.com/destroying-mosuls-great-mosque-islamic-states-symbolic-war-to-the-end-80002> Accessed on: 29 Aug. 2020.

## 6 Laws regulating protection of cultural property during war and peacetime

The legal system related to protection of cultural property is mostly a soft law mechanism in which the implementation body and implementation system is missing. There are many laws which show the importance of cultural property during peacetime and also during war. People's republic of China destroyed many places of cultural importance in Tibet <sup>66</sup>which clearly violates Article 8 of United Nation Declaration on the Rights of Indigenous People but as this law is soft law and have no body and system which can implement or punish perpetrator of such damage to cultural property<sup>67</sup>. The attack of China on Tibet's cultural property is also seen as cultural genocide by many jurists and states but still it continued for very long time<sup>68</sup>. The great Polish jurist and lawyer Rafael Lemkin in 1933 stated that destruction of cultural property is one of the eight dimensions of genocide , political , social, cultural, economic, biological, physical, religious, and moral and each of these target a different aspect of an ethic group. Rafael Lemkin also suggested that barbarism and vandalism should be added to the preexisting list of acts against law of nations. He stated that an act targeting cultural property can be seen as systematic and organized destruction of any particular community<sup>69</sup>.

Customary international law regime also protects cultural property and under Rule 38 Published by International Committee of Red Cross each high contracting party of the conflict should take special care during hostilities to avoid damage to cultural property unless

<sup>66</sup> COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES. *The question of Tibet and the rule of law*. 1959. Available at: <http://www.icj.org/wp-content/uploads/1959/01/Tibet-rule-of-law-report-1959-eng.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>67</sup> UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the rights of Indigenous Peoples*. Available at: [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\\_E\\_web.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>68</sup> SANDHAR, J. Cultural genocide in Tibet: the failure of article 8 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in protecting the cultural rights of Tibetans. *Santander Art and Culture Law Review*, v. 2, n. 1, 2015. Available at: [https://www.ejournals.eu/SAACLR/2015/2\(2015\)/art/6788/](https://www.ejournals.eu/SAACLR/2015/2(2015)/art/6788/) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>69</sup> LEMKIN, R. *Acts constituting a general (transnational) danger considered as offences against the law of nations*. 1933. Available at: <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm> Accessed on: 29 Aug. 2020.



they are used for military purpose and are legitimate military objective<sup>70</sup>.

The general order 100 also popularly known as Lieber code was instruction signed by Abraham Lincoln during American civil war and dictates how soldiers should conduct at all times during War<sup>71</sup>. The Lieber code under Article 35 and Article 36 is attempting to protect cultural property and lays down that cultural property including Classical works of art, libraries, scientific collections, or precious instruments, as well as hospital should never be a point of target and also should be returned to country to whom it belongs if stolen. Brussels declaration under its Article 17 reiterated the above principle mentioned under article 35 and 36 of Lieber code and also imposes a duty on country to whom such cultural property belongs to use emblems to create distinctiveness and also that said emblem to be communicated to enemy beforehand<sup>72</sup>.

The Oxford Manual of 1880 went a step ahead by having provisions penalizing offenders who destroy cultural property<sup>73</sup>. Liability to pay compensation has been imposed by The Hague Convention of 1907 upon the belligerent party responsible for violation. Oxford Manual 1880 under Article 34 provides provisions for protection of cultural property and forbids the willful destruction of such property except in case of military necessity<sup>74</sup>. Under Rule 40 theft, pillage or misappropriation or vandalism of cultural property is also prohibited<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Rule 38, ICRC on customary IHL*. Available at: [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule38](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule38) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>71</sup> AVALON PROJECT. *The Lieber Code*. 1863. Available at: [https://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/lieber.asp#sec2](https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#sec2) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>72</sup> U.S. COMMITTEE OF THE BLUE SHIELD. *Laws and Treaties protecting cultural property*: 1874 Brussels Declaration. Available at: <https://uscbs.org/1880-oxford-manual.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>73</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Rule 40, ICRC on customary IHL*. Available at: [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule40](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule40) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>74</sup> U.S. COMMITTEE OF THE BLUE SHIELD. *Laws and Treaties protecting cultural property*: 1874 Brussels Declaration. Available at: <https://uscbs.org/1880-oxford-manual.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>75</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Rule 40, ICRC on customary IHL*. Available at: [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule40](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule40) Accessed on: 29 Aug. 2020.

Hague Air Rules 1923 which is codified by USA, Japanese Imperial Foreign Office and some other European Nations under its Article 25 discusses the rules related to non-targeting of cultural property but Hague Air Rules 1923 were never adopted by any nation because they were very strict and were not acceptable to any nation<sup>76</sup>. These rules never come in force and remain insignificant in protecting cultural property. International pacts like Roerich Pact 1935<sup>77</sup> also have provision cultural property from being targeted by anyone during war or peace also an international duty to respect and protect cultural property was also laid down by under Inter-Allied Declaration 1943<sup>78</sup>.

The treaty of peace with Germany also known as the Treaty of Versailles under its Article 245 also forced Germany to return all stolen cultural property to France. Germany was asked to return all cultural property that they had stolen during the 1870-1871 war and also during the last war. Under Article 246 Germany was also asked to return within the timespan of six months the original Koran of Caliph Othman which was presented to German William II by Turkish authorities who removed the original koran from Medina. The treaty of Versailles was signed after defeat of Germany in world war I<sup>79</sup>.

Additional Protocol to Geneva Conventions 1949 and also Protocol I of 1977 for protection of Victims of International Armed Conflicts under its Article 53 states that cultural object and Places of worship should not be target of attack and also prohibits use of such cultural property as support system during war and also to make such cultural property the object of reprisal. Article 16 of additional protocol of Geneva convention 1949 also prohibits use of any cultural property for

<sup>76</sup> THE HAGUE Rules of Air Warfare. 1922. Available at: [https://www.lib.byu.edu/index.php/The\\_Hague\\_Rules\\_of\\_Air\\_Warfare](https://www.lib.byu.edu/index.php/The_Hague_Rules_of_Air_Warfare) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>77</sup> INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments, (April 15, 1935)*. Available at: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/325?OpenDocument> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>78</sup> ZHANG YUE. Customary International Law and the Rule against taking cultural property as spoils of war. *Chinese Journal of International Law*, v. 17, p. 943-989, 2018. Available at: <https://academic.oup.com/chinesejil/article-pdf/17/4/943/27275819/jmy030.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>79</sup> GERMANY. *Treaty of Peace with Germany (Treaty of Versailles)*. Available at: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/must000002-0043.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

support of military effort<sup>80</sup>. Hague Convention 1954 under its preamble also recites the importance of cultural property by saying that cultural property belongs to mankind and it's important for culture of the world also emphasizing on importance of preserving cultural property and states that this heritage shall receive international protection.

Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954 under Article 9 provides for immunity of cultural property from any kind of attack during war and creates an internally recognized emblem for protection of cultural property. The use of emblem is inductive that the marked property is cultural property and hence immune from any type of military attacks<sup>81</sup>. Article 11 of the Convention includes provision for withdrawal of immunity for such cultural property protected under Article 9 when such property is used for military purposes. Article 12 and Article 13 of convention provides provisions for protection of cultural property during transport but carrying distinctive emblem and notifying the opposing high contracting party<sup>82</sup>. Article 14 of the convention prohibits seizure of any cultural property as bounty of war<sup>83</sup> and Article 16 provides blue shield for protection of cultural property<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> HARVARD LAW SCHOOL. *Art in time of war: pillage, plunder, repression, reparations and restitution*. Available at: [http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art\\_law/war.htm#:~:text=places%20of%20worship-,Without%20prejudice%20to%20the%20provisions%20of%20the%20Hague%20Convention%20for,the%20cultural%20or%20spiritual%20heritage](http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/war.htm#:~:text=places%20of%20worship-,Without%20prejudice%20to%20the%20provisions%20of%20the%20Hague%20Convention%20for,the%20cultural%20or%20spiritual%20heritage) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>81</sup> UNESCO. *Convention for the protection of cultural property in the event of armed conflict with regulations for the execution of the convention 1954*. Available at: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13637&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>82</sup> BHAT, P. *Protection of cultural property under international humanitarian law: some emerging trends*. 2001. Available at <http://www.commonlii.org/in/journals/ISILYBIHRL/2001/4.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>83</sup> UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Fighting the Illicit Trafficking of cultural property*. 2018. Available at: [http://www.unesco.org/new/file-admin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/movable/pdf/Toolkit\\_01.pdf](http://www.unesco.org/new/file-admin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/movable/pdf/Toolkit_01.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>84</sup> KOCH, Corine. A blue shield for the protection of our endangered cultural heritage. *International Preservation Issues*, n. 4, 2003. Available at: <https://www.ifla.org/files/assets/pac/ipi/ipi4-e.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

## 7 Protection of cultural property: measures

There are many ways in which cultural property can be protected during international and non-international armed conflict and even during peacetime. Though war in the past had destroyed many cultural properties but if timely action could have been taken the loss to such cultural property could have been mitigated.

### 7.1 Transportation of Cultural Property

This is one of the most effective ways of protecting all movable cultural property like pictures, paintings, idols etc. It is not in doubt that this option will not be able to protect immovable structures. The transportation of cultural property away from conflict zones will protect cultural property from being subject to attack by high contracting parties. This method will keep cultural property away from the bombardment zone and air strike zone and can keep them safe. All vehicles carrying such cultural property are protected by distinctive emblems and hence not targets of military operations. Article 13 of Hague convention protects transportation of such cultural property<sup>85</sup>. It is an obligation on the high contracting parties to war to prevent exportation of cultural property from occupied state to other places and the occupying state should take custody of cultural property and should return the cultural property to the occupied state once the cessation of hostilities<sup>86</sup>.

### 7.2 Fostering the Spirit of Respect for Cultural Property

There is a need of attempt on part of states to undertake to disseminate awareness about importance of cultural property and also text of cultural property convention can be distributed among everyone so they are aware about laws related to cultural property<sup>87</sup>. Under

<sup>85</sup> BROSCHE, J. Heritage under attack: motives for targeting cultural property during armed conflict. *International Journal of Heritage Studies*, 2016. Available at: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1051738/FULLTEXT01.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>86</sup> RASHID, S. *et al.* Protection of cultural property in the light of international Humanitarian Law. *Journal of Critical Reviews*, v. 7, n. 6, 2020. Available at: <http://www.jcreview.com/full-text/197-1588576264.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>87</sup> KEANE, D. The failure to protect cultural property in wartime. *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, v. 14, n. 1, 2004.

article 25 Of Hague convention 1954 it is mentioned that convention should be made known to everyone especially armed forces and forces engaged in protection of cultural property. Wider publicity will improve protection status as popular conscience of people can extend a far reaching protection of cultural property<sup>88</sup>.

### 7.3 Special Protection and Enhanced Protection for cultural property

The cultural properties of importance all around the globe have been registered under the register of cultural property under special protection. All the cultural properties should be marked with distinctive emblem that is blue shield for cultural property (Article 10 Hague Convention on cultural property 1954)<sup>89</sup>. Cultural property should at any time shall never be use for military purposes like shortage of weapon or using premises of such cultural property to plan and direct attack or take part in hostilities<sup>90</sup>. International Committee for Protection of Cultural Property explain few conditions to have a enhanced protection regime for cultural property<sup>91</sup>. Three conditions to be fulfilled by cultural property to have a enhanced protection (1) It should be cultural heritage of importance for Mankind (2) It should be recognised and protected by legal and administrative measure at both national as well as international level (3) It is not used for any military purpose and parties to conflict undertakes not to use them for military purposes<sup>92</sup>.

Available at: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=jatip> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>88</sup> PATEL, K. *Culture wars: protection of cultural monuments in a human rights context*. Available at: [https://studentorgs.kentlaw.iit.edu/jicl/wp-content/uploads/sites/5/2014/01/Patel\\_Note.pdf](https://studentorgs.kentlaw.iit.edu/jicl/wp-content/uploads/sites/5/2014/01/Patel_Note.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>89</sup> PATEL, K. *Culture wars: protection of cultural monuments in a human rights context*. Available at: [https://studentorgs.kentlaw.iit.edu/jicl/wp-content/uploads/sites/5/2014/01/Patel\\_Note.pdf](https://studentorgs.kentlaw.iit.edu/jicl/wp-content/uploads/sites/5/2014/01/Patel_Note.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>90</sup> MCDONALD, David (ed.). *Culture under fire: Armed Non-State actors and Cultural Heritage in wartime*. 2018. Available at: [https://genevacall.org/wp-content/uploads/2017/10/Cultural\\_Heritage\\_Study\\_Final.pdf](https://genevacall.org/wp-content/uploads/2017/10/Cultural_Heritage_Study_Final.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>91</sup> KEEFE, R. The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention. *Netherlands International Law Review*, n. 46, p. 26-56, 1999. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/netherlands-international-law-review/article/meaning-of-cultural-property-under-the-1954-hague-convention/D86C46B8F8996D-4AB8C4A10D74B5E95D> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>92</sup> HOWE, Z. Can the 1954 Hague Convention apply to non-state actors? a study of Iraq and Libya. *Texas International Law Journal*, n. 47, p. 403-425, 2019. Available at: <https://www.aiamilitarypanel.org/wp-content/uploads/2019/01/Howe403.pdf> Accessed on: 29

## 8 Downplaying the factor of military necessity

Immunity has been provided by the Hague Convention 1954 from attack (Article 9) but this immunity is lifted if property is used for military purpose (Article 11)<sup>93</sup>. Military necessity is something which gives military advantage to one party involved in hostilities and also the act which are legal according to laws of war<sup>94</sup>. In practice it has been observed that military necessity is sometimes confused with military convenience<sup>95</sup>. Many parties to conflict do indiscriminate bombardment or attack, which cause a lot of damage to civilian and cultural property. High contracting parties find it easy to do an indiscriminate attack and therefore end up destroying many cultural property<sup>96</sup>. One of the most important principle of International Humanitarian law is principle of proportionality and according to this principle the force used should be directly proportional to the risk or harm estimated<sup>97</sup>. If the principle of proportionality of attack will be followed the damage to cultural property around the globe will decrease. Let's assume that three combatants are hiding at a cultural property and the other party to conflict have an option of attack through missiles and tank but if the high contracting party uses tanks and missiles the entire cultural property will suffer a loss but counter action that can be take in this case is sending you best five or ten soldiers to kill those combatant to force them to surrender<sup>98</sup>. The above hypothetical situation will pro-

Aug. 2020.

<sup>93</sup> TIM VAN LIT. *Cultural property, war crimes and Islamic State*. 2016. Available at: <http://iadaa.org/wp-content/uploads/2016/05/Cultural-Property-War-crimes-and-Islamic-State-2016.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>94</sup> LUIGI, Colonel Postiglione; ARMY, Italian. *The protection of Cultural Heritage during Armed Conflicts*. Available at: <https://publications.armywarcollege.edu/pubs/3482.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>95</sup> BERENDS, J. *Cultural Property Protection Makes sense*. Available at: <https://www.cimic-coe.org/resources/make-sense-series/cultural-property-protection-makes-sense.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>96</sup> ARIMATSU, Louise; CHOUDHURY, Mohbuba. Protecting cultural property in non-international armed conflicts: Syria and Iraq. *Int'l L. Stud.*, v. 91, 2015. Available at: <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1412&context=ils> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>97</sup> WARNER, M. The last poor plunder from a bleeding land: the failure of international law to protect Syrian Antiquities. *Brook J. Int'l L.*, v. 42, 2016. Available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1664&context=bjil> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>98</sup> KREDER, J.; DEGRAAF, K. Museums in the Crosshairs: Un-



tect cultural property from probable damage that could have caused due to tanks and missiles<sup>99</sup>.

## 9 International criminalisation of wrongs against cultural property

The very first step to criminalize the act of attack on cultural property was first started by the International Criminal Tribunal for Nuremberg. The International Criminal Tribunal at Nuremberg also punished crimes against humanity to those people who were involved in destruction of property of cultural importance. Julius Streicher was found guilty for his crimes and his role in destruction of the Nuremberg Synagogue in 1938 and also for extermination of Jews People<sup>100</sup>.

The second step for criminalizing act of attack on cultural property was first started by International Criminal Tribunal for Yugoslavia, the tribunal is no more functional and stopped all its function in year 2014<sup>101</sup> but still its past work is of great relevance for protection of cultural property. Under Article 3(d) of ICTY Statute it protects institutions dedicated for religion, charity and education, buildings, Arts and science, historic monuments and other cultural property<sup>102</sup>.

During Yugoslavian war in 1990 the combatants deliberately targeted various cultural properties and destroyed them including UNESCO world heritage listed sites. One of the most important cultural property was Fortified city of Dubrovnik which was targeted in year

1991 and this attack involved Miodrag Jokic a commander of the Yugoslav People's Army and his senior Pavle Strugar<sup>103</sup> who was found to have legal and effective control on the armed forces which was responsible for attack on Dubrovnik<sup>104</sup>. Miodrag Jokić was sentenced to seven years imprisonment by ICTY<sup>105</sup> and Pavle Strugar was sentenced for eight years imprisonment. In this many important factors like importance of cultural property, when an attack can be directed against cultural property, immunity of cultural property, willful conduct of preparators etc is discussed<sup>106</sup>.

The biggest breakthrough for protection of cultural property can be seen from Rome Statute 1998 which created a hard law with regard to cultural property. The Rome Statute under Article 8 defines war crime and extensive destruction of property which is not justified by military necessity and is carried against property unlawfully and wantonly is kind of war crime<sup>107</sup>. The Statute confers jurisdiction to ICC in this matter. Rome's statute also prohibits destroying and seizing enemies property except in case of military necessity. Article 77 of Rome statute talks about forfeiture of proceeds, property and assets derived from crime under this Statute.

International Criminal Court was established under Rome Statute 1998 in year 2002 to punish criminals for war crimes, crime against humanity and Genocide. The International Criminal Court works on principle of complementarity<sup>108</sup> and exercise jurisdiction in all such

intended Consequences of the War on terror. *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, n. 10, 2011. Available at: [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=law\\_globalstudies](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=law_globalstudies) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>99</sup> VRDOLJAK, A. *Cultural heritage in human rights and humanitarian law*. 2009. Available at: <http://heritage.sensecentar.org/assets/Uploads/sg-7-12-vrdoljak-heritage-en.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>100</sup> NUREMBERG trial judgements: Julius Streicher. Available at: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/nuremberg-trial-judgements-julius-streicher> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>101</sup> UNITED NATIONS. *Criminal tribunal for former Yugoslavia by year's end, residual mechanism will assume remaining workload, its president tells general assembly*. 2017. Available at: <https://www.un.org/press/en/2017/ga11963.doc.htm#:~:text=After%2024%20years%20the%20Tribunal,against%20impunity%2C%E2%80%9D%20he%20said>. Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>102</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Dubrovnik and Crimes against Cultural Heritage*. Available at: <https://www.icty.org/en/outreach/documentaries/dubrovnik-and-crimes-against-cultural-heritage> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>103</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Judgment in the case of Prosecutor v. Pavle Strugar*: Pavle Strugar sentenced to eight years imprisonment. Available at: <https://www.icty.org/en/press/judgement-case-prosecutor-v-pavle-strugar-pavle-strugar-sentenced-eight-years%E2%80%99-imprisonment> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>104</sup> VRDOLJAK, A. *The criminalisation of the intentional destruction of cultural heritage*. 2016. Available at: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/NGOS/A.P.Vrdoljak\\_text1.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/NGOS/A.P.Vrdoljak_text1.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>105</sup> UNITED NATIONS. *Prosecutor v. Miodrag Jokic, IT-01-42/1-S*. Available at: [https://www.icty.org/x/cases/miodrag\\_jokic/tjug/en/jok-sj040318e.pdf](https://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/tjug/en/jok-sj040318e.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>106</sup> VRDOLJAK, A. *The criminalisation of the intentional destruction of cultural heritage*. 2016. Available at: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/NGOS/A.P.Vrdoljak\\_text1.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/NGOS/A.P.Vrdoljak_text1.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>107</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. Available at: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>108</sup> INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *What is Complementarity?* National Courts, the ICC, and the Struggle against Impunity. Available at: <https://www.ictj.org/sites/default/files/subsites/complementarity-icc/> Accessed on: 29 Aug.

cases when a state which has ratified the Rome Statute is unwilling or unable to punish a criminal for war crime<sup>109</sup>, crime against humanity<sup>110</sup> and Genocide<sup>111</sup>. One such landmark decision of cultural property by ICC is in the case of Ahmad Al Faqi Al Mahdi who was a member of radical Islamic group and committed various acts of war crimes including destruction of cultural property during occupation of Timbuktu in 2012. He was charged for war for attacking 10 religious, historic buildings and monuments. All the property which was attacked by Al Mahdi were listed as world heritage sites and was under UNESCO protection<sup>112</sup>. AL Mahndi was punished for 9 years in imprisonment under concept of individual criminal responsibility by ICC and was sentenced on 27 September 2016 by Trial Chamber VIII for war crime of intentionally attacking and targeting cultural property in Timbuktu, Mali in June and July 2012<sup>113</sup>. International Criminal Court has shown the world that if someone destroys Cultural property he will be punished and create a precedent for other not to do what AL Mahdi has done in Timbuktu, Mali<sup>114</sup>. Punishing people for Individual Criminal Responsibility for war crimes will yield desirable results of deterrence and universal acceptance of norm of protection of cultural property and also universal condemnation of any attack against cultural property<sup>115</sup>.

2020.

<sup>109</sup> COLBY, Elbridge. War Crimes and their punishment. *Minnesota Law Review*, p. 40-46, 1924. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/217206027.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>110</sup> ROBERTS, Christopher. On the definition of crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations. *Journal of Law and Social Change*, 2017. Available at: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1202&context=jlasc> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>111</sup> CUPIDO, Marjolein. The contextual embedding of genocide: a casuistic analysis of the interplay between law and facts. *Melbourne Journal of International Law*, n. 15, 2014. Available at: [https://law.unimelb.edu.au/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0008/1586879/Cupido1.pdf](https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0008/1586879/Cupido1.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>112</sup> STERIO, M. Individual criminal responsibility for the destruction of religious and historic buildings: the al mahdi case. *Case W. Res. J. Int'l L.*, v. 49, n. 1, 2017. Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2500&context=jil> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>113</sup> Anissa Barrak, Ahmad Al Faqi Al Mahdi: 'I plead guilty' (October- December 2017), <https://en.unesco.org/courier/2017-october-december/ahmad-al-faqi-al-mahdi-i-plead-guilty>

<sup>114</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Ahmad Al Faqi Mahdi transferred to UK prison facility to serve sentence*. 2019. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1451> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>115</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Ahmad Al Faqi Mahdi transferred to UK prison facility to serve sentence*. 2019. Available at:

## 10 Conclusion

There is an element of emotional attachment in case of cultural property which is not so in case of other properties. The implications of destruction or spoiling of such property are serious in nature and impacts the social fiber. However the response of International Humanitarian Law has been good and the probable reasons for violation can be traced back to the non legal factors and not to the discrepancies of International Humanitarian Law. The international community has jointly shown concern pertaining to the protection of the cultural property and the concern has increased specifically after Gulf War and Yugoslavian conflicts, which has in turn resulted in enacting of statutes and protocols. It cannot be however denied that the efficacy of such laws is more upon the acceptance received from the global community.

The International Humanitarian Law pertains to the basic values of humanitarianism and that of multiculturalism when we talk about the development pertaining to protection of cultural property and we have observed a shift from territoriality to that of common cultural property. There have been strict measures in order to enhance safeguard levels and the policy of dealing with the hostilities against cultural property are more stringent and it is need of the hour that these developments are supported by solidarity from international community, awareness and education regarding preserving of the culture and of preserving civilization and the nations should implement the said policies in their domestic laws.

Right to cultural property is group rights and belongs to the whole mankind. No individual, state or government should destroy any cultural property whatsoever. Also the issue as to whether and under what circumstances the UN Security Council may take security measures under Article 39 is a controversial one.

Destruction of cultural property is also taken care of by national legislation and almost all countries have some sort of legislation to punish people and groups for destruction of cultural property. Wanton destruction of many cultural properties we have seen in recent past especially the Destruction of Buddha Statues by Taliban Forces and loss of such an important cultural

<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1451> Accessed on: 29 Aug. 2020.

property due to fundamentalism<sup>116</sup>. Many terrorist and rebel groups use cultural property as a means to bargain for recognition at international level and sometimes also attract the world towards them and their works. For Non-International armed conflict and terrorists attack damaging cultural property many municipal laws are there which prevent theft, misappropriation and attack on any cultural property and municipal system of different states are sufficient to check destruction of cultural property at national level. Protecting cultural property in International armed conflict becomes tricky because of involvement of two high contracting parties<sup>117</sup>. The states now may not invoke their sovereignty and domestic jurisdiction for justifying the acts of deliberate destruction of Cultural Property which have great importance for humanity.

The acts of destruction of cultural property and loss of vital heritage have been seen to occur as a consequence of Iconoclasm or effects of armed conflicts. Iconoclasm has been used as a military tactic to demoralize people of one particular religion or ethnicity. The practice or tactic of Iconoclasm is a very old concept and can be dated back to hundreds of years. There have been many instances as mentioned in this paper as to when this tactic was adopted.

International Criminal Court has worked on principle of complementarity<sup>118</sup> and it has time and again demonstrated that if anyone tries to destroy cultural property then punishment shall be inflicted and the International Criminal court plays a vital role in dealing with the instances of destruction of the cultural properties. Stringent punishments can be imposed by the International Criminal Courts to ensure that the deliberate acts of destruction of the cultural properties are stopped.

The protection of cultural property when seen at

the international level from the angle of Public International Law has acquired more of a human dimension in the 21<sup>st</sup> century. Public International Law has been changing constantly so as to take into its purview the emerging challenges that have sought to demonstrate human dimension for protection of cultural properties but at the same time taking into consideration the fact that state is the central factor for protecting the cultural property. However the power of the States is limited from the pressure of the international community and also common interests through international obligations and the jurisdiction of the states is further restricted by the act of individuals and groups.

Hence in order to ensure the protection of the cultural properties it is imminent that there is ratification of all the treaties which will further ensure that there is global acceptance to the fact that the cultural property needs to be preserved and protected and also recognition as to the fact that any act of destruction of these cultural properties is equivalent to attack on the identity of people. It will also lead to recognition that it is vital to have a sense of respect for the culture and cultural property of everyone and it will also apply to the states to ensure respect for their own cultural property and that of other states and groups. The ratification will also ensure the universal recognition and application for the emblems of the cultural property in armed conflict. The states should be able to take part in the international institutions so as to protect the cultural property and the cultural properties of great importance should be identified. There is also a need of a joint effort on part of all the states to come together to ensure protection of cultural properties and share the experience pertaining to the measures adopted for protection of cultural property. Training sessions are organized by most of the nations for their armed forces to provide training in International Humanitarian Law and it is crucial that this training should also include training pertaining to protection of cultural property and what all measures should be adopted in order to ensure the same and also the sites which shelter the cultural properties should not be in vicinity of the military objectives. The cultural rights defenders and human rights defenders who actively voice for protection of cultural rights also play a vital role and more recognition should be given to these people<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> FRANCIONI, Francesco; LENZERINI Federico. *The destruction of the Buddhas of Bamyan and international law*. Available at: <http://www.ejil.org/article.php?article=436&issue=27> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>117</sup> FRANCIONI, Francesco; LENZERINI Federico. *The destruction of the Buddhas of Bamyan and international law*. Available at: <http://www.ejil.org/article.php?article=436&issue=27> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>118</sup> INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *What is Complementarity?* National Courts, the ICC, and the Struggle against Impunity. Available at: <https://www.ictj.org/sites/default/files/subsites/complementarity-icc/> Accessed on: 29 Aug. 2020.

<sup>119</sup> BENNOUNE, K. *Report of Special Rapporteur in the field of cultural rights*. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN->



The protection of cultural properties does not only apply to the states but also the individuals who have rights and obligations towards the protection of property. It is also upon the individuals to ensure protection of the cultural property and hence an active role can be played by the individuals and the groups in order to protect the cultural heritage. A collective effort is required by the global community for coordination among states and also among individuals and various groups.

## References

- ARIMATSU, Louise; CHOUDHURY, Mohbuba. Protecting cultural property in non-international armed conflicts: Syria and Iraq. *Int'l L. Stud.*, v. 91, 2015. Available at: <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1412&context=ils> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- AVALON PROJECT. *The Lieber Code*. 1863. Available at: [https://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/lieber.asp#sec2](https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#sec2) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- BENNOUNE, K. *Report of Special Rapporteur in the field of cultural rights*. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/207/39/PDF/N2020739.pdf?OpenElement> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- BERENDS, J. *Cultural Property Protection Makes sense*. Available at: <https://www.cimic-coe.org/resources/make-sense-series/cultural-property-protection-makes-sense.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- BHAT, P. *Protection of cultural property under international humanitarian law: some emerging trends*. 2001. Available at <http://www.commonlii.org/in/journals/ISILYBIHRL/2001/4.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- BOOHER, Alice A. *The military advantage: the military. com guide to military and veterans benefits*. Available at: [https://www.bva.va.gov/docs/VLR\\_VOL2/Copy12--AliceBooher.pdf](https://www.bva.va.gov/docs/VLR_VOL2/Copy12--AliceBooher.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- BROSCHÉ, J. Heritage under attack: motives for targeting cultural property during armed conflict. *International Journal of Heritage Studies*, 2016. Available at: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1051738/DOC/GEN/N20/207/39/PDF/N2020739.pdf?OpenElement> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- FULLTEXT01.pdf Accessed on: 29 Aug. 2020.
- CENTER FOR THE ENVIRONMENTAL MANAGEMENT OF MILITARY LANDS. *Types of Cultural Property*. Available at: <https://www.cemml.colostate.edu/cultural/09476/chp04-02iraqenl.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- CHESTRY, Aniket Tathagat. Unravelling the myth exploring state and religion under aurangzeb. *Glob J Arch & Anthropol*, n. 6, 2018. Available at: <https://juniperpublishers.com/gjaa/GJAA.MS.ID.555686.php> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- COLBY, Elbridge. War Crimes and their punishment. *Minnesota Law Review*, p. 40-46, 1924. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/217206027.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES. *The question of Tibet and the rule of law*. 1959. Available at: <http://www.icj.org/wp-content/uploads/1959/01/Tibet-rule-of-law-report-1959-eng.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- CULTURAL Heritage. Available at: <https://www.peacepalacelibrary.nl/research-guides/special-topics/cultural-heritage/> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- CUNLIFFE, Emma *et al.* The destruction of cultural property in the Syrian Conflict: legal implications and obligations. *International Journal of Cultural Property*, n. 23, p. 1–31, 2016. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-cultural-property/article/destruction-of-cultural-property-in-the-syrian-conflict-legal-implications-and-obligations/5B81E9C84C7F9B24FA0C4F1E9FA50CAF/core-reader> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- CUPIDO, Marjolein. The contextual embedding of genocide: a casuistic analysis of the interplay between law and facts. *Melbourne Journal of International Law*, n. 15, 2014. Available at: [https://law.unimelb.edu.au/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0008/1586879/Cupido1.pdf](https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0008/1586879/Cupido1.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- DALE, Catherine. *Operation Iraqi freedom: strategies, approaches, results and issues of congress*. 2009. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/natsec/RL34387.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

- ELSNER, Jas. Iconoclasm as discourse: from antiquity to Byzantium. *The Art Bulletin*, n. 94, p. 368-394, 2012. Available at: <https://www.jstor.org/stable/23268277> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- FLIPPO, R. *Attacks against cultural property as a weapon of war: an exploratory case study*. Available at: [https://www.ibe.org/ibe\\_studentpaper34\\_105354.pdf](https://www.ibe.org/ibe_studentpaper34_105354.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- FORSYTH, Marion. Casualties of war: the destruction of Iraq's cultural heritage as a result of U.S. action during and after the 1991 Gulf War. *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, v. 14, 2004. Available at: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1202&context=jatip> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- FRANCIONI, Francesco; LENZERINI Federico. *The destruction of the Buddhas of Bamiyan and international law*. Available at: <http://www.ejil.org/article.php?article=436&issue=27> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- FREEDBERG, D. *Art and Iconoclasm, 1525-1580, the case of the Northern Netherlands*. Available at: <http://www.columbia.edu/cu/arhistory/faculty/Freedberg/Art-and-Iconoclasm.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- GENERAL COUNSEL OF THE DEPARTMENT OF DEFENSE. *Department of Defense Law of War Manual*. 2015. Available at: <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- GERMANY. *Treaty of Peace with Germany (Treaty of Versailles)*. Available at: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- GERSTENBLITH, Patty. The destruction of cultural heritage: a crime against property or a crime against people? *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.*, n. 15, 2016. Available at: <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1382&context=ripl> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- HARVARD LAW SCHOOL. *Art in time of war: pillage, plunder, repression, reparations and restitution*. Available at: [http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art\\_law/war.htm#:~:text=places%20of%20worship,Without%20prejudice%20to%20the%20provisions%20of%20the%20Hague%20Convention%20for,the%20cultural%20or%20spiritual%20heritage](http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/war.htm#:~:text=places%20of%20worship,Without%20prejudice%20to%20the%20provisions%20of%20the%20Hague%20Convention%20for,the%20cultural%20or%20spiritual%20heritage) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- HAYASHI, Nobuo. Requirements of military necessity in international humanitarian law and international criminal law. *Boston University International Law Journal*, n. 28, p. 41-139, 2010. Available at: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/documents/39-140.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*. New York: Cambridge University Press, 2005. Available at: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- HERODOTUS. *Herodotus: on the customs of the persians*. 2012. Available at: <https://www.ancient.eu/article/149/herodotus-on-the-customs-of-the-persians/> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- HOWE, Z. Can the 1954 Hague Convention apply to non-state actors? a study of Iraq and Libya. *Texas International Law Journal*, n. 47, p. 403-425, 2019. Available at: <https://www.aiamilitarypanel.org/wp-content/uploads/2019/01/Howe403.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- ICCROM. *Protecting cultural heritage in times of conflict*. Available at: [https://www.iccrom.org/sites/default/files/ICCROM\\_18\\_ProtectingHeritageConflict\\_en.pdf](https://www.iccrom.org/sites/default/files/ICCROM_18_ProtectingHeritageConflict_en.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- ICONOCLASTS Battle. Available at: <https://scanner-fasr942.weebly.com/iconoclasts-battle-1.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. *What is Complementarity?* National Courts, the ICC, and the Struggle against Impunity. Available at: <https://www.ictj.org/sites/default/files/subsites/complementarity-icc/> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Rule 38, ICRC on customary IHL*. Available at: [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule38](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule38) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Rule 40, ICRC on customary IHL*. Available at: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/>

docs/v2\_rul\_rule40 Accessed on: 29 Aug. 2020.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments, (April 15, 1935)*. Available at: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/325?OpenDocument> Accessed on: 29 Aug. 2020.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Ahmad Al Faqi Mahdi transferred to UK prison facility to serve sentence*. 2019. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1451> Accessed on: 29 Aug. 2020.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. Available at: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Dubrovnik and Crimes against Cultural Heritage*. Available at: <https://www.icty.org/en/outreach/documentaries/dubrovnik-and-crimes-against-cultural-heritage> Accessed on: 29 Aug. 2020.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Judgment in the case of Prosecutor v. Pavle Strugar*. Pavle Strugar sentenced to eight years imprisonment. Available at: <https://www.icty.org/en/press/judgement-case-prosecutor-v-pavle-strugar-pavle-strugar-sentenced-eight-years%E2%80%99-imprisonment> Accessed on: 29 Aug. 2020.

ISAKHAN, Benjamin; ZARANDONA, Jose Antonio Gonzalez. *Destroying Mosul's Great Mosque: Islamic State's symbolic war to the end*. 2014. Available at: <https://the-conversation.com/destroying-mosuls-great-mosque-islamic-states-symbolic-war-to-the-end-80002> Accessed on: 29 Aug. 2020.

KASTENBERG, Joshua E. The legal regime for protecting cultural property during armed conflict. *Air Force Law Review*, n. 42, 1997. Available at: [https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=law\\_facultyscholarship](https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1423&context=law_facultyscholarship) Accessed on: 29 Aug. 2020.

KEANE, D. The failure to protect cultural property in wartime. *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, v. 14, n. 1, 2004. Available at: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=jatip> Accessed on: 29 Aug. 2020.

KEEFE, R. The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention. *Netherlands International Law Review*, n. 46, p. 26-56, 1999. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/netherlands-international-law-review/article/meaning-of-cultural-property-under-the-1954-hague-convention/D86C46B8F8996D4AB8C4A10D74B5E95D> Accessed on: 29 Aug. 2020.

KOCH, Corine. A blue shield for the protection of our endangered cultural heritage. *International Preservation Issues*, n. 4, 2003. Available at: <https://www.ifla.org/files/assets/pac/ipi/ipi4-e.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

KOSSIAKOFF, Megan. The art of war: the protection of cultural property during the "Siege" of Sarajevo(1992-95). *DePaul Journal of Art, Technology and Intellectual Property Law*, v. 14, 2004. Available at: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1203&context=jatip> Accessed on: 29 Aug. 2020.

KREDER, J.; DEGRAAF, K. Museums in the Crosshairs: Unintended Consequences of the War on terror. *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, n. 10, 2011. Available at: [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=law\\_globalstudies](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=law_globalstudies) Accessed on: 29 Aug. 2020.

LASSON, Kenneth. Incitement in the Mosques: testing the limits of free speech and religious liberty. *Whittier L. Rev.*, n. 27, 2005. Available at: [https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1384&context=all\\_fac](https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1384&context=all_fac) Accessed on: 29 Aug. 2020.

LEMKIN, R. *Acts constituting a general (transnational) danger considered as offences against the law of nations*. 1993. Available at: <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm> Accessed on: 29 Aug. 2020.

LUIGI, Colonel Postiglione; ARMY, Italian. *The protection of Cultural Heritage during Armed Conflicts*. Available at: <https://publications.armywarcollege.edu/pubs/3482.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

MACAULEY-LEWIS, Elizabeth. *The history of art and architecture in the islamic world*. Available at: <https://brewminate.com/the-history-of-art-and-architecture-in-the-islamic-world/> Accessed on: 29 Aug. 2020.

MALI, accountability for the destruction of cultural heritage. Available at: <https://casebook.icrc.org/case->



- study/mali-accountability-destruction-cultural-heritage Accessed on: 29 Aug. 2020.
- MARKING of cultural property with emblems of the 1954 Hague Convention. Available at: <https://www.cemml.colostate.edu/cultural/09476/chp04-10egyptenl.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- MCDONALD, David (ed.). *Culture under fire: Armed Non-State actors and Cultural Heritage in wartime*. 2018. Available at: [https://genevacall.org/wp-content/uploads/2017/10/Cultural\\_Heritage\\_Study\\_Final.pdf](https://genevacall.org/wp-content/uploads/2017/10/Cultural_Heritage_Study_Final.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- MEZEY, Naomi. The paradoxes of cultural property. *Colum. L. Rev.*, n. 107, p. 2004-2046, 2007. Available at: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1902&context=facpub> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- MILLIGAN, A. *Targeting cultural property: the role of international law*. Available at: <https://jpia.princeton.edu/sites/jpia/files/2008-5.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- MORGAN, L. *The Buddhas of Bamiyan*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012. Available at: [www.jstor.org/stable/j.ctt2jbt4h](http://www.jstor.org/stable/j.ctt2jbt4h), Accessed on: 29 Aug. 2020.
- MOSE, Gregory M. The destruction of churches and mosques in Bosnia- Herzegovina: seeking a rights-based approach to the protection of religious cultural property. *Buffalo Journal of International Law*, n. 3, 1996. Available at: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=bjil> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- MOUSTAKAS, J. Group rights in cultural property: justifying strict inalienability. *Cornell Law Review*, n. 74, 1989. Available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/216738239.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- MYEROWITZ, Elissa S. Protecting cultural property during a time of war: why Russia should return nazi-looted art. *Fordham International Law Journal*, n. 20, 1996. Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1808&context=ilj> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- NUREMBERG trial judgements: Julius Streicher. Available at: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/nuremberg-trial-judgements-julius-streicher> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- Aug. 2020.
- OLD Testament. Available at: [https://www.catholic.org/bible/old\\_testament.php](https://www.catholic.org/bible/old_testament.php) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. *Ahmad Al Faqi Al Mahdi at the ICC*. 2016. Available at: <https://www.justiceinitiative.org/publications/ahmad-al-faqi-al-mahdi-icc> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- PARVEN, Alam. Temple Destruction and the Great Mughals religious policy in North India: a case study of Banaras Region. *Analisa Journal of Social Science and Religion*, p. 1526-1707. Available at: <https://pdfs.semanticscholar.org/3210/fdc936fa3a055c9005aa43de48448edef18a.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- PATEL, K. *Culture wars: protection of cultural monuments in a human rights context*. Available at: [https://studentorgs.kentlaw.iit.edu/jicl/wp-content/uploads/sites/5/2014/01/Patel\\_Note.pdf](https://studentorgs.kentlaw.iit.edu/jicl/wp-content/uploads/sites/5/2014/01/Patel_Note.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- PAVLOVIC, Srda. *The siege of Dubrovnik and the consequences of the 'War for peace'*. 2009. Available at: <https://pescanik.net/the-siege-of-dubrovnik-and-the-consequences-of-the-war-for-peace/> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- PETROVIC, Drazen. *Ethnic cleansing: an attempt at methodology*. 1994. Available at: <http://www.ejil.org/pdfs/5/1/1247.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- POSNER, Eric A. The international protection of cultural property: some skeptical observations. *Chicago Journal of International Law*, n. 8, 2007. Available on <https://core.ac.uk/download/pdf/190354673.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- RASHID, S. *et al.* Protection of cultural property in the light of international Humanitarian Law. *Journal of Critical Reviews*, v. 7, n. 6, 2020. Available at: <http://www.jcreview.com/fulltext/197-1588576264.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- RICHARD, Lieutenant Colonel Theodore T. Nuclear weapons targeting: the evolution of law and U.S. Policy, *Military Law Review*, v. 224, n. 4, 2016. Available at: [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/Military\\_Law\\_Review/pdf-files/224-issue4-2016.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/224-issue4-2016.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- ROBERTS, Christopher. On the definition of crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations. *Journal of Law and Social Change*,

2017. Available at: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1202&context=jlasc> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- SAAVEDRA, Beatriz Wrtinez. *Shaping the 'Community': Hindu Nationalist Imagination in Gujarat, 1880-1950*. Available at: [http://wrap.warwick.ac.uk/57285/7/WRAP\\_THESIS\\_Martinez-Saavedra\\_2013.pdf](http://wrap.warwick.ac.uk/57285/7/WRAP_THESIS_Martinez-Saavedra_2013.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- SANDHAR, J. Cultural genocide in Tibet: the failure of article 8 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in protecting the cultural rights of Tibetans. *Santander Art and Culture Law Review*, v. 2, n. 1, 2015. Available at: [https://www.ejournals.eu/SAACLR/2015/2\(2015\)/art/6788/](https://www.ejournals.eu/SAACLR/2015/2(2015)/art/6788/) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- SAUTMAN, B. *Tibet and the (Mis-) representation of cultural genocide*. Available at: [https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2F9780230601192\\_6.pdf](https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2F9780230601192_6.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- SCHLUESSEL, Eric Tanner. *The muslim emperor of China: everyday politics in colonial Xinjiang, 1877-1933*. 2016. Thesis (Doctor of Philosophy) – Harvard University, Cambridge, 2016. Available at: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/33493602/SCHLUESSEL-DISSERTATION-2016.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- SHERWIN, R. Law, metaphysics, and the new iconoclasm. *Law Text Culture*, n. 11, p. 70-105, 2007. Available at: <https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=ltc> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- STERIO, M. Individual criminal responsibility for the destruction of religious and historic buildings: the al mahdi case. *Case W. Res. J. Int'l L.*, v. 49, n. 1, 2017. Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2500&context=jil> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- STEWART, D. *Why did God order the destruction of the Canaanites?* Available at: [https://www.blueletterbible.org/faq/don\\_stewart/don\\_stewart\\_1382.cfm](https://www.blueletterbible.org/faq/don_stewart/don_stewart_1382.cfm) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- THE HAGUE Rules of Air Warfare. 1922. Available at: [https://wwi.lib.byu.edu/index.php/The\\_Hague\\_Rules\\_of\\_Air\\_Warfare](https://wwi.lib.byu.edu/index.php/The_Hague_Rules_of_Air_Warfare) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- THURLOW, Matthew D. Protecting cultural property in Iraq: how american military policy comports with international law. *Yale Hum. RTS & DEV. L. J.*, n. 8, 2005. Available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=yhrdlj> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- TIM VAN LIT. *Cultural property, war crimes and Islamic State*. 2016. Available at: <http://iadaa.org/wp-content/uploads/2016/05/Cultural-Property-War-crimes-and-Islamic-State-2016.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- U.S. COMMITTEE OF THE BLUE SHIELD. *Laws and Treaties protecting cultural property: 1874 Brussels Declaration*. Available at: <https://uscbs.org/1880-oxford-manual.html> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- UNESCO. *Convention for the protection of cultural property in the event of armed conflict with regulations for the execution of the convention 1954*. Available at: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13637&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- UNESCO. *Protection of cultural property*. Available at: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/MilitaryManuel-En.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.
- UNESCO. *The fight against the illicit trafficking of cultural objects the 1970 convention: past and future*. Available at: [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/2013\\_INFOKIT\\_1970\\_EN.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/2013_INFOKIT_1970_EN.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Fighting the Illicit Trafficking of cultural property*. 2018. Available at: [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/movable/pdf/Toolkit\\_01.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/movable/pdf/Toolkit_01.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.
- UNITED NATIONS. *Criminal tribunal for former Yugoslavia by year's end, residual mechanism will assume remaining workload, its president tells general assembly*. 2017. Available at: <https://www.un.org/press/en/2017/ga11963.doc.htm#:~:text=After%2024%20years%20the%20Tribunal,against%20impunity%2C%E2%80%9D%20he%20said>. Accessed on: 29 Aug. 2020.

UNITED NATIONS. *Prosecutor v. Miodrag Jokic, IT-01-42/1-S*. Available at: [https://www.icty.org/x/cases/miodrag\\_jokic/tjug/en/jok-sj040318e.pdf](https://www.icty.org/x/cases/miodrag_jokic/tjug/en/jok-sj040318e.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the rights of Indigenous Peoples*. Available at: [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\\_E\\_web.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

VRDOLJAK, A. *Cultural heritage in human rights and humanitarian law*. 2009. Available at: <http://heritage.sensecentar.org/assets/Uploads/sg-7-12-vrdoljak-heritage-en.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.

VRDOLJAK, A. *The criminalisation of the intentional destruction of cultural heritage*. 2016. Available at: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/NGOS/A.P.Vrdoljak\\_text1.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/NGOS/A.P.Vrdoljak_text1.pdf) Accessed on: 29 Aug. 2020.

WANGKEO, K. Monumental challenges: the lawfulness of destroying cultural heritage during peacetime. *The Yale Journal of International Law*, v. 28, p. 183-274, 2003. Available at: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1206&context=yjil> Accessed on: 29 Aug. 2020.

WARNER, M. The last poor plunder from a bleeding land: the failure of international law to protect Syrian Antiquities. *Brook J. Int'l L.*, v. 42, 2016. Available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1664&context=bjil> Accessed on: 29 Aug. 2020.

WEGNER, Emma. "Hagia Sophia, 532–37." 2004. Available at: [http://www.metmuseum.org/toah/hd/haso/hd\\_haso.htm](http://www.metmuseum.org/toah/hd/haso/hd_haso.htm) Accessed on: 29 Aug. 2020.

ZHANG YUE. Customary International Law and the Rule against taking cultural property as spoils of war. *Chinese Journal of International Law*, v. 17, p. 943-989, 2018. Available at: <https://academic.oup.com/chinesejil/article-pdf/17/4/943/27275819/jmy030.pdf> Accessed on: 29 Aug. 2020.



**DIREITO DO MAR/MARÍTIMO E ARTE**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The underwater cultural heritage regime: some problems and possible solutions**

**Patrimônio Cultural Subaquático - Problemas e Soluções**

Elina Moustaira

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# The underwater cultural heritage regime: some problems and possible solutions\*

## Patrimônio Cultural Subaquático - Problemas e Soluções

Elina Moustaira\*\*

### Abstract

The development of modern survey, navigation, diving and remotely operated vehicle technologies contributed to the development of maritime archaeology and exploration and protection of shipwrecks by the official domestic authorities, but also to accessibility of the underwater world by private persons and enterprises. The regime of the 1982 UNCLOS III has been proved absolutely counterproductive for the protection of the underwater cultural objects. The 2001 UNESCO Convention is an improvement, being though a compromise – as is every international instrument. It states that “the protection of underwater cultural heritage through *in situ* preservation shall be considered as the first option”. Its opponents, though, argue that it does not give the speedy response that would be needed in order to repress “the international industry of treasure hunters”. Various countries have enacted laws on the protection of underwater cultural heritage. Obviously, differences in legal systems are reflected in said national laws. Undoubtedly, problems are much more difficult to resolve in areas that are disputed between the various littoral States. Famous cases show that agreements between the States can play a crucial role to the resolving of complicated situations. In any case, protection of the underwater cultural heritage should always be the target.

**Keywords:** Shipwrecks. Cultural heritage. Underwater archaeology. *In situ* preservation. Coastal State jurisdiction. Flag State jurisdiction. 2001 UNESCO Convention.

### Resumo

O desenvolvimento de tecnologias modernas de pesquisa, navegação, mergulho e veículos operados remotamente contribuíram para o desenvolvimento da arqueologia marítima e a exploração e proteção de naufrágios pelas autoridades oficiais dos países, mas também para a acessibilidade do mundo subaquático por particulares e empresas. O regime da UNCLOS III de 1982 provou-se absolutamente contraproducente para a proteção dos objetos culturais subaquáticos. A Convenção da UNESCO de 2001 é uma melhoria, embora seja um compromisso - como todo instrumento internacional. Afirma que “a proteção do patrimônio cultural subaquático por meio da preservação *in situ* deve ser considerada como a primeira opção”. Seus oponentes, porém, argumentam que ela não dá a resposta rápida que

\* Recebido em 13/08/2020  
Aprovado em 07/03/2021

\*\* Member of the Deanship of the Faculty of Law, Director of the “LL.M in International Private Law, Law of International Business Transactions & Comparative Legal Studies”, Deputy Director of the “LL.M in International and European Legal Studies” (studies in English), of the Supreme Specific Court (2020-2021), Member of various Foreign and Hellenic law associations, Delegate of Greece at various Governmental Experts’ and Diplomatic Conferences. Papers at Law Congresses, in Greece and abroad. Author of: 10 books and of more than 100 articles, chapters in collective books, commentaries on courts’ decisions, book reviews. Languages: English, French, Spanish, German, Italian, Portuguese, Greek (mother tongue).

E-mail: emoustai@law.uoa.gr



seria necessária para colocar obstáculos à “indústria internacional de caçadores de tesouros”. Vários países promulgaram leis sobre a proteção do patrimônio cultural subaquático. Obviamente, as diferenças de mentalidades jurídicas refletem-se nessas legislações nacionais. Sem dúvida, os problemas são muito mais difíceis de resolver, em áreas disputadas entre os vários Estados do litoral. Casos famosos mostram que os acordos entre os Estados podem desempenhar um papel crucial na resolução de situações complicadas. Em qualquer caso, a proteção do patrimônio cultural subaquático deve ser sempre o objetivo.

**Palavras-chave:** Naufrágios, patrimônio cultural, arqueologia subaquática, preservação in situ, jurisdição do estado costeiro, jurisdição do Estado de bandeira, Convenção da UNESCO de 2001.

## 1 Introductory remarks

It is estimated that there are almost 3 million non-discovered shipwrecks in the oceans and that about 300.000 ships were sunk each century.<sup>1</sup>

When divers first started searching about them, the target was the discovery of lost cargos from known shipwrecks, in order to reintroduce them in the commerce – especially in Northern Europe, where the diving technology was used uniquely for this purpose and where the law of salvage was used. There was no interest there, about the historical and archaeological value of the shipwrecks.

On the contrary, in the Mediterranean Sea, the diving technology was used both for the recovery of shipwrecks cargos and for the gathering of useful underwater resources, such as sponges. Thus, since 1800, Greek sponge divers and fishermen, searching for sponges, started finding precious archaeological items too - for example the Adolescent of Antikythera.

It was only natural that Mediterranean countries were the first to enact and apply rules for the recovery of underwater cultural objects, analogous to those that were applied to the cultural objects that were found in

the earth<sup>2</sup>. It was the beginning of the creation of a legal regime that was based on estimations different from those made on the economic value of the historical archaeological finds.<sup>3</sup>

As time went by, more and more countries were faced with the dangers of losing their underwater cultural property, and, therefore, with the need to protect and preserve it. The development of modern survey, navigation, diving and remotely operated vehicle technologies contributed to the development of the maritime archaeology and the exploration and protection of shipwrecks by the official authorities of the countries but also to the accessibility of the underwater world by private persons and enterprises<sup>4</sup>. The latter, professional treasure hunters and recreational scuba divers, often destroyed the cultural sites, trying to extract objects for their own or others' collections. Measures had to be taken.<sup>5</sup>

## 2 General Issues

Some countries had laws protecting their cultural heritage – some (a minority) even had specific legislation on underwater cultural heritage<sup>6</sup>. Common law coun-

<sup>2</sup> MAARLEVELD, T. J. Ethics, underwater cultural heritage, and international law. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 917-924, distinguishes between four different traditions of maritime archaeology and management of underwater sites: the Mediterranean or “classical” tradition, the northern European or “prehistoric” tradition, the “cultural resource management” tradition, and the tradition of maritime exploration that was followed in major projects, “such as those relating to the wrecks of *Vasa*, *Mary Rose*, *H. L. Hunley*, or *La Belle*”.

<sup>3</sup> COHN, A. B.; DENNIS, J. M. Maritime archaeology, the dive community, and heritage tourism. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1055.

<sup>4</sup> See LESHIKAR-DENTON, M. Caribbean maritime archaeology. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 629-630: “While appreciation of this finite cultural heritage exists, a dominant problem, especially for shipwrecks, is the perceived commercial value of real and imagined treasure cargoes”.

<sup>5</sup> COHN, A. B.; DENNIS, J. M. Maritime archaeology, the dive community, and heritage tourism. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1055.

<sup>6</sup> Most of the national laws on the protection of underwater cultural heritage were enacted during the last decades, “driven by the preservation communities”, see RUNYAN, T. Management of maritime cultural resources: an American perspective. In: CATSAMBIS,

<sup>1</sup> CHENG, A. C. All in the same boat? Indigenous property rights in underwater cultural heritage. *Houston Journal of International Law*, v. 32, p. 695, 2010.

tries were applying – some still do – maritime law (admiralty law) to underwater cultural heritage, that is, the law of salvage and the law of derelict (Australia, United Kingdom) or finds (USA). A primary goal of underwater cultural heritage protection is the *in situ* protection of the relevant items. The laws of salvage and derelict (finds) do not deal with advancing that protection.<sup>7</sup>

As it is quoted in U.S. courts' judgments, under the law of finds,

persons who actually reduce lost or abandoned objects to possession and persons who are actively and ably engaged in efforts to do so are legally protected against interference from others, whereas persons who simply discover or locate such property, but do not undertake to reduce it to possession, are not.<sup>8</sup>

The law of finds “is applied to previously owned sunken property only when that property has been abandoned by its previous owners.”<sup>9</sup> The law of salvage

specifies the circumstances under which a party may be said to have acquired, not title, but the right to take possession of property (e.g. vessels, equipment, and cargo) for the purpose of saving it from destruction, damage, or loss, and to retain it until proper compensation has been paid.<sup>10</sup>

Big, conflicting, interests are often at stake. However, preservation of the underwater cultural heritage is more important than “treasure hunting even under the auspices of traditional maritime salvage law”<sup>11</sup>.

### 3 1982 Third United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS III)

This Convention imposes on salvors of shipwrecks in international waters the duty to protect the historical nature of the shipwrecks (art. 303 par. 1).<sup>12</sup>

It seems that the regime of UNCLOS III has been proved absolutely counterproductive for the protection of the underwater cultural objects.

According to article 149 of the Convention,

All objects of an archaeological and historical nature found in the Area shall be preserved or disposed of for the benefit of mankind as a whole, particular regard being paid to the preferential rights of the State or country of origin, or the State of cultural origin, or the State of historical and archaeological origin.

The article does not clear out, though, the relationship between the various preferential rights nor does it say who would be the adjudicator of those.

Article 303 of the Convention establishes that the States have a duty to protect the objects of an archaeological and historical nature found at sea and shall cooperate for this purpose (par. 1), and expands the jurisdiction of the coastal State to these objects found in the territorial sea and the contiguous zone (par. 2). The fact that there is no regulation about the underwater cultural objects found in the continental shelf is problematic, especially given the fact that researches (by divers) show that this area is very rich in such objects.<sup>13</sup>

In paragraph 3, the Convention states that “[n]othing in this article affects the rights of identifiable owners, the law of salvage or other rules of admiralty, or laws and practices with respect to cultural exchanges”. This regulation is particularly disconcerting, since it gives the lead to the law of salvage and to the other rules of maritime/admiralty law, before any other rule, the obligation of protection and cooperation of paragraph 1, included. As it is pointed out, this is a clear invitation to looting of the underwater cultural treasure.<sup>14</sup>

A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 942-945.

<sup>7</sup> DWYER, G. J. Ship shape or all at sea? A preliminary assessment of Australia's recent legislative reforms concerning underwater cultural heritage. *Australia & New Zealand Maritime Law Journal*, v. 32, p. 71-75, 2018.

<sup>8</sup> *Treasure Salvors, Inc. v. Unidentified Wrecked and Abandoned Sailing Vessel*, 640 F.2d 560, 572-73 (5<sup>th</sup> Cir. 1981).

<sup>9</sup> *Columbus-America Discovery Group v. Atlantic Mut. Ins. Co.*, 974 F.2d 450, 461 (4<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>10</sup> *Columbus-America Discovery Group v. Atlantic Mut. Ins. Co.*, 974 F.2d 450, 460 (4<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>11</sup> BARBASH-RILEY, L. Using a community-based strategy to address the impacts of globalization on underwater cultural heritage management in the Dominican Republic. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 22, p. 203, 2015.

<sup>12</sup> HALLWOOD, P.; MICELI, T. J. Murky waters: the law and economics of salvaging historic shipwrecks. *Journal of Legal Studies*, v. 35, p. 285-286, 2006.

<sup>13</sup> MOUSTAIRA, E. N. Underwater cultural objects and private international law. [in Greek]. *Elliniki Dikaioyni*, v. 36, p. 1024-1037, 1995.

<sup>14</sup> SCOVAZZI, T. Dal Melquart di Sciacca all'atleta di Lisippo. *Riv-*

The real problem of UNCLOS III is the absence of a clear definition of the jurisdictional limits of each State, and the evident preference shown to the rules of the common law countries, especially of the USA.

The U.S. Court of Appeals for the 4<sup>th</sup> Circuit, in its judgment of March 24, 1999, concerning the shipwreck of the Titanic<sup>15</sup>, declared that the law of salvage and finds is a “venerable law of the sea”, that is supposedly applicable to all the seas of the world. The court also stated that said law was based on a custom that had its origin in the ancient Rhodes (900 B.C.), Rome (Justinian Corpus Juris Civilis, 533 A.D.), the Italian city Trani (1063), England (law of Oleron, 1189), Hanseatic Union (1597) and France (1681).

As it is poignantly stated, it seems that some U.S. judges are “much better than normal people”, being able to understand all languages in which this “venerable law of the sea is written” and interpret those rules. But in reality, it is argued, these arrogant and somewhat theological expressions are euphemisms of doubtful worth, that cover approaches that favor the trade of the underwater cultural objects, being indifferent to concepts like those of the non-commercial value of those objects or their use for the common benefit<sup>16</sup>.

#### 4 2001 UNESCO Convention for the Protection of the Underwater Cultural Heritage

The 2001 UNESCO Convention is a product of compromise, as is every multilateral Convention<sup>17</sup>. In the framework of the law of the sea, it can be said that the 1982 Convention is a *lex generalis*, while the 2001 Convention is a *lex specialis* for the underwater cultural

heritage and its protection.<sup>18</sup>

The final text of the Convention was the result of 4 years of official negotiations at UNESCO, based on proposals and a draft Convention prepared by the International Law Association in 1994.<sup>19</sup> The Convention was adopted on November 2, 2001, without consensus. 87 States voted in favor, 4 voted against, and there were 15 abstentions.

Among the States that abstained from voting were France, Greece and the United Kingdom. On February 2, 2013, France deposited the instrument of ratification of the Convention. Most probably, France changed its stance because the private company Odyssey had started searching for shipwrecks, on behalf of the United Kingdom, in the Channel<sup>20</sup>.

The United Kingdom is against the provisions of the 2001 Convention that concern immunity of shipwrecks, mainly because it considers war losses during the 20<sup>th</sup> century a delicate matter, and believes, as many other Western States do, that shipwrecks of State vessels are still entitled to immunity even when they are found in the territorial sea of other coastal States.<sup>21</sup>

Greece has not signed the 2001 Convention, not agreeing with the provisions about international jurisdiction of States.

An important advantage of the 2001 Convention is that, in case all the countries concerned are State Parties, the Convention is directly applicable at the moment someone would express his intention to exercise activities in regard to underwater cultural objects; that is, there is a concrete legal framework in place before any intervention of a third person, so that the management of the area can take place on the basis of the principles

*ista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, v. 5, n. 14, 2011.

<sup>15</sup> R.M.S. Titanic, Inc. v. Haver, International Legal Materials 1999, 807.

<sup>16</sup> SCOVAZZI, T. The protection of the underwater cultural heritage: an Italian perspective. In: VRDOJAK, A. F.; FRANCONI, F. (eds.). *The illicit traffic of cultural objects in the Mediterranean*. Fiesole: European University Institute, 2009. p. 75-81.

<sup>17</sup> CARDUCCI, G. Current status and future prospects for the 2001 Convention: the UNESCO perspective. In: THE UNESCO CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE UNDERWATER CULTURAL HERITAGE. *Proceedings of the Burlington House Seminar*, Oct. 2005. Portsmouth: Nautical Archaeology Society, 2006. v. 1.

<sup>18</sup> CARDUCCI, G. New developments in the law of the sea: the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage. *American Journal of International Law*, v. 96, p. 419-420, 2002.

<sup>19</sup> O'KEEFE, P. J.; NAFZIGER, J. A. R. Report: the draft convention on the UCH. *Ocean Development & International Law*, v. 25, p. 391, 1994.

<sup>20</sup> DROMGOOLE, S. Revisiting the relationship between marine scientific research and the underwater cultural heritage. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, p. 33-36, 2010.

<sup>21</sup> WILLIAMS, M. V. UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage: an analysis of the United Kingdom's standpoint. In: THE UNESCO CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE UNDERWATER CULTURAL HERITAGE. *Proceedings of the Burlington House Seminar*. Oct. 2005. Portsmouth: Nautical Archaeology Society, 2006. v. 2.



of archaeological research and not on the basis of the law of salvage<sup>22</sup>.

The 2001 Convention states that “the protection of underwater cultural heritage through *in situ* preservation shall be considered as the first option”<sup>23</sup>, and that acts of salvage are only applied if they have been permitted by the competent authorities and on the condition that they are compatible with the spirit of the Convention. Specific regimes of cooperation are established between coastal States and flag States, as well as other interested States, depending on the places where the underwater cultural objects are located.

Opponents to the 2001 Convention (?) argue that the treaty does not give the speedy response that would be needed in order to put obstacles to “the international industry of treasure hunters” (*la industria internacional de cazatesoros*).<sup>24</sup>

The advocates of the Convention believe that it contributes in many ways in the protection of the underwater cultural objects and that preservation, access and research are being done according to widely recognized guidelines<sup>25</sup>. They also point out that the Convention is not an obstacle if States want to adopt more developed measures of protection or expand the protection to cultural objects submerged for less than that of 100 years, as the Convention establishes<sup>26</sup>.

The Convention entered into force on January 2, 2009, for those States that deposited their respective instruments of ratification, acceptance, approval or accession on or before October 2, 2008. It enters into force for any other State three months after the deposit by that State of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession. So far (as of August 2020), the

Convention has been ratified or accepted by 64 States<sup>27</sup>. The future will show whether its rules are capable to regulate the very complicated and delicate issues of underwater cultural objects’ protection.

## 5 Countries: National Laws

Archaeologists’ concerns regarding the historical and archaeological relics that are found in the seabed are three-pronged: they believe that these objects must be searched *in situ*, they are absolutely contrary to the trade of these objects, and they argue that there are moral issues as far as human relics are concerned<sup>28</sup>. Evidently, they consider shipwrecks as underwater cemeteries, that must be protected both from salvage and removal.<sup>29</sup>

National laws confer varying degrees of protection to these objects<sup>30</sup>. At the international level, discussions on issues of underwater historical and archaeological objects started mainly in 1970s. An important obstacle to the protection of these objects were activities aiming at the commercial exploitation of whatever remained from ancient shipwrecks. These activities have their origin in the law of the sea of the end of the 19<sup>th</sup> century, according to which every maritime vessel belonged to the finder, at the moment that the last agent of the shipowner was supposed to have abandoned it. Common law countries’ acts on vessels’ salvage are similar<sup>31</sup>.

Underwater archaeology has several differences to land archaeology. There are innate difficulties in the process of excavation, that render adequate, *in situ* examination of underwater historical and archaeological objects almost impossible. The cost of underwater archaeology activities is high, and to this are added the

<sup>22</sup> DROMGOOLE, S. The international agreement for the protection of the Titanic: problems and prospects. *Ocean Development & International Law*, v. 37, n. 1, 2006.

<sup>23</sup> The 1996 ICOMOS Charter on the Protection and Management of Underwater Cultural Heritage uses a more permissive phrase: “should be considered as a first option”.

<sup>24</sup> LANCHO, J. M. Hacia un patrimonio cultural subacuático común hispánico. In: IKUWA, V. Un patrimonio para la humanidad. CONGRESO INTERNACIONAL DE ARQUEOLOGÍA SUBACUÁTICA, 5. Cartagena, 15-18 oct. 2014. *Actas...* Madrid 2016. p. 37-38.

<sup>25</sup> MAARLEVELD, T. J. How and why will underwater cultural heritage benefit from the 2001 Convention?. *Museum International*, v. 60, n. 4, n. 240, p. 50-60, 2008.

<sup>26</sup> FRIGERIO, A. L’entrata in vigore in Italia della Convenzione UNESCO 2001 sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo. *Aedon: Rivista di arti e diritto on line*, n. 2, 2010.

<sup>27</sup> <https://pax.unesco.org/la/convention.asp?KO=13520&language=E&order=alpha>

<sup>28</sup> VARMER, O. The case against the “salvage” of the cultural heritage. *Journal of Maritime Law & Commerce*, v. 30, p. 279-293, 1999.

<sup>29</sup> BRYANT, C. R. The archaeological duty of care: the legal, professional, and cultural struggle over salvaging historic shipwrecks. *Albany Law Review*, v. 65, p. 97-101, 2001; STEWART, D. J. Gravestones and monuments in the maritime cultural landscape: research potential and preliminary interpretations. *International Journal of Nautical Archaeology*, v. 36, p. 112, 2007.

<sup>30</sup> MOUSTAIRA, E. N. Legal protection of underwater cultural objects. [in Greek]. In: *Studies in memoriam of Prof. A.M. Antapassis*, 2013. p. 683-684.

<sup>31</sup> RAMBELLI, G.; FUNARI, P. P. A. Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios. *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, año 4, n. 7, 2007.

inevitable legal costs of the trials on conflicting claims between commercial salvors, owners of the shipwrecks, governments, insurance officers and heirs of the persons that were lost in shipwrecks. In case, also, of salvage by private companies, private investors who finance the salvage, are in favor of the recovered objects' sale, in order to pursue financial gains<sup>32</sup>.

These differences were (and probably still are) leading to differences in the legal treatment of the underwater cultural objects from that of the other cultural objects. Some consider that as reasonable, some others, though, do not<sup>33</sup>.

Since the adoption of the 2001 UNESCO Convention, several countries considered signing and ratifying it, but not all of them decided to do so. Nevertheless, some of the countries that did not sign and ratify it, either enacted laws with the aim to protect the underwater cultural heritage, or tried to improve their laws, if they had already such. These laws were and are very much influenced by the 2001 Convention. Such an example is Australia's recent legislative reforms: the *Underwater Cultural Heritage Act 2018*. It is a significant improvement of the *Historic Shipwrecks Act 1976*.<sup>34</sup>

On November 24, 2015, the Republic of China (Taiwan)'s Legislative Yuan adopted the Underwater Cultural Heritage Preservation (UCHP) Act. As it is mentioned, the UCHP Act incorporates the 2001 Convention's major principles. It is even more interesting, since the 2001 Convention has not been signed and ratified by the country. Following the 2001 Convention's major principles, the Act does not permit commercial exploitation of the underwater cultural heritage and it does create rules of preservation *in situ*. Among the latter is the designation of protection zones (articles 28-33).<sup>35</sup>

Problems are much more difficult to solve in areas that are disputed between the various littoral States. One such area is the South China Sea (SCS). The SCS littoral States are: Brunei, Cambodia, China, Indonesia, Malaysia, the Philippines, Thailand, Singapore, and Vietnam. All SCS littoral States have ratified the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), except Cambodia, which has signed but not ratified the Convention. Cambodia is the only SCS littoral State that has ratified the 2001 Convention (in 2007).<sup>36</sup>

The area contains more than 2.000 sunken ships. It connects the Andaman Sea with the Pacific Ocean. It has long been used as a trade route and is also called "Maritime Silk Road".<sup>37</sup> The fact that there are many territorial disputes between the SCS littoral States<sup>38</sup> is a hindrance to exercise jurisdiction for the protection of underwater cultural heritage in these areas.

In Greece's first archaeological law, enacted in 1834, there was a reference to underwater antiquities (art. 62), which – exactly like all the other antiquities – were considered property of the State. Law 3028/2002 "For the protection of Antiquities and of the Cultural Heritage in general", contains, for the first time, provisions that cover all issues of underwater antiquities' protection and management. As it was mentioned above, Greece abstained from voting for the adoption of the 2001 UNESCO Convention.

Spain has a rather well-organized system of underwater cultural objects' protection. This system is not set specifically for those objects; it is deduced from the law 16/1985, on the Spanish Historical Heritage (*Patrimonio Histórico Español*), the laws on cultural heritage that have been enacted by the Autonomous Communities, as well as the laws that have been enacted in order to develop and complete the above mentioned ones. During the last years, there are also voices supporting the opinion

<sup>32</sup> COHAN, J. A. An examination of archaeological ethics and the repatriation movement respecting cultural property: part one. *Emvions: Environmental Law & Policy Journal*, v. 27, p. 349-363, 2004.

<sup>33</sup> RAMBELLI, G. Safeguarding the underwater cultural heritage of Brazil: legal protection and public archaeology. *Museum International*, v. 60, n. 4, n. 240, p. 70, 2008.

<sup>34</sup> Which had already "fundamentally changed the management of historic shipwrecks, and consequently the nature of maritime archaeology, in Australia", see STANIFORTH, M. M. Australian maritime archaeology. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 561-564.

<sup>35</sup> CHEN-JU, C. State practice of Taiwan regarding underwater cultural heritage preservation. *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, v. 1, p. 251-253, 2016.

<sup>36</sup> NITIRUCHIROT, Y. Drafting a cooperative agreement for the protection of underwater cultural heritage in the South China Sea. *China Oceans Law Review*, p. 49-53, 2018.

<sup>37</sup> NITIRUCHIROT, Y. The challenges of underwater cultural heritage protection in the South China Sea. *China Oceans Law Review*, p. 244-246, 2016.

<sup>38</sup> For example: over Xisha Islands between China and Vietnam, over the Nansha Islands between China, Malaysia, the Philippines, and Vietnam, over Scarborough Shoal between China and the Philippines, and over Sabah between Malaysia and the Philippines, see NITIRUCHIROT, Y. Drafting a cooperative agreement for the protection of underwater cultural heritage in the South China Sea. *China Oceans Law Review*, p. 49-53, 2018.

that the establishment of a specific legal regime of underwater cultural heritage protection would be appropriate.<sup>39</sup>

The US, under the Abandoned Shipwreck Act of 1987, claimed title to any abandoned shipwreck within three miles of the coast (43 U.S.C. § 2105(a)(1) and simultaneously transferred title to the respective States (43 U.S.C. § 2105(c)).<sup>40</sup>

Interestingly, the US has not ratified neither UNCLOS III nor the 2001 UNESCO Convention. It seems that among the reasons for that negative stance, were “concerns over creeping jurisdiction (*horror jurisdictionis*) by coastal states”<sup>41</sup> and the treatment of warships within territorial sea<sup>42</sup>. Nevertheless, although the US is not a party to the 2001 UNESCO Convention, it complies with the terms of its Annex Rules, accepting them as a matter of custom.<sup>43</sup>

## 6 Disputed Ownership: The Case of the Galleon San José

It is sometimes argued that the Spanish Empire’s principal aim, while expanding to the West Indies, was to find and carry back home spices and various raw materials, such as tobacco, sugar, cacao. History shows that, although raw materials were really needed, the aim of the Spanish Empire (and of every Empire) was power, and the establishment and preservation of power need resources. Thus, very soon, in order to finance the Empire and the inevitable wars, precious metals and gems

<sup>39</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 144.

<sup>40</sup> OCHOA, T. T. Copyright and underwater cultural heritage. *Journal of Maritime Law & Commerce*, v. 49, p. 441-445, 2018.

<sup>41</sup> RUNYAN, T. Management of maritime cultural resources: an American perspective. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 942-949. As he mentions, U.S. “has asserted sovereign rights in its territorial sea and jurisdiction over the contiguous zone, the continental shelf, and the Exclusive Economic Zone”.

<sup>42</sup> VARMER, O.; GRAY, J.; ALBERG, D. United States: responses to the 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage. *Journal of Maritime Archaeology*, v. 5, p. 129-131, 2010.

<sup>43</sup> GONGAWARE, L. To exhibit or not to exhibit?: establishing a middle ground for commercially exploited underwater cultural heritage under the 2001 UNESCO Convention. *Tulane Maritime Law Journal*, v. 37, p. 203-206, 2012.

of the New World as well as colonial land taxes became the real target<sup>44</sup>.

In 1706, when the Spanish Empire was in war with other European countries/empires (War of the Spanish Succession), the *San José* galleon, together with 2 more warships, left Cadiz, heading toward the Caribbean. In 1708, loaded with goods,<sup>45</sup> was heading toward Cartagena, Colombia, when the fleet was hit by English warships, which had chased the Spanish ship for months. On June 8, 1708, *San José* was exploded and sunk, with almost 600 persons that were aboard.

In December 2015, the Colombian President claimed on social media that the galleon *San José* had been found in Colombia’s territorial waters, 1.000 feet below the surface, 16 miles from Cartagena. In 1981, the Glocca Morra Company, a U.S. salvage firm (which was later acquired by Sea Search Armada - SSA), had claimed to have found the same shipwreck, 800 feet below the surface, at an undisclosed location near Colombia’s coast.<sup>46</sup> Since then (the first “discovery”), legal rights to the shipwreck and its property have been litigated before U.S. and Colombian courts, between SSA and Colombia. After 2015, Spain and Peru have also staked claims to the property.

The Colombian Supreme Court, in 2007, ruled that SSA had the right to half of any treasure at the shipwreck site that was not considered “national patrimony”. In one of many lawsuits, SSA estimated the value of the cargo at between \$4 billion and \$17 billion. The Colombian government did not proceed to a payment to SSA, therefore SSA turned to US courts, which largely decided that ownership of the *San José* remains with Colombia.<sup>47</sup>

In April 2019, the Superior Tribunal of Barran-

<sup>44</sup> HAYNES, C. Decolonizing shipwrecks through considerations of indigeneity in underwater cultural property decisions. *Florida Journal of International Law*, v. 30, n. 111, p. 124, 2018.

<sup>45</sup> “Nearly all of its 1066 tons were loaded with pearls from Panama, gold from the mines of Peru, and emeralds, amethysts, and diamonds from the Andes mountains”, see LANG, J. Disaster, deceit, and treasure: why the UNCLOS Resolution on Possession of Salvaged Wrecks is doing more harm than good. *Drexel Law Review*, v. 11, p. 383-385, 2018.

<sup>46</sup> HAYNES, C. Decolonizing shipwrecks through considerations of indigeneity in underwater cultural property decisions. *Florida Journal of International Law*, v. 30, n. 111, p. 124-126, 2018.

<sup>47</sup> HAYNES, C. Decolonizing shipwrecks through considerations of indigeneity in underwater cultural property decisions. *Florida Journal of International Law*, v. 30, n. 111, p. 140-144, 2018, for a detailed description of the litigation before Colombian and U.S. courts.



quilla (Colombia) issued an embargo on salvaging the shipwreck site, while the claims to ownership have not been decided by the courts. In October 2019, the Vice President of Colombia, Marta Lucía Ramírez, stated that the Colombian Government would not share the treasure from the shipwreck to finance the salvage operation, stressing the fact that all the pieces that would be rescued are of enormous and incomparable cultural value for Colombia and for the world.<sup>48</sup>

## 7 Sunken State Vessels: to whom do they belong?

A big number, if not the majority, of archaeological, historical or culturally important shipwrecks, are warships. These warship wrecks, even of the 20<sup>th</sup> century, are often considered as incorporating historical and cultural elements worthy of protection<sup>49</sup>.

Obviously, the role of the flag State of sunken warships is very important<sup>50</sup>. In some cases, though, it is difficult to determine the flag State of ancient shipwrecks, many of which may be considered as sunken warships. Examples of those are the shipwrecks of Khmer, that are sunken in the delta of the river Mekong. Will those sunken warships be considered as belonging to Vietnam, Laos, Cambodia or Thailand? Likewise, will shipwrecks of the Phoenician fleet be considered as belonging to Lebanon, Syria or Tunisia?<sup>51</sup>

Furthermore, there are sunken warships whose flag States are easily determined, but about which there is a heated discussion among scholars, about whether state jurisdiction and sovereign immunity extend to ships which sink outside of the flag State territory.

However, the States practice and the International

<sup>48</sup> <https://thecitypaperbogota.com/news/galleon-san-joses-treasure-will-not-finance-salvage-claims-vp-ramirez/22910>

<sup>49</sup> FORREST, C. J. S. Culturally and environmentally sensitive sunken warships. *Australia & New Zealand Maritime Law Journal*, v. 26, n. 80, 2012.

<sup>50</sup> UNCLOS articles 95 and 96 grant “complete immunity” to State vessels that are either “warships on the high seas” or ships that are owned by the State and that are “used only on government non-commercial service”.

<sup>51</sup> In these cases, according to one opinion, the general principal of cooperation must reign, which principle gives absolute priority to the protection of the underwater cultural heritage, see AZNAR-GÓMEZ, M. J. Legal status of sunken warships “revisited”. *Spanish Yearbook of International Law*, v. 9, p. 61-98, 2003.

Conventions that are in force confirm the (majority) opinion that the immunity rule continues to be applied to sunken State ships, both because they are State ships, sunken or not, and because they are considered public property.<sup>52</sup> The States keep having ownership title on their sunken ships, even when they are in the territorial sea of some other State. Therefore, every action related to the shipwreck, salvage included, must have the express authorization of the ship’s flag State<sup>53</sup>.

## 8 Co-ownership of a State and Indigenous People?: The Case of Franklin Expedition Shipwrecks

In 2014 and in 2016, the Franklin Expedition shipwrecks HMS *Erebus* and HMS *Terror* were discovered in the Canadian Arctic. They had sunk in 1845, when Sir John Franklin had departed from England, on an expedition with the goal of finding the Northwest Passage. All 129 men that were on board died – not all of them sunk with the ships, some of them survived but eventually starved to death. Inuit people, who had seen men of the crew, told stories about them and the ships.

The United Kingdom had not given up hope that the shipwrecks would be found. In 1997, Canada and United Kingdom signed the “Memorandum of Understanding Between the Government of Great Britain and Canada Pertaining to the Shipwrecks *HMS Erebus* and *HMS Terror*”. According to this Memorandum, United Kingdom would retain legal ownership and sovereign immunity over the wrecks and their contents (when they would be found), but Canada would exercise custody and control over the investigation, excavation, and recovery of the wrecks. The United Kingdom stated its intention to assign ownership of the wrecks and their contents to Canada, but would retain ownership rights over “any gold recovered from the wrecks”, as well as “any recovered artifacts identified by Britain as being of

<sup>52</sup> LABARGE, C. How two sunken ships caused a war: the legal and cultural battle between Great Britain, Canada, and the inuit over the Franklin Expedition shipwrecks. *Loyola Los Angeles International & Comparative Law Review*, v. 42, p. 79-84, 2019.

<sup>53</sup> AZNAR-GÓMEZ, M. J. Treasure hunters, sunken state vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, n. 209-223, 2010.

outstanding significance to the Royal Navy.”<sup>54</sup>

The Canadian federal government has jurisdiction over shipwrecks within Canada, under the Canada Shipping Act of 2001, as amended (Dec. 12, 2017). The Act designates the Parks Canada Agency as the administrative body responsible for the protection of shipwrecks that have heritage value. In 1992, the Minister of Canadian Heritage declared that when the shipwrecks would be located, their locations would become National Historic Sites - under Parks Canada Agency jurisdiction.<sup>55</sup>

In 1999, a distinct Canadian territory, Nunavut, was officially formed out of the Northwest Territory. It includes the traditional lands of the Inuit, the indigenous people of Arctic Canada. Article 33 of the 1993 Nunavut Land Claims Agreement Act (which was the basis for the official formation of the territory) gives the Nunavut government jurisdiction over archaeological sites and artifacts found in its territory.

When the two shipwrecks were discovered, in 2014 and 2016, there were disputes among Parks Canada Agency and Nunavut in regard to jurisdiction over them. Finally, it was agreed that they would jointly manage the sites with the shipwrecks. On October 23, 2017, the United Kingdom formally stated its intention to assign ownership of the wrecks to Parks Canada Agency. Nunavut was not mentioned, probably because the United Kingdom considered it an internal Canadian issue. Nevertheless, Parks Canada Agency stated in its news release that there would be co-ownership of the Franklin artifacts with the Inuit.

On April 26, 2018, the United Kingdom officially assigned ownership of the shipwrecks to Canada. In the news release, the co-ownership of Canada and Inuit was confirmed:

The United Kingdom will retain the 65 artifacts already recovered from HMS *Erebus* by Parks Canada’s Underwater Archaeology Team as a representative sample of their importance and symbolism. All yet-to-be discovered artifacts from HMS *Erebus* and HMS *Terror* – along with the

wrecks – will now be jointly owned by Canada and Inuit. This agreement ensures that these historic treasures will be available to Inuit, and the public and researchers in both Canada and the United Kingdom.<sup>56</sup>

## 9 Concluding Remarks

Are international instruments capable of solving all issues concerning underwater cultural heritage issues? Would it be possible for every State of the world to conform their rules to those of international instruments? Differences in national legal systems are an obstacle for establishing uniform protection on a State-by-State basis. Therefore, in the case of underwater cultural heritage - as in all cases of cultural heritage - diplomatic discussions and international agreements can play a crucial role to solve complex situations that may arise in that arena. In any case, adequate protection of the underwater cultural heritage should always be the means and the target.

## References

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- AZNAR-GÓMEZ, M. J. Legal status of sunken warships “revisited”. *Spanish Yearbook of International Law*, v. 9, p. 61-98, 2003.
- AZNAR-GÓMEZ, M. J. Treasure hunters, sunken state vessels and the 2001 UNESCO Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, n. 209-223, 2010.
- BARBASH-RILEY, L. Using a community-based strategy to address the impacts of globalization on underwater cultural heritage management in the Dominican Republic. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 22, p. 201-203, 2015.

<sup>54</sup> LABARGE, C. How two sunken ships caused a war: the legal and cultural battle between Great Britain, Canada, and the Inuit over the Franklin Expedition shipwrecks. *Loyola Los Angeles International & Comparative Law Review*, v. 42, p. 79-85, 2019.

<sup>55</sup> See details about the case in: LABARGE, C. How two sunken ships caused a war: the legal and cultural battle between Great Britain, Canada, and the Inuit over the Franklin Expedition shipwrecks. *Loyola Los Angeles International & Comparative Law Review*, v. 42, p. 79-86, 2019.

<sup>56</sup> <https://www.canada.ca/en/parks-canada/news/2018/04/government-of-canada-receives-historic-gift-of-franklin-shipwrecks-from-united-kingdom.html>

- BRYANT, C. R. The archaeological duty of care: the legal, professional, and cultural struggle over salvaging historic shipwrecks. *Albany Law Review*, v. 65, p. 97-101, 2001.
- CARDUCCI, G. New developments in the law of the sea: the UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage. *American Journal of International Law*, v. 96, p. 419-420, 2002.
- CARDUCCI, G. Current status and future prospects for the 2001 Convention: the UNESCO perspective. In: THE UNESCO CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE UNDERWATER CULTURAL HERITAGE. *Proceedings of the Burlington House Seminar*, Oct. 2005. Portsmouth: Nautical Archaeology Society, 2006. v. 1.
- CHENG, A. C. All in the same boat? Indigenous property rights in underwater cultural heritage. *Houston Journal of International Law*, v. 32, p. 695, 2010.
- CHEN-JU, C. State practice of Taiwan regarding underwater cultural heritage preservation. *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, v. 1, p. 251-253, 2016.
- COHAN, J. A. An examination of archaeological ethics and the repatriation movement respecting cultural property: part one. *Environs: Environmental Law & Policy Journal*, v. 27, p. 349-363, 2004.
- COHN, A. B.; DENNIS, J. M. Maritime archaeology, the dive community, and heritage tourism. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1055.
- DROMGOOLE, S. The international agreement for the protection of the Titanic: problems and prospects. *Ocean Development & International Law*, v. 37, n. 1, 2006.
- DROMGOOLE, S. Revisiting the relationship between marine scientific research and the underwater cultural heritage. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 25, p. 33-36, 2010.
- DWYER, G. J. Ship shape or all at sea? A preliminary assessment of Australia's recent legislative reforms concerning underwater cultural heritage. *Australia & New Zealand Maritime Law Journal*, v. 32, p. 71-75, 2018.
- FORREST, C. J. S. Culturally and environmentally sensitive sunken warships. *Australia & New Zealand Maritime Law Journal*, v. 26, n. 80, 2012.
- FRIGERIO, A. L'entrata in vigore in Italia della Convenzione UNESCO 2001 sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo. *Aedon: Rivista di arti e diritto on line*, n. 2, 2010.
- GONGAWARE, L. To exhibit or not to exhibit?: establishing a middle ground for commercially exploited underwater cultural heritage under the 2001 UNESCO Convention. *Tulane Maritime Law Journal*, v. 37, p. 203-206, 2012.
- HALLWOOD, P.; MICELI, T. J. Murky waters: the law and economics of salvaging historic shipwrecks. *Journal of Legal Studies*, v. 35, p. 285-286, 2006.
- HAYNES, C. Decolonizing shipwrecks through considerations of indigeneity in underwater cultural property decisions. *Florida Journal of International Law*, v. 30, n. 111, p. 124-144, 2018.
- LABARGE, C. How two sunken ships caused a war: the legal and cultural battle between Great Britain, Canada, and the inuit over the Franklin Expedition shipwrecks. *Loyola Los Angeles International & Comparative Law Review*, v. 42, p. 79-86, 2019.
- LANCHO, J. M. Hacia un patrimonio cultural subacuático común hispánico. In: IKUWA, V. Un patrimonio para la humanidad. CONGRESO INTERNACIONAL DE ARQUEOLOGÍA SUBACUÁTICA, 5. Cartagena, 15-18 oct. 2014. *Actas...* Madrid 2016. p. 37-38.
- LANG, J. Disaster, deceit, and treasure: why the UNCLOS Resolution on Possession of Salvaged Wrecks is doing more harm than good. *Drexel Law Review*, v. 11, p. 383-385, 2018.
- LESHIKAR-DENTON, M. Caribbean maritime archaeology. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 629-630.
- MAARLEVELD, T. J. How and why will underwater cultural heritage benefit from the 2001 Convention?. *Museum International*, v. 60, n. 4, n. 240, p. 50-60, 2008.
- MAARLEVELD, T. J. Ethics, underwater cultural heritage, and international law. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 917-924.



- MOUSTAIRA, E. N. Underwater cultural objects and private international law. [in Greek]. *Elliniki Dikaiosyni*, v. 36, p. 1024-1037, 1995.
- MOUSTAIRA, E. N. Legal protection of underwater cultural objects. [in Greek]. In: *Studies in memoriam of Prof. A.M. Antapassis*, 2013. p. 683-684.
- NITIRUCHIROT, Y. The challenges of underwater cultural heritage protection in the South China Sea. *China Oceans Law Review*, p. 244-246, 2016.
- NITIRUCHIROT, Y. Drafting a cooperative agreement for the protection of underwater cultural heritage in the South China Sea. *China Oceans Law Review*, p. 49-53, 2018.
- O'KEEFE, P. J.; NAFZIGER, J. A. R. Report: the draft convention on the UCH. *Ocean Development & International Law*, v. 25, p. 391, 1994.
- OCHOA, T. T. Copyright and underwater cultural heritage. *Journal of Maritime Law & Commerce*, v. 49, p. 441-445, 2018.
- RAMBELLI, G. Safeguarding the underwater cultural heritage of Brazil: legal protection and public archaeology. *Museum International*, v. 60, n. 4, p. 70, 2008.
- RAMBELLI, G.; FUNARI, P. P. A. Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios. *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, año 4, n. 7, 2007.
- RUNYAN, T. Management of maritime cultural resources: an American perspective. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 942-949.
- SCOVAZZI, T. The protection of the underwater cultural heritage: an Italian perspective. In: VRDOLJAK, A. F.; FRANCONI, F. (eds.). *The illicit traffic of cultural objects in the Mediterranean*. Fiesole: European University Institute, 2009. p. 75-81.
- SCOVAZZI, T. Dal Melquart di Sciacca all'atleta di Lissippo. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, v. 5, n. 14, 2011.
- STANIFORTH, M. M. Australian maritime archaeology. In: CATSAMBIS, A.; FORD, B.; HAMILTON, D. L. (eds.). *The Oxford handbook of maritime archaeology*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 561-564.
- STEWART, D. J. Gravestones and monuments in the maritime cultural landscape: research potential and preliminary interpretations. *International Journal of Nautical Archaeology*, v. 36, p. 112, 2007.
- VARMER, O. The case against the "salvage" of the cultural heritage. *Journal of Maritime Law & Commerce*, v. 30, p. 279-293, 1999.
- VARMER, O.; GRAY, J.; ALBERG, D. United States: responses to the 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage. *Journal of Maritime Archaeology*, v. 5, p. 129-131, 2010.
- WILLIAMS, M. V. UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage: an analysis of the United Kingdom's standpoint. In: THE UNESCO CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE UNDERWATER CULTURAL HERITAGE. *Proceedings of the Burlington House Seminar*. Oct. 2005. Portsmouth: Nautical Archaeology Society, 2006. v. 2.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**El rol del derecho en la construcción del patrimonio cultural subacuático:**

apreciaciones a partir del estudio del caso de la Corbeta Inglesa Swift en Argentina

**The role of law in the construction of underwater cultural heritage:** insights from a case study, Argentina

Norma Elizabeth Levrاند

Nadia Bressan Bernhardt

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# El rol del derecho en la construcción del patrimonio cultural subacuático: apreciaciones a partir del estudio del caso de la Corbeta Inglesa Swift en Argentina\*

## The role of law in the construction of underwater cultural heritage: insights from a case study, Argentina

Norma Elizabeth Levrاند\*\*

Nadia Bressan Bernhardt\*\*\*

### Resumen

El objetivo del trabajo es describir el proceso de protección del patrimonio cultural subacuático que se produjo por el hallazgo de la Corbeta inglesa HMS Swift en Argentina en 1982, antes de la aprobación y ratificación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Subacuático de UNESCO. A partir del estudio de caso se analiza el rol del derecho en el proceso de construcción del patrimonio cultural. La metodología utilizada es cualitativa, a partir del análisis de contenido de documentos secundarios y fuentes legales y jurisprudenciales; ello se triangula con un análisis de actores relevantes en el caso. La Corbeta inglesa Swift naufragó en la ría Deseado en 1770. En el año 1982 un particular solicitó su reflotamiento. Si bien la ley de Navegación exige la notificación al cónsul respectivo, la autoridad consideró que este pecio pertenecía a la provincia de Santa Cruz que, mediante decretos, lo declaró “yacimiento arqueológico de interés histórico”. Llegado a la Corte Suprema, ésta consideró cumplido el procedimiento, sin cuestionar la legitimidad del dominio. A partir del análisis de los argumentos de este fallo y del accionar de otros actores se concluye que la dinámica de las normas jurídicas y su interpretación judicial propiciaron la tutela de este bien. El caso es previo a las normativas internacionales que actualmente regulan la materia, por ello su análisis normativo posee el valor de evidenciar cómo el derecho internacional ha avanzado en direcciones más protectorias del patrimonio cultural subacuático, dándole preponderancia a lo colectivo por sobre lo privado.

**Palabras clave:** Patrimonio cultural subacuático. Corbeta Swift. Derecho. Expertos. Comunidad.

### Abstract

The objective of this paper is to describe the process of protection of the underwater cultural heritage that was produced by the discovery of the English Corvette HMS Swift in Argentina in 1982, before the approval and

\* Recibido em 15/08/2020  
Aprovado em 24/03/2021

\*\* Doctora en Derecho, Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Derecho Laboral. Abogada. Investigadora Asistente de CONICET. Docente adjunta del Seminario Optativo de Relaciones Laborales de la Facultad de Ciencias de la Gestión (UADER); jefa de trabajos prácticos de Ciencia, tecnología y Sociedad de la Facultad de Ingeniería y Ciencias Hídricas (UNL).  
E-mail: normalevrاند@gmail.com

\*\*\* Abogada (UNL) y Esp. en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción (UNR).  
E-mail: nadia\_bernhardt@yahoo.com.ar



ratification of the Convention on the Protection of the Underwater Heritage of UNESCO. Based on the case study, the role of law in the process of construction of cultural heritage is analyzed. The methodology used is qualitative, based on the content analysis of secondary documents and legal and jurisprudential sources. This is traingled with an analysis of relevant actors in the case. The English Corvette Swift was shipwrecked in the Deseado estuary in 1770. In 1982 a private individual requested that it be refloated. Although the Navigation Law requires notification to the respective consul, the authority considered that this wreck belonged to the province of Santa Cruz, which, through decrees, declared it an “archaeological site of historical interest.” The Supreme Court considered the procedure completed, without questioning the legitimacy of the domain. From the analysis of the arguments of this judgment and the actions of other actors, it is concluded that the dynamics of the laws and their judicial interpretation led to the protection of this asset. The case is prior to the international regulations that currently regulate the matter, therefore its normative analysis has the value of showing how international law has advanced in more protective directions of underwater cultural heritage, giving preponderance to the collective over the private.

**Keywords:** Underwater Cultural Heritage. Swift Corvette. Law. Experts. Community.

## 1 Introducción

Desde tiempos inmemoriales el hombre se ha lanzado a la mar en su afán de conocer y conquistar mundos, develando los misterios que éste le ocultaba. Las civilizaciones fueron construyendo diferentes vehículos para la navegación, pero no fue sencillo, el agua no es el hábitat natural humano y en ella existen innumerables riesgos. La evolución y la aplicación de nuevas tecnologías han permitido contribuir a gobernar, aunque no del todo, estos riesgos y a mitigar la incertidumbre que envolvía a los navíos que iniciaban sus aventuras. Sin temor a exagerar podemos decir que el medio acuático ha desempeñado un papel fundamental en la historia de la humanidad; pues ha sido y es fuente de recursos vitales, pero además posibilitó la comunicación, el transporte, el comercio, la exploración, la pesca, e incluso, se ha constituido como arena de combate en cuantiosas confrontaciones bélicas. Los naufragios son la máxima ex-

presión de aquellos “riesgos del mar” que acechan a los buques en sus expediciones. Esta intervención humana ha dejado sus rastros en el fondo del mar, sembrándolo de restos arqueológicos que son mudos testigos de heroicas y trágicas aventuras.

En 1982 el descubrimiento de un pecio hundido en la ría Deseado iniciará el derrotero de la investigación arqueológica subacuática en Argentina. Las acciones llevadas a cabo por profesionales como así también por los pobladores del lugar estuvieron destinadas a conservar y proteger lo que, entendieron, era un bien del patrimonio cultural.

Para el derecho, la tutela de los bienes del patrimonio cultural genera tensiones entre las categorías jurídicas decimonónicas, como la propiedad privada, y la tutela de bienes comunes. El objeto del presente trabajo es describir un proceso de protección del patrimonio cultural subacuático que se produjo en Argentina antes de la aprobación y ratificación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Subacuático de UNESCO (2001)<sup>1</sup>. Aquél proceso implicó fuertes tensiones entre el derecho de propiedad de los buques hundidos y el derecho al patrimonio cultural subacuático.

A partir del relato histórico del hundimiento y hallazgo de la Corbeta H.M.S. Swift, del análisis de una sentencia en que se solicita el reflotamiento conforme las reglas del derecho de la navegación, y de la descripción de los actores más relevantes en este proceso pretendemos dar cuenta de la construcción de un patrimonio subacuático en la localidad de Puerto Deseado. A tal fin realizaremos un análisis de la normativa aplicable al caso como así también de las nuevas normas incorporadas al ordenamiento jurídico argentino, que aportan matices importantes a fin de considerar las tensiones que se produjeron en el caso.

Pretendemos señalar que la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de la Convención Internacional de Patrimonio Subacuático, relajaron el conflicto entre la propiedad privada y la pública, mudando de una lógica en la que primaba la solución privatista hacia una lógica colectivista, en la que todos los actores cooperan para la preservación del patrimonio subacuático.

<sup>1</sup> La misma fue ratificada por ley 26.556 del 15/12/2009.

## 2 El caso: hundimiento, surgimiento y búsqueda de la historia

La Corbeta de guerra británica H.M.S. Swift fue destinada a la base de Puerto Egmont en las Islas Malvinas en 1769, formando parte de las fuerzas navales que operaron en dicho puerto cuando España quiso recuperar la posesión de las Islas. Entre otras misiones, debía explorar la región, y en cumplimiento de la misma, abandonó el Puerto en marzo de 1770. Las condiciones climáticas llevaron al barco hacia el continente, internándose en la ría Deseado, un puerto natural conocido ya por los navegantes ingleses del siglo XVI. Lamentablemente las condiciones geológicas de dicho puerto no eran ventajosas, atento a que se encontraban obstáculos sumergidos. El 13 de marzo los fuertes vientos del sur, la llevaron a encallar en una roca. Luego, se deslizó hacia popa y se hundió en aguas profundas. En este naufragio perecieron 3 de los 91 tripulantes<sup>2</sup>.

Afortunadamente, y luego del rescate, el resto de la tripulación fue puesta a salvo y volvieron a su país de origen. Mas la Corbeta quedó sumergida en las aguas de la ría Deseado por más de dos siglos, y con ella, su historia.

En 1975, el australiano Patrick Gower, descendiente del segundo oficial de a bordo de la nave Erasmus Gower, emprendió un viaje hacia Puerto Deseado a fin de conocer los restos de la Corbeta. Sir Erasmus Gower había escrito sus memorias, entre las cuales relataba la aventura con la Corbeta Swift y las mismas fueron publicadas en 1803. Pero su descendiente, desconcertado, comprobó que en el lugar nadie conocía la historia de la Corbeta. La ría había mantenido sumergido su secreto, hasta su llegada.

Algunos años más tarde, en virtud de la difusión de la crónica de Sir Erasmus Gower, un grupo de habitantes de Puerto Deseado, localidad ubicada sobre la ría, emprenden la búsqueda de la nave naufragada. Se crea la “Subcomisión de Búsqueda y Rescate de la Corbeta Swift”, dependiente del Club Náutico “Capitán Oneto” de Puerto Deseado, integrada originalmente por Marce-

lo Rosas, Mario Brozoski, Daniel Guillen y Marcos Oli-va Day. El 04 de febrero de 1982 encuentran la Corbeta H.M.S. Swift a 100 metros del Puerto Deseado.

En este caso se presentan un conjunto de actores que poseen diferentes intereses, y emergen en distintos momentos para configurar la protección del patrimonio subacuático o cuestionar tal categoría. En la tabla N° 1 se identifican los actores y, brevemente su interés.

**Tabla 1: Actores relevantes. Fuente: elaboración propia**

Actor	Interés en el caso
Grupo de buzos amateur de la localidad de Puerto Deseado	Interés de un posible hallazgo, inquietudes personales de cada integrante.
Museo Municipal Mario Brozoski	Preservar los bienes recuperados del pecio.
Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano - Arq. Dolores Elkin	Investigar y recuperar bienes del patrimonio subacuático - Desarrollar la disciplina de la arqueología subacuática en Argentina.
Provincia de Santa Cruz	Generar una política pública de conservación del patrimonio cultural subacuático.
Corte Suprema de Justicia de la Nación	Resolver un proceso judicial sobre el bien.

El primer grupo de actores en el caso analizado está conformado por los buzos amateur que, interesados por un posible hallazgo, emprenden la búsqueda del pecio. Entre los cuatro integrantes del grupo, sin embargo, los intereses van cambiando a través del tiempo. De este modo, como se analizará en el siguiente apartado, unos años después del hallazgo, uno de ellos inicia un proceso judicial tendiente a reclamar la propiedad del pecio y de los objetos que forman parte del mismo.

El segundo actor relevante es el Museo Municipal Mario Brozoski, que se creó en 1983 con la categoría de Museo Regional Provincial. La finalidad primordial de la institución es resguardar el patrimonio cultural de la Provincia de Santa Cruz, en particular aquél proveniente del hallazgo del naufragio de la Corbeta Swift. Actualmente la institución depende del Municipio de Puerto Deseado. Desde los primeros años el museo contó con expertos en conservación y restauración de bienes a fin de evitar el traslado de las piezas hacia otras localidades.

<sup>2</sup> El relato de estos eventos se conoció en la publicación de una por el tripulante Erasmus Gower. GOWER, Erasmus. *An Account of the Loss of His Majesty's Sloop Swift: in Port Desire, on the Coast of Patagonia, on the 13th of March, 1770; and of Other Events which Succeeded, in a Letter to a Friend.* Londres: W. Winchester and Son, 1803.

Estos expertos realizaron importantes acciones de capacitación del personal del Museo e, indirectamente, de la comunidad.

En 1987 a partir de la creación del Grupo de Trabajo de Patrimonio Subacuático dependiente del Comité Argentino del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS, Argentina), el Museo Mario Brozowski solicita su intervención a fin de efectuar un diagnóstico del estado del pecio, evaluar las condiciones del sitio y estimar los recursos para ejecutar los trabajos. Se realizaron cuatro campañas, una en 1987, una en 1988, y dos en 1989, financiadas por la Municipalidad de Puerto Deseado, el aporte de empresas y particulares.

Algunos años más tarde aparece en escena el tercer actor relevante: el Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano (INAPL). En la década de 1990, encarnado en la arqueóloga Dolores Elkin, se conformó un pequeño equipo interdisciplinario denominado Investigación y Conservación del Patrimonio Cultural Subacuático Argentino<sup>3</sup>. En palabras de Elkin “[...] gracias a este hallazgo nacería no sólo el museo local Mario Brozowski [...] sino también la especialidad de arqueología subacuática en nuestro país.”<sup>4</sup>.

Si concebimos al patrimonio cultural como un dispositivo sostenido por redes expertas<sup>5</sup>, consideramos necesario dilucidar algunas relaciones que se entablan entre dicho dispositivo y sus fundamentos. Por una parte el rol de los expertos nucleados en el Museo y en el INAPL permite analizar la articulación entre estos conocimientos expertos y la administración de los bienes del patrimonio subacuático. Como indican Dellino y Endere<sup>6</sup>, desde el Museo se solicitó al Estado Nacional asistencia técnica y científica para preservar los restos del naufragio, acuerdo que inició el trabajo con INAPL a partir de 1997. Ello da una pista del trabajo experto como “político”, es decir, reinterpreta el accionar de

los agentes científicos, a pesar de la convicción que se esgrime en el campo científico acerca de la objetividad y neutralidad del mismo<sup>7</sup>.

Si se considera que el primer programa de arqueología subacuática surge a raíz de este hallazgo, y que no existía hasta el momento personal calificado para realizar las actividades de rescate, investigación y preservación de piezas, puede considerarse que esta carencia afecta la gestión del sitio. Ello permite a los expertos del INAPL generar matrices conceptuales que incluyen no sólo la investigación científica sino la gestión e intervención en el sitio como inherente al saber académico.

El cuarto actor es la Provincia de Santa Cruz, que mediante un conjunto de normas jurídicas<sup>8</sup> declara que el objeto del naufragio pertenece al patrimonio cultural provincial y crea un Museo para la preservación del mismo. Estas normas configuran una mínima política pública en torno al patrimonio cultural subacuático, entendida como acción colectiva e intencionada que un gobierno define para alcanzar determinados objetivos<sup>9</sup>.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien dirime el proceso iniciado por uno de los buzos que hallaron el pecio, juega un rol fundamental no sólo por la decisión a la que arriban, sino por los fundamentos que se desgranar en la sentencia.

Jurídicamente la impronta del hallazgo y la fundación del museo que reúne los objetos rescatados remiten a una cuestión mayor. La pregunta sobre la propiedad de dichos bienes y el posible conflicto entre la titularidad de la Corbeta y del patrimonio cultural subacuático merece un estudio sistemático del derecho vigente. Las argumentaciones jurídicas propuestas en distintos momentos de este caso evidencian las tensiones entre dos derechos fundamentales: el derecho de propiedad y el derecho al patrimonio cultural subacuático.

<sup>3</sup> ELKIN, Dolores. Bucear en la historia: Puerto Deseado y Peñínsula de Valdez. *En Patagonia*, Buenos Aires, v.1, n. 2, p. 6-42, 2004.

<sup>4</sup> ELKIN, Dolores. Un naufragio, un diario y un hombre. *Novedades de Antropología*, Buenos Aires, v. 69, p. 11-13, ago./nov. 2011. p. 12.

<sup>5</sup> MURIEL, Daniel. El patrimonio como tecnología para la producción y gestión de identidades en la sociedad del conocimiento. *Revista Chilena de Antropología*, n. 19, 2008. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCA/article/viewArticle/14318> Acceso en: 25 out. 2020.

<sup>6</sup> DELLINO, Virginia; ENDERE María Luz. The HMS Swift shipwreck. The development of underwater heritage protection in Argentina. *Conservation and management of archeological sites*, v. 4, p. 219-231, 2001.

<sup>7</sup> En este aspecto puede consultarse: KENNEDY, David. Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance. *Sydney Law Review*, v. 27, p. 1-24, 2004.

<sup>8</sup> Consideramos entre ellos los decretos 1430/82 y 20/85 que atribuyen la propiedad del hallazgo a la Provincia de Santa Cruz por considerarlo un yacimiento arqueológico; el decreto 1322/83 que creó el Museo Regional Provincial de Puerto Deseado y el decreto 1959/88 por el cual se transfiere el Museo al ámbito municipal.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ NOGUEIRA Roberto. La coherencia y la coordinación de las Políticas Públicas: aspectos conceptuales y experiencias. *In: PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO* (ed.) *Los Desafíos de la Coordinación y la integralidad de las políticas y gestión pública en América Latina*. Buenos Aires: Jefatura de Gabinete de Ministerios, Presidencia de la Nación, 2010. p. 13-46.



### 3 Una bifurcación en la protección del patrimonio subacuático

El 13 de febrero de 1984 ingresa en la Prefectura Nacional Marítima un pedido de reflotamiento de la Corbeta, solicitado por Daniel Guillén. Conforme lo manifiesta en su demanda, el 4 de febrero de 1982, en ejercicio de su actividad de buzo localiza la Corbeta hundida y da aviso a las autoridades.

Al ser el primer hallador, inicia el trámite administrativo a fin de ejercer el “derecho de preferencia” que le acuerda el art. 390 de la Ley de Navegación N° 20.094. Mediante el mismo, quien localiza el pecio tiene derecho a solicitar el reflotamiento, extracción, remoción o destrucción del mismo, el que deberá realizarse en los plazos y condiciones fijados por la autoridad marítima. Quien realiza esta actividad tiene derecho a ser reembolsado de los gastos y remunerado previo a la entrega del buque a sus dueños.

El procedimiento administrativo implica la notificación previa al titular del pecio y si el buque es de bandera extranjera al cónsul respectivo, a fin de que pueda oponerse. En esta inteligencia, Guillén solicitó que se notifique al Cónsul del Reino Unido, atento a que la Corbeta era un buque de guerra de la Corona Británica. No obstante, la Prefectura entendió que la notificación debía hacerse a la Provincia de Santa Cruz, que en virtud de los Decretos Provinciales N° 1430/82 y 20/85 alegaba su condición de propietaria.

En esta instancia la Provincia manifestó su oposición al reflotamiento, y con tal fundamento la Autoridad Marítima negó el mismo.

Daniel Guillén interpone un recurso jerárquico contra la disposición de la autoridad administrativa, el cual es denegado y abre la vía para la apelación judicial. Interpuesta la demanda judicial contra el Estado Nacional, el caso es considerado de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien falla el mismo el 24 de agosto de 1995 en contra del actor. La decisión se tomó por mayoría, existiendo dos disidencias: sobre las costas y sobre el fondo de la cuestión.

El argumento central del decisorio de la Corte, consistió en entender que la autoridad administrativa había obrado conforme a derecho, puesto que no tenía competencia para dilucidar cuestionamientos sobre la legitimidad del título de “propietario” que se arrogaba

la Provincia. En síntesis, el Alto Tribunal entendió que la Prefectura cumplió con el trámite previsto en la ley 20.094. Los argumentos esgrimidos por el actor, cuestionando la legitimidad de la “propiedad” declarada por la Provincia en los decretos aludidos, debieron ser dilucidados en una acción de inconstitucionalidad de tales normas, cuyo proceso se dirime en los Tribunales Provinciales.

La disidencia planteada por los Dres. Eduardo Moline O'Connor y Antonio Boggiano consideró que la Prefectura no ha cumplimentado con el trámite previsto en la Ley de Navegación, ya que su art. 389 prevé expresamente que en el caso de reflotamiento de los buques de bandera extranjera debe darse aviso al Cónsul del Estado correspondiente. Los Ministros disidentes realizan, entonces, otra interpretación de la norma cuestionada. En virtud de la misma, la bandera del buque sería preferente al argumento de titularidad del mismo. Surge de esta manera una división en la letra legal: si el buque es de bandera nacional, deberá notificarse al propietario y si el buque es de bandera extranjera, deberá notificarse al Cónsul respectivo.

### 4 El derecho aplicable y la tutela del patrimonio cultural subacuático

En este apartado haremos un somero repaso de la normativa vigente. El análisis tendrá como objetivo verificar la existencia de dos lógicas jurídicas sincrónicas: una en la que prevalece el derecho de propiedad, que llamaremos privatista y que se configura con la normativa vigente al momento del hallazgo de la Corbeta; y otra en la que prima el derecho colectivo al disfrute del patrimonio cultural, que surge a partir de la reforma constitucional de 1994.

En tal sentido se analizarán: la Constitución Nacional, las normas contenidas en el Código Civil, y en la Ley de Navegación de Argentina; las provenientes de la Convención sobre el Derecho del Mar<sup>10</sup>; la Ley de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico (ley 25.743) y la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982 y ratificada por Argentina mediante ley 24.543 el 13/09/1995.

<sup>11</sup> Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Sub-

#### 4.1 El modelo privatista: la Corbeta como un tesoro marino

La Constitución Nacional fue reformada en el año 1994, incorporándose en ese momento el derecho al patrimonio cultural en su artículo 41<sup>12</sup>. El estatus de derecho fundamental está dado formalmente por la inclusión en la Carta Magna. Esto implica que se encuentra en el punto más alto de la escala de valores jurídicos, ya que por un lado determina la legitimidad de los actos y decisiones del Estado y en general de la sociedad política y por otro incluye los atributos con que los individuos se desenvuelven en su vida en sociedad. Siguiendo a Magdalena Correa Henao,

La condición fundamental de los derechos atribuida por la Constitución, implica que prevalecen sobre toda norma precedente o sobrevinida, que obligan a todos los poderes del Estado, que en ausencia de desarrollo legal puedan ser impuestos o aplicados directamente y que deben tenerse como criterios hermenéuticos preferentes en toda operación de creación o aplicación del Derecho<sup>13</sup>.

En el momento en que se hallaron los restos de la Corbeta, la Constitución no incluía en su articulado una referencia explícita al patrimonio cultural. No obstante, la doctrina jurídica entendió que la facultad del Congreso de proveer lo conducente a la prosperidad del país y al progreso de la ilustración encerraba la posibilidad de legislar sobre bienes culturales<sup>14</sup>.

Para la Organización de Naciones Unidas para la Educación y la Cultura (UNESCO por sus siglas en inglés), el patrimonio cultural es “todo objeto al cual

la cultura le otorga un valor. Así, bien cultural refiere no sólo a las manifestaciones del arte en general, sino a toda forma de vida de un pueblo” (UNESCO, Segunda Conferencia General, México, 1982). Para el Derecho, esa definición de patrimonio cultural puede parecer escurridiza. No obstante la doctrina ha concebido una conceptualización a partir de relacionar criterios provenientes de los estudios sobre la cultura<sup>15</sup> y la determinación por el ordenamiento jurídico (a través de declaración por ejemplo) de sus atributos.

Los bienes culturales son complejos. En ellos se manifiesta una realidad fáctica (mueble, inmueble o intangible) y una especial valoración o simbolización sobre el mismo, que implica un reto para el legislador, quien debe prever ambas condiciones al reglamentar la tutela. Esta complejidad conceptual generó, por un lado la existencia de definiciones legislativas poco claras, y por otro la opción del legislador de referir al patrimonio cultural a través de ejemplificaciones y descripciones de los bienes que lo componen<sup>16</sup>. En este último caso, la verificación de la inclusión en la lista o de la detentación de los caracteres, da mayor seguridad jurídica al titular dominial de los mismos.

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico argentino, formarán parte del patrimonio cultural aquellos bienes que han sido expresamente declarados como tales, o que posean los caracteres establecidos por la legislación para su inclusión en este régimen especial. Esto implica que no es necesario que una norma legal determine o especifique, en cada caso, si el bien está o no sujeto a la reglamentación especial. Por detentar las

acuático, adoptada en el seno de UNESCO en 2001 y ratificada por Argentina mediante ley 26.556 el 18/11/2009 entró en vigor para Argentina el 19/10/2010.

<sup>12</sup> El texto del artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina expresa: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales [...]”

<sup>13</sup> CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

<sup>14</sup> Esta facultad estaba contenida en el antiguo artículo 67 inciso 16 (actual artículo 75 inc. 18 sin reformas). En ese sentido se aprobaron numerosas leyes que declaran sitios como “monumento nacional” e incluso se creó, en 1941 la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos por ley 12.665.

<sup>15</sup> Los juristas españoles Guillermo Orozco Pardo y Esteban Pérez Alonso afirman que el concepto de patrimonio cultural “descansa sobre criterios extrajurídicos, relativos a valores inherentes a la idea de cultura en cuanto acervo de conocimientos, bienes y principios del pasado y presente de una comunidad, por lo que se debe admitir como una categoría abierta, flexible y amplia, graduándose en función de la relevancia de los valores que cada bien comporta a las distintas clases incluidas en el concepto” (OROZCO PARDO, Guillermo; PEREZ ALONSO, Esteban. *La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, Cultural o Artístico*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 56).

<sup>16</sup> Verbigracia en las leyes 25.197 y 25.743 se realiza una definición de lo que consideran “patrimonio cultural” que es susceptible de recibir críticas debido a la deficiente técnica legislativa (en el caso de la ley 25.743, Antonio Calabrese ha realizado un análisis promenorizado en “...”). Ejemplos de enumeraciones legislativas de los bienes pueden citarse el Convenio para la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, firmado en La Haya en 1954 y la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecho en París el 17 de noviembre de 1970.

características enunciadas en la misma, sería suficiente para catalogarlo como un bien del “patrimonio cultural argentino”.

Al momento del descubrimiento de los restos del naufragio, los mismos no se encontraban en ningún inventario, ni estaban declarados como “patrimonio cultural” ni poseían características establecidas por alguna ley (nacional o provincial) que los identifique como tales. De hecho eran desconocidos por la mayoría de la población. En consecuencia, no tenían el estatus jurídico de “patrimonio cultural” atento que no habían sido declarados tales.

En la jerarquía legal, en cambio, el viejo Código Civil y Comercial Argentino establecía la titularidad como bien público del Estado Nacional o los Estados Provinciales, de las ruinas o yacimientos arqueológicos de interés científico<sup>17</sup>, en el mismo sentido continuó el actual Código Civil y Comercial. Es necesario, en este punto, aclarar el contexto de redacción de este artículo.

En Argentina regía, desde 1913, la ley 9.080 cuyo artículo 1° establecía la propiedad pública del Estado Nacional de los yacimientos y objetos arqueológicos y paleontológicos. Al sancionarse la ley 17.711 modificatoria del Código Civil, se reforma el régimen reconociendo el dominio público provincial. A partir de esta ley las provincias comienzan a legislar en sus ámbitos jurisdiccionales sobre estos bienes. Es decir que a la época en que la Corbeta fue hallada, estaba vigente una norma que reconocía la importancia del patrimonio arqueológico, y la titularidad del mismo como un bien público provincial (atento a la localización de la misma pues el cauce del río Deseado nace y muere en territorio santacruzense).

La ley 9.080 adoptó la idea de una “arqueología de los objetos”, propia de la época en que fue sancionada, en que la arqueología se preocupaba por recuperar objetos de las poblaciones originarias y realizar sobre los mismos un estudio metódico. En el caso de la ley 17.711, no determinaba lo que se entiende por un “yacimiento arqueológico o paleontológico”, dichas definiciones serán tomadas de la ciencia arqueológica y paleontológica del momento, aunque sí establece una finalidad de protección de los mismos: el interés científico en su conservación.

<sup>17</sup> Esta disposición se encontraba en el Código Civil vigente al momento del hallazgo, en el artículo 2340; el nuevo Código Civil y Comercial la mantiene en el artículo 235 inc. h).

No es posible dejar de mencionar que en el artículo 2.342 del Código Civil vigente al momento del hallazgo se realiza una mención explícita a los buques naufragados en las costas<sup>18</sup>. Pero en este caso la doctrina consideraba que la propiedad se adquiere en virtud del derecho de presa marítima<sup>19</sup>, es decir que dicha titularidad deriva de las normas del derecho de guerra, por las cuales el Estado vencedor es titular de los bienes del Estado vencido que quedan en su poder. Atento que en el caso estudiado Argentina no se encontraba en guerra con el Reino Unido, no es posible argumentar a partir de este artículo para fundamentar la apropiación del pecio por parte del Estado Provincial.

Conforme la normativa local, la Corbeta pertenece al Estado provincial de Santa Cruz, quien se lo atribuyó por medio de los decretos 1430/82 y 20/85; incorporándola a su patrimonio cultural por ser un yacimiento arqueológico de interés histórico y basando su apropiación en que la embarcación era una cosa mueble abandonada en un bien de dominio público provincial (el cauce del río).

Debe considerarse, sin embargo, que la Corbeta no forma parte del cauce. Entonces es necesario encontrar otra explicación para la alusión a dicho artículo. Una posibilidad estaría dada por la consideración del buque como un inmueble por accesión<sup>20</sup>, dado que se encuentra adherido al suelo sin posibilidad de separarse de él. A

<sup>18</sup> Código Civil Argentino, Art. 2.342 inc. 5: “*Son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: [...] 5° Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios.*”. En 2014 se sanciona el Código Civil y Comercial que no posee una norma similar a la transcripta.

<sup>19</sup> Así, Elena Híton y Salomé Wierzba indican que “*En ejercicio de la soberanía, el Estado ejerce una ocupación o apoderamiento de la propiedad privada. En la guerra terrestre se trata del botín y en la marítima de la presa*” (HIGTON Elena; WIERZBA Salomé. Comentarios a los arts. 2311 a 2350 del Código Civil Argentino. In: BUERES, Alberto (dir.). *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 10-135. p.118). Raymundo Salvat, comentando el mismo inciso expresa “*La condición para que estas cosas se consideren bienes privados del Estado, como resulta del texto expreso de la ley, es que ese trate de cosas pertenecientes a enemigos o corsarios; enemigos, es decir, cosas pertenecientes a un país en guerra con el nuestro o a sus súbditos [...]*” (SALVAT, Ricardo. *Tratado de derecho civil argentino*: parte general: de las cosas, de los hechos y actos jurídicos. 8. ed. Buenos Aires: La Ley, 1947. p. 96).

<sup>20</sup> El Código Civil y Comercial Argentino, en el artículo 226 establece “*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario.*”



fin de sostener esta postura, sería necesario aceptar que el reflotamiento del buque (y por ende su separación del suelo) es imposible. Según la argumentación de la demanda, el mismo decreto en un momento se fundamenta que la Corbeta es una cosa mueble perdida, y en otra instancia se dice que es una cosa mueble abandonada; cuestiones que son jurídicamente distintas.

Para que la cosa se considere abandonada la doctrina exige dos condiciones: a) un acto de desprendimiento material de la cosa; b) la intención de no continuar ejerciendo el dominio sobre la cosa<sup>21</sup>. Es importante aclarar que no se configura el supuesto por la actitud pasiva del propietario, puesto que el dominio subsiste aún cuando no se lo ejerza (artículo 1.942 del Código Civil y Comercial). Es necesario un obrar positivo del propietario, que deliberadamente abandone la cosa para que la misma sea apropiada por el primer ocupante de ella. En este caso, evidentemente, falta la voluntad del dueño de abandonar la cosa.

De manera concordante, la ley de navegación establece un régimen específico para quien recoja de las playas o del agua bienes provenientes de naufragios, y también para quien intente reflotar los restos de naufragios. En todos los casos está prevista la notificación al titular dominial a fin de que ejerza su derecho de dominio o manifieste su voluntad de desprenderse de la cosa<sup>22</sup>.

Por último, es conducente destacar que hay algunos autores que han fundamentado la apropiación de ciertos pecios basándose en las disposiciones contenidas en la “Ley de Tesoros”<sup>23</sup>. Pero al respecto, nuestro Código Civil y Comercial ha regulado en el artículo 1951 la exigencia que los mismos se encuentren escondidos y sin

memoria o indicio de quién sea su dueño. Ello definitivamente no es aplicable a un buque del cual tenemos datos acerca de su filiación.

Por lo antedicho entendemos que no es posible aplicar al caso las disposiciones de los bienes abandonados, atento a que no existió una voluntad manifiesta del Reino Unido de desprenderse de la Corbeta, y la mera inactividad para su recupero, como se glosó, no implica la pérdida de dominio de la misma.

Por su parte la ley de navegación, acorde a la época en la que fue dictada, no preveía la posibilidad de rescate de pecios que poseyeran valor cultural. Evidentemente las disposiciones atinentes al salvamento, que se desarrollan a continuación están concebidas para el rescate de buques comerciales o de aquellos que puedan perjudicar la navegabilidad de los ríos y mares.

Así, esta ley recepciona en su artículo 6 una antigua idea plenamente aceptada a nivel internacional, que establece que el buque será considerado como un fragmento del territorio de la bandera que enarbola, y por lo tanto, en todo lo atinente a su orden interno será regulado por la ley de su pabellón. Lo mismo sucedería aunque el buque navegue por aguas jurisdiccionales de un Estado extranjero, siempre y cuando sus actividades se enmarquen en lo entendido como “paso inofensivo”. Estas disposiciones tuvieron como objetivo dar un régimen jurídico a la comunidad viajante, a fin de establecer el derecho aplicable al caso concreto en una materia caracterizada fundamentalmente por la internacionalidad, y la puesta en contacto de ordenamientos jurídicos de diversos países. Así, con el objetivo de unificar criterios legislativos, han surgido un sinnúmero de instrumentos internacionales, entre ellos encontramos la Convención de Montevideo de 1940 (suscripta por Argentina) donde se recepta formalmente el principio antes mencionado, y además se acepta la imprescriptibilidad del dominio y la inembargabilidad de los buques estatales. Son considerados estatales aquellos buques afectados al cumplimiento de un servicio público, sin importar la titularidad sobre el mismo. En el caso de la H.M.S Swift, no hay dudas que al formar parte de la flota de la Real Armada Británica, y estar destinado a la guerra, está protegida por esta convención; por lo tanto, siempre será de propiedad del gobierno británico, hasta tanto no medie un efectivo desprendimiento del dominio.

La ley de Navegación contempla, como adelantamos, la posibilidad de que los propietarios de los pecios

<sup>21</sup> Respecto de este último requisito, se exige que el abandono traduzca un propósito deliberado de abdicar del dominio: “*Dicho acto tiene que ser voluntario, pues de no ser así, la cosa no será susceptible de apropiación [...]*” (AREAN, Beatriz. Comentarios a los arts. 2524 al 2610 del Código Civil Argentino. In: BUERES, Alberto (dir.). *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 490-562. p.492). Por ello, el mismo Código Civil (hoy derogado), en el artículo 2.528 establecía que no son susceptibles de apropiación “los despojos de los naufragios”.

<sup>22</sup> Sin embargo, la doctrina ha reconocido que si se tratare de buques enemigos, estas cosas pasan al dominio privado del Estado en virtud de lo establecido por el artículo 2.342, inciso 5 del Código Civil ya mencionado (SALVAT Ricardo. *Tratado de derecho civil argentino: derechos reales*. Buenos Aires: Dominio Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962. p. 122).

<sup>23</sup> FERNANDEZ DOMINGO, Jesus. *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Zavallia, 2010.

o terceros, intenten iniciar tareas de reflotamiento, recuperación o extracción de los buques hundidos en aguas jurisdiccionales. El ordenamiento jurídico también reconoce el derecho de preferencia a quien primero diese la ubicación exacta de la embarcación. En este caso, uno de sus halladores fue Daniel Guillén, por lo tanto resultaba beneficiado por este favor concedido por la ley. Una interpretación dogmática de la normativa vigente evidencia que una vez que Guillén realiza el pedido de reflotamiento, se debió notificar al Cónsul británico (y no al gobierno santacrucense) puesto que conforme la ley analizada, la Convención de Montevideo y el Código Civil (vigente en ese momento), jamás se extinguió el dominio sobre este buque, así como tampoco se vio debilitado el lazo que unía al Reino Unido con la corbeta Swift, por el mero transcurso del tiempo.

Todo lo anterior demuestra que al momento del hallazgo de la Corbeta la misma no estaba identificada como “patrimonio cultural argentino” y las normas que le eran aplicables tenían la lógica privatista de los ordenamientos decimonónicos. Ello implicaba otorgar facultades extraordinarias al propietario (disponer, usar, gozar e incluso destruir la cosa) y la exclusividad del derecho respecto de terceros. Por esta razón se consideraba importante notificar al propietario de cualquier acción que se realizase sobre la cosa (v.g. el reflotamiento en la ley de navegación) y sólo perdía tal derecho por el abandono voluntario de la cosa.

#### 4.2 El modelo comunitario: la identificación del patrimonio cultural subacuático

A la postre se fue configurando otra lógica en el sistema jurídico axiológico. Si bien no eran aplicables al momento del hallazgo, creemos oportuno mencionar las normas contenidas en la Convención sobre el Derecho del Mar, la Ley de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico y la Convención sobre Patrimonio Cultural Subacuático pues dan cuenta de este nuevo paradigma. Las mismas contienen argumentos que pueden apoyar la tutela de la Corbeta como parte del patrimonio cultural subacuático argentino, a partir de considerarlo un derecho fundamental amparado por el artículo 41 de la Constitución Nacional.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar adoptó una postura proclive a la protección del patrimonio subacuático, en virtud de los diferentes regímenes jurisdiccionales establecidos en la

misma<sup>24</sup>. De esta manera, podemos encontrar el principio general en el artículo 303, que establece la obligación de los Estados de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar. Un régimen específico se establece en el artículo 149 relativo a la regulación de la Zona (espacio marino fuera de los límites de la jurisdicción nacional). Se ordena que estos objetos de carácter arqueológico o histórico se dispongan “*en beneficio de toda la Humanidad*”. No obstante, a renglón seguido advierte acerca de los derechos preferentes de ciertos Estados que poseen un especial vínculo con dichos objetos.

En virtud de esta normativa, y por la ubicación de la Corbeta Swift, Argentina posee un derecho exclusivo sobre este objeto arqueológico en cuanto tal. Sin embargo, por el juego de la normativa del derecho de la navegación, que incluso a nivel internacional reconoce la aplicación de la ley de situación del buque como algo excepcional (v.g. embargo), esta afirmación es puesta en duda. En principio rige la Ley del Pabellón y así lo ratifica, aunque de manera incierta, la convención analizada.

De la misma jerarquía legal, aunque posterior en su ratificación por Argentina (2010), es la Convención de UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático que establece una obligación general de los Estados Parte de preservarlo. Si bien la protección del patrimonio subacuático fue un tema considerado desde la implementación de innovaciones tecnológicas que permitieron realizar hallazgos de manera más certera y segura<sup>25</sup>, esta Convención fue el primer instrumento internacional sobre la temática. Mariano Aznar Gomez señala que la *International Law Association* “en 1988 ya

<sup>24</sup> “[...] la jurisdicción está repartida como sigue: 1. Los Estados ribereños tienen derechos exclusivos sobre los objetos arqueológicos e históricos en sus aguas interiores, mar territorial y aguas archipiélagicas. 2. Los Estados ribereños tienen jurisdicción por lo que respecta al levantamiento de tales objetos en cualquier zona contigua que ellos hayan proclamado a tal fin. 3. Todos los Estados disfrutan de libertad en aquella parte de la ZEE [Zona Económica Exclusiva] y de la plataforma continental situada fuera de la zona contigua por lo que respecta a la remoción de objetos arqueológicos” (CONDE PÉREZ, Elena. *La investigación científica marina: régimen jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p.25). Sobre las obligaciones internacionales que se generan para la protección del ambiente marino, puede consultarse OLIVEIRA, Carina Costa de; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos. *Revista Direito Internacional*, v. 12, p. 108-124, n. 1, 2015.

<sup>25</sup> ROBERTS, Hayley. The British ratification of the underwater heritage convention: problems and prospects. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 4, n. 67, p. 833-865, 2018.

había establecido en su seno un Comité sobre el derecho del patrimonio cultural y que un año más tarde [...] empezaría a redactar un Proyecto de convención sobre el patrimonio cultural subacuático<sup>26</sup>. Sin embargo fueron necesarias varias reuniones de expertos para lograr consenso sobre los principios y reglas generales de esta Convención<sup>27</sup>.

El objetivo de la Convención es la cooperación entre los Estados para salvaguardar el patrimonio subacuático. Esta preservación deberá hacerse en beneficio de la Humanidad y privilegiará la conservación *in situ* de los bienes<sup>28</sup>.

En concordancia con la Convención sobre el Derecho del Mar, respeta la soberanía nacional en la reglamentación y autorización de actividades destinadas a la tutela del patrimonio cultural subacuático que se encuentra sumergido en aguas jurisdiccionales. No obstante, en su Anexo prevé las “*Normas relativas a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático*” que los Estados Parte deben incorporar en su legislación.

De esta manera se puede observar una globalización del derecho aplicable, a partir de la internacionalización de normas emanadas de una Organización de este tipo.

<sup>26</sup> AZNAR GÓMEZ, Mariano. Protección en el espacio iberoamericano del patrimonio subacuático y convenios de la UNESCO. In: BARRADO Cástor M. Díaz *et al.* (coord.). *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*. Madrid: Thomson Reuters, 2011. p. 139.

<sup>27</sup> Al respecto puede consultarse: GONÇALVES, Ruben Miranda. The protection of the underwater cultural heritage in the Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001. *Revista de derecho*, v. 1, n. 24, p. 247-262, 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000100247> Acceso en: 20 mayo 2020.

<sup>28</sup> Resulta interesante destacar que la idea de que el país de origen no es siempre el lugar más adecuado para la conservación de los bienes del patrimonio cultural ya ha aparecido en el debate internacional en torno a la protección de los mismos. Así, Saliba Aziz y Fabris Alice Lopes analizan los argumentos enunciados por Grecia para la recuperación de los Mármoles del Partenón y los brindados por Gran Bretaña para mantenerse en posesión de los mismos. A partir de allí las autoras entienden que “*hay dos concepciones (para el regreso o mantenimiento), una nacionalista y otra internacionalista de protección de los bienes culturales. La concepción nacionalista entiende que el patrimonio cultural posee tal título porque es parte de la identidad cultural de un pueblo, estando estrechamente ligado a la idea de cultura. [...] La concepción internacionalista en tanto, tiene como base el hecho de que tales elementos muchas veces son llamados “de la humanidad”, perteneciendo así a la humanidad como un todo y no solamente a un país. Luego, el Estado que tendría prioridad en hospedar estos bienes culturales sería aquél que ofreciera una mayor preservación, integridad y distribución y no necesariamente el país de origen*” (SALIBA, Aziz; LOPES FABRIS, Alice. O retorno dos bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 489-509, 2017).

Esta clase de regulaciones, denominadas *soft law*, se han incrementado exponencialmente y vienen acompañadas de la necesidad de implementación al interior del Estado<sup>29</sup>. Dicha implementación, habitualmente realizada por el Poder Ejecutivo, permite advertir que la administración es permeable respecto del plano internacional<sup>30</sup> (*cita omitida para preservar autoría*).

La Convención adopta una nueva visión de la tutela del patrimonio, privilegiando dicha protección sobre las normas de salvamento y hallazgos, en concordancia con lo reclamado por la doctrina<sup>31</sup> y acorde a una visión de los pecios ya no sólo como un bien comercial o un obstáculo a la navegación sino como bienes integrantes del patrimonio cultural de la Humanidad.

Para el caso en estudio, es de vital importancia lo establecido en el artículo 7 inciso 3 respecto de la notificación al Estado de Pabellón del descubrimiento de buques que sean identificables, con la finalidad de cooperar sobre los mejores métodos de protección del mismo.

Finalmente, respecto de la conservación del patrimonio cultural subacuático<sup>32</sup>, y del acceso del público al mismo, las disposiciones de la Convención ratifican lo obrado en Puerto Deseado, a través de la creación del Museo Mario Brozoski y de la actividad desplegada por el INAPL.

No obstante, es preciso señalar que el Reino Unido (país de bandera del buque) no suscribió a esta Con-

<sup>29</sup> Sobre esta categoría normativa, puede consultarse: GALBRAITH, Jean; ZARING, David. Soft law as foreign relations law. *Cornell Law Review*, n. 99, p. 735-794, 2014. Disponible en: <http://cornelllawreview.org/files/2014/05/99CLR735.pdf> Acceso en: 03 mayo 2020.

<sup>30</sup> Para consultar esta argumentación con más detalle: LEVRAND, Norma; ENDERE, María. Nuevas categorías patrimoniales: la incidencia del soft law en la reciente reforma a la ley de patrimonio histórico y artístico de Argentina. *Revista Direito GV*, Brasilia, v. 16, n. 2, p. 1-31, 2020. p. 31; LEVRAND, Norma. La tutela jurídica del patrimonio cultural bajo la influencia del soft law: estudio del caso Misiones Jesuíticas Guaraníes en Argentina. *Cuadernos del CLAEH*, v. 37, n. 108, p. 121-142, 2018.

<sup>31</sup> Al respecto señala Fernandez Domingo que “[...] aspectos tan esenciales como son los del rescate y, sobre todo, el de su posible importancia para el patrimonio de la nación, no se habían vislumbrado”. (FERNANDEZ DOMINGO, Jesus. *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Zavalía, 2010. p. 55).

<sup>32</sup> “Para Merryman el primer criterio que debe ser observado es el de la preservación, ya que si los elementos fuesen destruidos, la humanidad sería privada de una importante parte de su patrimonio cultural [...] El segundo aspecto a ser observado sería el de la integralidad de los elementos, teniéndose en cuenta la unidad de la obra”. (SALIBA, Aziz; LOPES FABRIS, Alice. O retorno dos bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 489-509, 2017).



vención. Si bien incorporó en 2005, como política nacional las “*Normas relativas a actividades dirigidas [...]*” que conforman el Anexo de la Convención estudiada, ello demuestra la fuerza globalizadora de este tipo de directrices y no hace exigible el texto de la Convención, la cual aún no ha suscrito.

La pregunta por la posibilidad de proteger la Corbeta conforme la Convención, aún cuando el Estado de bandera del buque no la suscribió, exige considerar las normas del derecho internacional. El mismo está compuesto por el sometimiento voluntario y libre de los Estados a los Tratados y Convenciones, a partir de su suscripción y posterior ratificación y también por el reconocimiento de la costumbre internacional. En este último caso, implicaría la repetición de acciones de salvaguarda del patrimonio cultural subacuático por parte del Reino Unido siguiendo los lineamientos de la Convención. Ninguna de las dos posiciones se verifican en este momento.

Al momento de la discusión de la Convención en el seno de UNESCO, el Reino Unido optó por no votar la misma, arguyendo una serie de cuestionamientos al texto. En lo que nos ocupa, fue importante la alusión a la contradicción evidente entre el texto de la Convención de UNESCO y la Convención del Derecho del Mar anteriormente desarrollada respecto de la inmunidad de los buques estatales<sup>33</sup>. Durante varios años se trabajó para convencer al Reino Unido de ratificar la Convención<sup>34</sup>. Ello incluyó un Proyecto de Revisión que contenía las acciones llevadas adelante por Argentina en el recupero de la Corbeta HMS Swift<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> “*Las discusiones sobre los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado utilizados en el servicio no comercial han demostrado ser polémicas. Ha habido intentos exhaustivos de llegar a un consenso entre las demandas en competencia de la inmunidad soberana disfrutada por los Estados del pabellón, por un lado y las reclamaciones jurisdiccionales de los Estados ribereños por otro. Por desgracia, las diferencias no han sido resueltas. El Reino Unido considera que el texto actual erosiona los principios fundamentales de la costumbre del derecho internacional, codificada en la Convención sobre el Derecho del Mar de ONU, de la inmunidad soberana que es retenida por el Estado sobre los buques de guerra y buques y aeronaves utilizados para el servicio no comercial hasta que no sean expresamente abandonados por ese Estado.*” Posición del Reino Unido en la explicación de la votación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Subacuático en 2001 citado por Gribble (GRIBBLE John. The UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001 an impact review for the united kingdom: project design. *Journal Maritime Archeology*, n. 6, p. 77-86, 2011).

<sup>34</sup> ROBERTS, Hayley. The British ratification of the underwater heritage convention: problems and prospects. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 4, n. 67, p. 833-865, 2018.

<sup>35</sup> GRIBBLE John. The UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001 an impact review for the

Cronológicamente anterior, pero jerárquicamente inferior es la ley de Patrimonio Arqueológico y Paleontológico N° 25.743. La misma incluye una definición de Patrimonio Arqueológico en su artículo 2<sup>36</sup> que contempla el patrimonio sumergido.

Lamentablemente la desacertada alusión al vínculo con “[...] grupos socioculturales que habitaron el país” podría atentar contra la consideración de la Corbeta como “patrimonio arqueológico” de nuestro país. La Corbeta, y todo lo que en ella pueda encontrarse hace referencia a la vida de a bordo de la comunidad viajante, vida que será el fiel reflejo de la cultura británica de aquella época. Con tono casi poético dice el jurista español, Jesús Fernández Domingo indica que

[...] un barco hundido constituye una cápsula de tiempo. Esta embarcación es algo más que el pecio que se nos presenta, que la carga, que las propias víctimas. Es, sencillamente, un momento de una sociedad que se ha quedado, para siempre, fijada en un lugar de la Historia [...] La Arqueología nos regala un día en la vida de unas personas, de un microcosmos, de una sociedad, compleja aunque reducida, varada para siempre en un rincón de la eternidad [...]<sup>37</sup>.

Es claro que en este punto se produce una colisión entre los derechos reivindicados por la comunidad que construyó vínculos con la historia del barco posteriormente al hallazgo; y los derechos alegados por la comunidad que está legítimamente unida al barco por un vínculo anterior, ya que el pecio encierra un fragmento de su propia historia.

A pesar de lo antes dicho, en caso de considerarse como patrimonio arqueológico argentino, el dominio del mismo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley, corresponde a la Provincia de Santa Cruz. La ley establece un régimen completo de estos bienes, instituyendo una autoridad de aplicación a nivel nacional (INAPL) y respetando las facultades provinciales de establecer sus propias autoridades de control.

Se configura, a partir de la normativa citada, una nueva lógica de prelación de principios, en la que el de-

united kingdom: project design. *Journal Maritime Archeology*, n. 6, p. 77-86, 2011. p. 81.

<sup>36</sup> La Ley 25.743, en su artículo 2 establece: “*Forman parte del Patrimonio Arqueológico las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes.*”

<sup>37</sup> FERNANDEZ DOMINGO, Jesus. *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Zavallía, 2010. p. 12.

recho colectivo a la tutela del patrimonio cultural (como un derecho de la Humanidad en las convenciones internacionales y como un derecho de los habitantes argentinos en la regulación nacional) prevalece sobre el derecho de propiedad y el Estado de pabellón. Esta nueva lógica no desconoce el vínculo entre el Estado de pabellón y el buque, sino que por el contrario intenta que dicho Estado y el Estado en el cual se encuentra el pecio cooperen a fin de lograr una mejor conservación del patrimonio subacuático. La finalidad tuitiva implica que exista un acceso público al mismo, y por ello se fomentan actividades de divulgación y se niega la posibilidad de comercio privado de los bienes.

## 5 Reflexiones finales

Este trabajo parte del análisis de un caso de estudio que permite visualizar el rol del derecho en el proceso de construcción del patrimonio cultural.

El hallazgo de la Corbeta Swift, producido en un momento en el cual Argentina no contaba con una normativa específica de patrimonio subacuático, y en el ámbito internacional esta temática aún se debatía en los espacios científicos, precipitó una serie de acciones que culminaron con la construcción simbólica del hallazgo como parte de la identidad de Puerto Deseado.

A ello contribuyeron, en primer lugar, los actores que estimularon la catalogación de este pecio como un bien colectivo. Por un lado, con un alcance limitado por su interés, el grupo de buzos amateur que realizaron el hallazgo, posibilitaron posteriores campañas para el rescate de objetos y restos humanos de la Corbeta. Inmediatamente la Provincia de Santa Cruz generó un espacio de investigación y difusión del hallazgo en el actual Museo Municipal Mario Brozoski. Estos factores, sumados a la acción de los expertos que generaron investigación en el ámbito de la categoría “patrimonio subacuático”, permitieron consolidar una comprensión del hallazgo epistémicamente signada por la comunitarización de los objetos rescatados y la creación de un pasado ligado a las exploraciones continentales en los habitantes de la localidad de Puerto Deseado.

Sin embargo, esta construcción del patrimonio cultural no estuvo exenta de tensiones. Las mismas se evidenciaron en la causa judicial, que fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como se ex-

plicó, uno de los buzos que halló el pecio reclamó la propiedad del hallazgo y su reflotamiento conforme las normas jurídicas del derecho de la navegación vigentes en ese momento. En esta encrucijada el rol del derecho y de sus operadores es fundamental, para decidir la disputa a favor del patrimonio cultural.

Si bien el derecho al patrimonio cultural no se encontraba constitucionalizado, el desarrollo del mismo en el ámbito internacional, fundamentalmente a partir de la labor de UNESCO, ofreció argumentos a la Provincia de Santa Cruz para generar normas jurídicas que declararon que la Corbeta Swift pertenecía al patrimonio de la misma. En su interpretación de las normas del derecho de la navegación, la Corte Suprema entiende que esta declaración de la provincia posee mayor legitimidad que la bandera del buque. Por ello convalida la notificación realizada por la autoridad administrativa a la provincia como propietaria del pecio. La legitimidad de esa declaración debe ser cuestionada previamente a la solicitud de reflotamiento, en la interpretación judicial. De este modo se manifiesta el rol que el derecho cumple en la construcción de este patrimonio cultural.

El análisis de las normas jurídicas que juegan sincrónicamente a favor y en contra de la protección del patrimonio subacuático en Argentina da cuenta de las tensiones que se producen en un momento de cambio paradigmático. Este cambio no sólo involucra las lógicas privatista y colectivista de los bienes, sino también los desplazamientos que se producen por la mayor influencia del derecho internacional. La globalización ha trascendido también en el ámbito de la tutela del patrimonio cultural. En efecto, si bien no existe una fuente de Derecho Internacional que obligue al Reino Unido a respetar una Convención que no ha ratificado, dicho país ha incorporado como una política interna las normas que conforman el Anexo de la misma. Ha internalizado, de esta manera, una fuente de derecho internacional no obligatoria para sí, con la consecuencia de aplicar estas normas en su jurisdicción.

El rol del derecho, junto a la labor de los otros actores evidencian la creación de un vínculo entre la Corbeta Swift y la comunidad de Puerto Deseado. Este vínculo, inexistente en 1982, se formó a partir de la apropiación de la historia por parte de la comunidad. Esta apropiación fue fomentada, mediada, por la difusión del hallazgo y de las circunstancias históricas del hundimiento del buque, que se realizó tanto desde la gestión cultural

del Museo como desde las investigaciones del INAPL o desde los medios de comunicación que informaron el descubrimiento y siguieron su derrotero. Pero también es necesario reconocer que dicha apropiación fue apropiada por el juego de normas jurídicas y su interpretación por la Corte Suprema de la Nación. De este modo se creó un patrimonio cultural para Puerto Deseado, y hoy esta sociedad percibe que el pecio le pertenece.

## Referencias

- AREAN, Beatriz. Comentarios a los arts. 2524 al 2610 del Código Civil Argentino. In: BUERES, Alberto (dir.). *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 490-562.
- ARGENTINA. *Ley 20.094*. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43550/texact.htm> Acceso en: 03 mayo 2020.
- AZNAR GÓMEZ, Mariano. Protección en el espacio iberoamericano del patrimonio subacuático y convenios de la UNESCO. In: BARRADO Cástor M. Díaz *et al.* (coord.). *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*. Madrid: Thomson Reuters, 2011.
- CONDE PÉREZ, Elena. *La investigación científica marina: régimen jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Guillén, Daniel Esteban c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa de la Nación) s/ demanda contencioso-administrativa” CSJN, 24/08/1995. [www.csjn.gob.ar](http://www.csjn.gob.ar)
- DELLINO, Virginia; ENDERE María Luz. The HMS Swift shipwreck. The development of underwater heritage protection in Argentina. *Conservation and management of archeological sites*, v. 4, p. 219-231, 2001.
- ELKIN, Dolores. Bucear en la historia: Puerto Deseado y Península de Valdez. *En Patagonia*, Buenos Aires, v.1, n. 2, p. 6-42, 2004.
- ELKIN, Dolores. Un naufragio, un diario y un hombre. *Novedades de Antropología*, Buenos Aires, v. 69, p. 11-13, ago./nov. 2011.
- FERNANDEZ DOMINGO, Jesus. *Los tesoros del mar y su régimen jurídico*. Buenos Aires: Zavalía, 2010.
- GALBRAITH, Jean; ZARING, David. Soft law as foreign relations law. *Cornell Law Review*, n. 99, p. 735-794, 2014. Disponible en: <http://cornelllawreview.org/files/2014/05/99CLR735.pdf> Acceso en: 03 mayo 2020.
- GONÇALVES, Ruben Miranda. The protection of the underwater cultural heritage in the Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001. *Revista de derecho*, v. 1, n. 24, p. 247-262, 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000100247> Acceso en: 20 mayo 2020.
- GOWER, Erasmus. *An Account of the Loss of His Majesty's Sloop Swift: in Port Desire, on the Coast of Patagonia, on the 13th of March, 1770; and of Other Events which Succeeded, in a Letter to a Friend*. Londres: W. Winchester and Son, 1803.
- GRIBBLE John. The UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage 2001 an impact review for the united kingdom: project design. *Journal Maritime Archeology*, n. 6, p. 77-86, 2011.
- HIGTON Elena; WIERZBA Salomé. Comentarios a los arts. 2311 a 2350 del Código Civil Argentino. In: BUERES, Alberto (dir.). *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 10-135.
- KENNEDY, David. Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance. *Sydney Law Review*, v. 27, p. 1-24, 2004.
- LEVRAND, Norma. La tutela jurídica del patrimonio cultural bajo la influencia del soft law: estudio del caso Misiones Jesuíticas Guaraníes en Argentina. *Cuadernos del CLAEH*, v. 37, n. 108, p. 121-142, 2018.
- LEVRAND, Norma; ENDERE, María. Nuevas categorías patrimoniales: la incidencia del soft law en la reciente reforma a la ley de patrimonio histórico y artístico de Argentina. *Revista Direito GV*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 1-31, 2020.



MARTÍNEZ NOGUEIRA Rorberto. La coherencia y la coordinación de las Políticas Públicas: aspectos conceptuales y experiencias. In: PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO (ed.) *Los Desafíos de la Coordinación y la integralidad de las políticas y gestión pública en América Latina*. Buenos Aires: Jefatura de Gabinete de Ministerios, Presidencia de la Nación, 2010. p. 13-46.

MURIEL, Daniel. El patrimonio como tecnología para la producción y gestión de identidades en la sociedad del conocimiento. *Revista Chilena de Antropología*, n. 19, 2008. Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCA/article/viewArticle/14318> Acceso en: 25 out. 2020.

OLIVEIRA, Carina Costa de; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos. *Revista Direito Internacional*, v. 12, p. 108-124, n. 1, 2015.

OROZCO PARDO, Guillermo; PEREZ ALONSO, Esteban. *La tutela civil y penal del Patrimonio Histórico, Cultural o Artístico*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

ROBERTS, Hayley. The British ratification of the underwater heritage convention: problems and prospects. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 4, n. 67, p. 833-865, 2018.

SALIBA, Aziz; LOPES FABRIS, Alice. O retorno dos bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 489-509, 2017.

SALVAT Ricardo. *Tratado de derecho civil argentino: derechos reales*. Buenos Aires: Dominio Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962.

SALVAT, Ricardo. *Tratado de derecho civil argentino: parte general: de las cosas, de los hechos y actos jurídicos*. 8. ed. Buenos Aires: La Ley, 1947.

**OUTROS TEMAS SOBRE O DIREITO DA ARTE E  
DO PATRIMÔNIO CULTURAL.**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Indigenous refugees and cultural erosion:** possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expressions related to traditional land and native language

**Refugiados indígenas e erosão cultural:** possibilidades e limites do direito internacional dos povos indígenas e dos refugiados na proteção de expressões culturais indígenas relacionadas à terra tradicional e à língua nativa

Rickson Rios Figueira

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# **Indigenous refugees and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expressions related to traditional land and native language\***

## **Refugiados indígenas e erosão cultural: possibilidades e limites do direito internacional dos povos indígenas e dos refugiados na proteção de expressões culturais indígenas relacionadas à terra tradicional e à língua nativa**

Rickson Rios Figueira\*\*

### **Abstract**

This article investigates whether the legal frameworks of international refugee and indigenous peoples law can protect indigenous groups in a refugee situation. It questions if these regimes' main instruments are able to offer effective protection to indigenous refugees in a way that safeguards their cultural specificities, particularly those related to their language as a cultural expression and a way of organizing reality, and the ones derived from the bond with their traditional lands. As a method, the article first introduces the concepts and problems that arise when thinking indigenous culture in relation to the two dimensions of analysis, land and language, and then scrutinizes the legal solutions available in the referred frameworks, evaluating the conditions of their applicability to the situation of indigenous refugees. For this examination, it first deduces a concept of indigenous refugee from international legal studies and instruments. The following section explains the mandatory density of the applicable rules, especially those found in soft law instruments. It proceeds to analyse the impact of the indigenous refugee condition to their cultural expressions to identify the norms that provide its protection. This phenomenon is studied in two scenarios: the indigenous refugee's insertion, under precarious conditions, to urban contexts as a consequence of their uprooting from traditional lands; and the linguistic cultural erosion in the host State. The article concludes that, despite the existence of norms that offer some protection, they prove insufficient for the preservation of indigenous refugees' cultural expressions in face of the profound vulnerability of their condition.

**Keywords:** Indigenous peoples. Refugees. Cultural protection. Indigenous lands. Indigenous languages.

\* Recebido em 30/09/2020  
Aprovado em 29/03/2021

\*\* Instituto Insikiran de Formação Superior Indígena, Universidade Federal de Roraima (UFRR)  
E-mail: ricksonfigueira@gmail.com

## Resumo

Esse artigo investiga se os quadros jurídicos do direito internacional dos refugiados e do direito internacional dos povos indígenas alcançam proteger grupos indígenas em situação de refúgio. Ele questiona se os principais instrumentos desses regimes são capazes de oferecer efetiva proteção aos indígenas refugiados de modo a salvaguardar suas especificidades culturais, particularmente aquelas relacionadas à sua língua, como expressão cultural e modo de organizar a realidade, e as derivadas dos laços com suas terras tradicionais. Como método, o artigo primeiramente introduz os conceitos e problemas levantados ao pensar-se a cultura indígena em relação às duas dimensões de análise, terra e língua, para então escrutinar as soluções legais disponíveis nos referidos quadros, avaliando as condições de sua aplicabilidade às situações de indígenas refugiados. Para esse exame, primeiro deduz-se um conceito de indígena refugiado a partir de estudos jurídicos e das definições de instrumentos internacionais. Na seção seguinte, explica-se a densidade obrigacional das regras aplicáveis, especialmente aquelas encontradas em instrumentos de soft law. Procede-se à análise do impacto da condição do indígena refugiado sobre suas expressões culturais para identificar as normas que oferecem proteção. Esse fenômeno é estudado em dois cenários: a inserção de indígenas refugiados, em condições precárias, em contextos urbanos como consequência do desarraigo de suas terras tradicionais; e a erosão cultural linguística no Estado de acolhida. O artigo conclui que, apesar da existência de normas que oferecem alguma proteção, elas se provam insuficientes na preservação de expressões culturais de refugiados indígenas em face de sua condição de profunda vulnerabilidade.

**Palavras-chave:** Povos indígenas. Refugiados. Proteção cultural. Terras indígenas. Línguas indígenas.

## 1 Introduction

Although little studied, the history of indigenous peoples in a situation of refuge is not new. There are records from the last quarter of the 19<sup>th</sup> century that reveal that indigenous groups, such as the Crees, from the Lake Superior region in Canada, and the Yaquis, which are originally from what is now the state of Sono-

ra, Mexico, crossed the borders in search of protection in the United States, fleeing executions, extermination campaigns and forced labour.<sup>1</sup> In the past 50 years, there have been several reports of displacement of threatened indigenous groups seeking protection in other countries: in the 1980s, Indians of the Maya people left Guatemala during the civil war in search of refuge in Mexico; also in the 1980s, the Montagnards were taken from Vietnam to the United States; so did the Hmong of Laos for their support for the USA during the Vietnam War; in Africa, members of the Twa/Batwa community moved from Burundi to Rwanda between 2006 and 2007; the Somali Bantus, fleeing the conflict in the Horn of Africa, obtained temporary refuge in Kenya.<sup>2</sup> More recently, the world has witnessed the persecution undertaken by the government of Myanmar against the Rohingya people, a group originated from the state of Rakhine, located West of the country, that claims to be indigenous.<sup>3</sup> Also in South America, in the last years, indigenous groups from Venezuela have been requesting refugee status in Brazil – which is the case of the Warao and E'ñepá<sup>4</sup> – and in Colombia – the case of the Yukpas.<sup>5</sup>

The intersection between conditions recognized as deeply vulnerable – indigenous and refugee –, imposes a series of difficulties for the effectiveness of international refugee and indigenous peoples law.<sup>6</sup> The

<sup>1</sup> RENSINK, Brenden W. *Native but foreign: indigenous immigrants and refugees in the North American Borderlands*. College Station: Texas A&M University Press, 2018. p. 51.

<sup>2</sup> YESCAS, Carlos. *Hidden in plain sight: indigenous migrants, their movements, and their challenges*. Migration Policy Institute, 2010. Available at: <https://www.migrationpolicy.org/article/hidden-plain-sight-indigenous-migrants-their-movements-and-their-challenges> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>3</sup> WARE, Anthony; LAOUTIDES, Costas. *Myanmar 'Rohingya' Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 78-79.

<sup>4</sup> FIGUEIRA, Rickson R. Direito dos povos indígenas e migrações forçadas: direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado de indígenas da Venezuela no Brasil. In: PALUMA, Thiago; SQUEFF, Tatiana C. (org.). *Migrações Internacionais no Século XXI: perspectivas e desafios*. Belo Horizonte: Arraes, 2019. p. 144-164. p. 145.

<sup>5</sup> AL JAZEERA. *Indigenous Yukpa face humanitarian crisis after fleeing Venezuela*. 2018. Available at: <https://www.aljazeera.com/news/2018/03/indigenous-yukpa-face-humanitarian-crisis-fleeing-venezuela-180310123952276.html> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>6</sup> Intersectionality theory contributes to the identification of at first sight invisible vulnerabilities, among other reasons, due to their erasure from classic formulations of international law. It is a fundamental analytical resource to avoid essentialism, that is, to refrain from isolating and universalizing experiences of certain privileged groups of identity segments, suggesting unity, which renders the

phenomenon of indigenous refuge imposes a series of issues that challenge the solutions available in these legal frameworks and raise questions such as: may a group of indigenous refugees (or even asylum seekers) enjoy the right to their cultural specificities, traditions and customs in the welcoming country as recognized by the legal instruments regarding the rights of indigenous peoples? Will an indigenous refugee have the right to self-determination under the terms of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), be consulted and actively participate in all stages – from drafting to implementation – of programs and projects that affect their lives as provided for in ILO Convention 169?

Even if the norms for the protection of refugees and those of the rights of indigenous peoples were largely compatible – an analysis that deserves its own study and, therefore, will not be the first object of this article –, the circumstances inherent to the condition of an individual who is at the same time indigenous and a refugee subject him to a state of precariousness which results, among other things, in a process of cultural erosion. If having traces of any human group's culture diluted is undesirable, for indigenous peoples, which are already characterized by numerically reduced and deeply impoverished populations<sup>7</sup> – a consequence of the devastating effects of violent and voracious, modern and contemporary colonization processes –, this erosion can represent the total destruction of their culture, the extinction of their language as a means of organizing reality, an epistemicide<sup>8</sup> that could take place only in a

few generations.

Thus, the problem proposed by this article is to verify whether refugee law can protect indigenous groups in a refugee situation, guaranteeing their cultural specificities, and if, at the same time, the law of indigenous peoples is able to safeguard the traditional customs of the indigenous refugee or asylum seeker. Otherwise, it should be asked whether the normative solutions available in both legal frameworks are sufficient to safeguard the cultural identities of indigenous refugee groups from a process of cultural loss.

There are many studies dedicated to investigating the actual access by refugees to the rights provided in the international regimes that concern them. Likewise, there are several works that deal with the implementation of the rules of international law of indigenous peoples through the subjective enjoyment of their rights, especially considering their cultural specificities. However, scarcer is the literature that, when considering the intersection of identities inherent to the subject who is at the same time indigenous and refugee, as well as the especially precarious circumstances of this individual's condition, has as its main object the concurrence of the norms of refugee and indigenous peoples law. This article seeks to situate itself in this field of investigation, delimiting, however, its object to the impact that the synchronic condition of the indigenous refugee has on their access to specific rights, especially those that safeguard their cultural expression in terms of land and native language.

In this sense, as a working method, the analytical sections of the article seek to initially present the concepts and problems related to indigenous culture while associated with each of these dimensions of analysis, land and language, as reported in the legal, sociological and anthropological literatures, to then examine the legal solutions available in the international refugee and indigenous peoples law, assessing the conditions of their applicability to the concrete situation of indigenous refugees. Although it is recognized that a broad legal dimension of human rights may also refer to the object of this article, the analysis will focus on the provisions

particularities arising from the competition for two or more social markers, whether gender, sexual orientation, physical ability, race, age, nationality or class, invisible. FIGUEIRA, Rickson Rios; PRATA FILHO, Ricardo. Interseccionalidade e a condição da refugiada LGBTI+. In: JUBILUT, Liliana et al. (org.). *Direitos humanos e vulnerabilidades e o direito internacional dos refugiados*. Santos: Universitária Leopoldiana, forthcoming, [s.d.]. See also: HARRIS, Angela. Race and Essentialism in Feminist Legal Theory. *Stanford Law Review*, v. 42, p. 581-616, 1990; DAVIS, Aisha Nicole. Intersectionality and international law: recognizing complex identities on the global stage. *Harvard Human Rights Journal*, v. 28, p. 205-242, 2015.

<sup>7</sup> According to a 2017 report by the then Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Victoria Tauli-Corpus, “[...] while indigenous peoples account for 5 per cent of the world's population, they comprise 15 per cent of those living in poverty. Some 33 per cent of people living in extreme rural poverty globally come from indigenous communities.” UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, Human Rights Council (Thirty-sixth session), A/HRC/36/46, 2017. p. 3.

<sup>8</sup> *Epistemicide* is a mechanism for the suppression of non-Western knowledge, represented, in its most violent version, by European

colonialism, but which remains today in forms that are not always subtle. SANTOS, Boaventura de Souza. *Para Descolonizar el Occidente: más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; Prometeo Libros, 2010. p. 68.



of international refugee and indigenous peoples' law to investigate how they respond to the concrete condition of the indigenous refugee.

It is argued that, even if there were a legal environment in the host country widely open to the formal application of the rules of international indigenous peoples law, guaranteeing and promoting their cultural specificities, the degree of vulnerability of indigenous refugees is such that, more often than not, subjects who find themselves in this condition, in their plight for a solution to the immediate problems that threaten their very existence, adapt to circumstances that lead them to a process of cultural erosion.<sup>9</sup> Even when refugee status is granted, the international standards on the subject do not provide the necessary specific protection that guarantees the preservation of the cultural identities of indigenous people.

To this end, the article initially proposes a concept of indigenous refugee based on international references in which conceptual images of indigenous and refugee are constructed separately. The first section additionally maps the main international regimes whose norms will be the object of the analysis of this article and investigates its mandatory scope and justification for applicability. The following section analyses the relationship between the indigenous and their traditional land as a fundamental factor in sustaining a significant part of their cultural expression, as well as the impact that the removal from their traditional land has for the indigenous refugees. Finally, the analysis focuses on the threats that the linguistic heritage suffers in situations of profound vulnerability that indigenous people undergo in a condition of refuge, as well as the legal responses available in international law.

<sup>9</sup> The International Organization for Migration (IOM) conceptualizes *vulnerability*, in the migratory context, as the “reduced capacity to resist, face or overcome violence, exploitation, abuse and/or violations of their rights, mainly of the following kind: Illegal deprivation of liberty and arbitrary arrest; Violations of workers’ rights and obstacles to the enjoyment of fair and favourable work conditions; Denial of the right to family life and family unit; Torture; Cruel, inhuman or degrading treatment; Pushbacks (*refoulement*); Illegal limitations of the right to come and go; Limitations of the right to a nationality (statelessness); Slavery; Serfdom; Limitation or denial of the rights to education and health care; Sexual exploitation and abuse; Exploitation and abuse against workers.” YAMADA, Erika; TORELLY, Marcelo (org.). *Legal aspects of assisting the Venezuelan migrants in Brazil*. Brasília: International Organization for Migration (IOM), 2019. p. 27.

## 2 Conceptual and theoretical aspects

The conditions of the indigenous and refugee subject can be analysed from different fields of the social and human sciences, such as sociology, anthropology and law. The conceptual image of the indigenous refugee cannot, however, be adequately translated by the mere juxtaposition of the definitions of *indigenous* and *refugee*. This specific intersectional condition in which the two identities are found affects in many dimensions the subject’s life and circumstances, rendering difficult the operation of subsuming its real nature to the conceptual images available in international refugee and indigenous peoples law.

Just as there is no conceptual image in international law that adequately reflects the reality of the indigenous refugee, neither there is a legal framework that guarantees rights according to their specific demands. And, although it can be argued – and in certain circumstances recognized – that this double identity condition enables the competition and more favourable application of the rules of different legal frameworks, there are a myriad of situations in which this operation is not so obvious, for reasons that range from the lack of norms to regulate particular circumstances of indigenous refugees, to interpretations of the norm that hinder or exclude the recognition of institutional competences and even the application of a law that aims to protect the individual when subjected to one of these conditions.

Furthermore, inserted in contexts different than those from which they originate, indigenous people, when in a refuge situation, are also vulnerable to subjective transformations and to a resistance from institutions and agents operating the law when it comes to guaranteeing specific rights to individuals whose reality does not correspond perfectly to the conceptual image described in the norm. Thus, symbolic elements commonly associated with the indigenous – such as the bond with their traditional land – can be re-signified by the subject who becomes a refugee. This situation might result in a difficulty, for the enforcer of the law, in discerning the ontological integrity of the indigenous person, which may even lead to a refusal of recognizing rights to which this individual is entitled. In addition, the profound precariousness that generally characterizes indigenous refugee groups pushes them into conditions of dependency and subservience, in a logic of internal colonia-

lism<sup>10</sup>, and may subject them to a process of fraying their culture and fracturing what is recognized as their indigenous identities, all conveniences to make it difficult for them to have access to their rights.

However, if there is a challenge to understand the web of concepts, rights and meanings that play in the relationship established between the indigenous refugee and the competent institutions and authorities of the host State, there is another aspect that requires equal attention: the migratory movement in itself. In order to carry out an analysis on indigenous refugees, it will be necessary, as Bringas states, to map the types of migratory processes in which they may be inserted. These are: (1) ancestral indigenous mobility, which refers to the movement that takes place within the space of the indigenous land of traditional occupation; (2) transnational indigenous migration, which concerns the movement that takes place beyond political and geographical borders, seeking to maintain contacts and exchanges between the community of origin and destination; and (3) the migration from the rural to the urban world, characterized by a process of adaptation of the indigenous, which tends to disconnect them from central values related to their collective rights, such as land, their people's cosmovision, customs, traditions etc.<sup>11</sup>

The scope of this article focuses mostly on the kind of indigenous migration motivated by the coercive fac-

tors of expulsion, recognized in the hypotheses established in international refugee law. Complementarily, the third type of movement, from the rural to the urban world, is also of interest to this analysis, since it imposes the same challenges faced by indigenous refugees, who in general have as their destination urban spaces in the host States.

The term migration is often associated with a movement resulting from the free choice of an individual – usually exercised on the basis of economic rationality –, who is presented with at least two options: staying or migrating. However, indigenous emigration, especially of those who were living in their traditional lands and according to immemorial customs, is not decided based on this logic. In this sense, Bringas states that:

There is a kind of coercion (for political, economic, ideological and environmental reasons, etc.), both in economic migrations and in forced indigenous displacement, which compels these individuals, communities and peoples to migrate.<sup>12</sup>

Finally, from the conceptual point of view, for the purposes of this article, I consider an indigenous refugee to be a subject belonging to an indigenous people, who migrates to another country in search of protection for the reasons provided in refugee law. For the proposed analysis, it is of less importance whether or not the status of refugee will be recognized by the competent authorities of the host State. It is more relevant the condition of profound vulnerability in which the indigenous person in a situation of refuge is found.

The lack of specific regimes for indigenous refugees makes it inescapable for the conceptual analysis to be based on the existing definitions in international instruments on the subject. Thus, indigenous and refugee are concepts already developed in international reports and studies or already have a more or less precise legal delimitation.

The first comprehensive report published by the United Nations (UN) on the definition of indigenous people was the Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations. In this document, the author, Martínez Cobo, demonstrates the complexity and variety of conceptual dimensions and contexts from which the definition of indigenous peoples can be

<sup>10</sup> The concept of internal colonialism is associated with the subjugation of native peoples to conditions similar to those that characterize an international colonial or neocolonial domain. According to Casanova, under internal colonialism, these peoples “[...] are in a situation of inequality vis-à-vis the elites of the dominant ethnic groups and the classes that comprise them; its administration and legal-political responsibility concern the dominant ethnic groups, the bourgeoisies and oligarchies of the central government or its allies and subordinates; its inhabitants do not participate in the highest political and military positions of the central government, except as “assimilated”; the rights of its inhabitants and their economic, political, social and cultural situation are regulated and imposed by the central government; in general, the colonized within a nation-state belong to a different “race” from the one that dominates the national government, which is considered ‘inferior’ or, at most, is converted into a “liberating” symbol that it is part of the state demagogy; most of the colonized belong to a different culture and speak a language other than the ‘national.’” CASANOVA, Pablo G. *Colonialismo interno: una redefinición*. In: BORÓN, Atilio *et al.* (org.). *Teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2006. p. 409-434.

<sup>11</sup> BRINGAS, Asier Martínez de. The impact of migration processes on indigenous peoples' rights. In: CORRADI, Giselle *et al.* *Critical Indigenous Rights Studies*. London/New York: Routledge, 2019. p. 65-83.

<sup>12</sup> BRINGAS, Asier Martínez de. The impact of migration processes on indigenous peoples' rights. In: CORRADI, Giselle *et al.* *Critical Indigenous Rights Studies*. London/New York: Routledge, 2019. p. 65-83. p. 71.

constructed. In this sense, any definition of indigenous people must take into account aspects such as their culture, ancestry and language, as well as the criteria established by indigenous peoples themselves.<sup>13</sup> According to the United Nations Development Group, in a guide that produced in 2009 on issues concerning indigenous peoples, the international community has not formally adopted a concept of indigenous peoples, nor such step is necessary for the recognition and protection of their rights.<sup>14</sup> Nevertheless, the definition of indigenous peoples proposed by the Cobo Report is still widely accepted in several international forums. According to him,

Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.<sup>15</sup>

Thus, again, drawing from the concept proposed by the Cobo Report, will be considered an indigenous refugee those who, originally belonging to the communities, peoples or nations to which the definition refers, compose part of a minority distinct from other sectors of the majority society of their country of origin, with territories, ethnic identity, social institutions, legal systems and their own cultural standards, and whose circumstances subsume to the concept of refugee provided

for in international law. Therefore, they are indigenous people whose situation is described in the provisions of Article 1 of the Geneva Convention on the Status of Refugees, 1951, in conjunction with the 1967 New York Protocol, which removed the temporal and geographical limitations of the original concept of refugee, and also with the Cartagena Declaration of 1984, which extended the concept of refugee to also include those who flee

their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order.<sup>16</sup>

### 3 The legal scope of the rules applicable to refugees and indigenous people

Another aspect that needs further discussion is the mandatory nature of international standards that can be applied to indigenous refugees. They can be recognized in sources located in the already referred fields of international law – indigenous peoples and refugee law – and are composed of hard and soft law instruments.<sup>17</sup>

In the case of international refugee law, the rules that draw the conceptual image of the refugee are found mainly in the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, in the 1967 New York Protocol, which complements it – and which also has conventional nature –, and the 1984 Cartagena Declaration, which, inspired by the Organization of the African Union's Refugee Convention, as seen above, broadens

<sup>13</sup> UNITED NATIONS. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations: Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo*. Conclusions, Proposals and Recommendations. ECOSOC, 1981. Available at: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/martinez-cobo-study.html> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>14</sup> UNITED NATIONS. *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*. UNDG, 2009. Available at: [https://unsdg.un.org/sites/default/files/UNDG\\_guidelines\\_EN.pdf](https://unsdg.un.org/sites/default/files/UNDG_guidelines_EN.pdf) Access in: 23 jul. 2020.

<sup>15</sup> UNITED NATIONS. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations: Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo*. Conclusions, Proposals and Recommendations. ECOSOC, 1981. Available at: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/martinez-cobo-study.html> Access in: 23 jul. 2020. Elements contained in the concept proposed by the Cobo report can be found in other definitions of indigenous and traditional populations. See: LEUZINGER, Márcia Dieguez; LYNGARD, Kylie. The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 419-439, 2016.

<sup>16</sup> Extract from the Third Conclusion of the Declaration adopted at the Colloquium on International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama: Legal and Humanitarian Problems," held in Cartagena, Colombia, between 19 and 22 November 1984. *Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama*. 22 November 1984. The present investigation is geographically limited to the inter-american context, once it takes the 1984 Cartagena Declaration as reference to establish the reach of the refugee definition. CARTAGENA. *Declaração de Cartagena de 1984*. Available at: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf?view=1](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1) Access in: 23 jul. 2020.

<sup>17</sup> As already explained in the Introduction, human rights norms and the rules of specific regimes on cultural heritage are also of interest in the analysis carried out in the present work, but in a complementary way.



the scope of the conceptual image of the refugee. The Cartagena Declaration, an instrument of soft law, has generally had its provisions incorporated into the domestic legislation of Latin American states,<sup>18</sup> as Brazil did through Law 9.474/1997.<sup>19</sup>

Regarding international indigenous peoples law, the analysis of the mandatory scope of international soft law norms gains greater relevance because, unlike what happened with the Cartagena Declaration, the UNDRIP and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (ADRIP) were not accompanied by an intense movement of incorporation into their national legislation from signatory States.<sup>20</sup> This, however, should not automatically be seen as a sign of normative weakness of these Declarations. There are other factors that can guarantee – and they do guarantee, in the case of the aforementioned Declarations – a certain degree of expectation from the international community regarding the observance of its provisions. In addition, there are reasons that justify advancing the process of realizing the rights of indigenous peoples through soft law.

According to Barelli, there are fundamentally three reasons for, in cases such as the rights of indigenous peoples, preferring the adoption of a strategy for expanding rights through the formation of international

soft law instruments, considered to be of lower obligatory density if compared to international treaties.<sup>21</sup> The first is the possibility that there will be few ratifications and accessions to an international treaty. 1989 ILO Convention 169, for example, has been ratified to date only by 23 states, severely limiting its global reach.<sup>22</sup> The second is related to soft law instruments' negotiation processes, in which there is greater space for the participation of non-state actors. In the case of international treaties, there are stages in which these actors are excluded. In fact, the advances in international indigenous peoples law are proportional to the centrality in international bodies which these indigenous movements have been conquering in the last thirty years, as observed by Burger, through assertive negotiations on the issues that concern them.<sup>23</sup> Finally, the third reason concerns the immediate response that the international community gives to an instrument of soft law. An international treaty to enter into force depends on a certain number of ratifications, potentially delaying the immediately necessary rights of indigenous peoples for years.

Another aspect that must be evaluated with regard to declarations is its mandatory scope. In a 2010 report on the rights of indigenous peoples, the International Law Association affirmed that, despite having been instrumentalized through a recommendation constituted under the terms of articles 10, 11 and 13(1) of the UN Charter, UNDRIP would become an instrument of greater authority,<sup>24</sup> both for the provisions of the first paragraph of the preamble to the Declaration itself<sup>25</sup>

<sup>18</sup> In Colombia, Decree No. 2.840/2013; in Argentina, Law No. 26.165/2006; in Chile, Law No. 20.430/2010; in Mexico, the Law on Refugees, Complementary Protection and Political Asylum, 2011. In all cases, the conceptual extension of refugee proposed in the third conclusion of the Cartagena Declaration was incorporated.

<sup>19</sup> Law 9.474/1997 defines the mechanisms for implementing the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees, but incorporates, in its article 1, the expanded concept of the 1984 Cartagena Declaration. BRASIL. *Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm) Access in: 23 jul. 2020.

<sup>20</sup> At first, states with large indigenous populations, such as the United States, Canada, Australia and New Zealand, did not even sign the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). Canada, for example, refused to adopt UNDRIP when proclaimed by the UN General Assembly in 2007, mainly because it understands the requirement contained in the Declaration to demand free, prior and informed consent from interested indigenous peoples in the face of the possibility of if they implement development projects on their land. In 2010, Canada finally adopted the Declaration, emphasizing that it is an instrument that expresses aspirations rather than legally binding commitments. United States, Australia and New Zealand also changed their position, subsequently signing the Declaration. FLANAGAN, Tom. *Squaring the circle*. adopting UNDRIP in Canada. 2020. Available at: <https://www.fraserinstitute.org/studies/squaring-the-circle-adopting-undrip-in-canada> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>21</sup> BARELLI, Mauro. The role of soft law in the international legal system: the case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International & Comparative Law Quarterly*, London, v. 58, n. 4, p. 957-983, out. 2009.

<sup>22</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Ratifications of C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention*. Available at: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314) Access in: 23 jul. 2020.

<sup>23</sup> BURGER, Julian. From outsiders to centre stage: Three decades of indigenous peoples' presence at the United Nations. In: LENNOX, Corinne; SHORT, Damien (eds.). *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*. London/New York: Routledge, 2016. p. 315-330.

<sup>24</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *The Hague Conference: Rights of Indigenous Peoples*, 2010. Available at <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1244&StorageFileGuid=07e8e371-4ea0-445e-bca0-9af38fcc7d6e> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>25</sup> “The General Assembly, [g]uided by the purposes and principles of the Charter of the United Nations, and good faith in the fulfilment of the obligations assumed by States in accordance with the Charter. UNITED NATIONS (UN). *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2007.

and for the support it has gained within the UN and other international organisations.<sup>26</sup>

The greater legal density of declarations such as the American and the UN, according to Barelli, is also related to three factors.<sup>27</sup> The first concerns the correspondence between the provisions of a declaration with rights already recognized, particularly in the regimes of human rights and rights of indigenous peoples. This is the case, for example, of the specific cultural expression indigenous peoples are entitled to, according to the aforementioned Declarations, corresponding to the provisions of Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights. The second factor refers to the declarations as the first step towards the creation of a multilateral treaty, as was the case with the Universal Declaration of Human Rights, which gave rise to the drafting of the International Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights, in addition to a series of specific conventions. The third factor concerns the possibility of declarations creating customary law from its wide acceptance – configuring an *opinio juris*<sup>28</sup> – and incorporation into the practice of States, at the domestic and international levels.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> In 2008, the then United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, James Anaya, declared that he would assess the conduct of States based on the provisions of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. In addition to the UN, the ILO and UNESCO have also taken it as a parameter in their policies and programs. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *The Hague Conference: Rights of Indigenous Peoples*, 2010. Available at <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1244&StorageFileGuid=07e8e371-4ea0-445e-bca0-9af38fcc7d6e> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>27</sup> BARELLI, Mauro. The role of soft law in the international legal system: the case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International & Comparative Law Quarterly*, London, v. 58, n. 4, p. 957-983, out. 2009. p. 966-967.

<sup>28</sup> In its opinion regarding the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, in 1996, the International Court of Justice declared that: “[t]he Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion, 1996. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>29</sup> In an article published on the website Jurist, James Anaya and Siegfried Wiessner, responding to States which in their votes rejected

## 4 The uprooting from the land and its impact on the cultural expression of indigenous refugees

The land for indigenous people is not just a territory. It does not play in the life of the indigenous the same role that could be assumed in the institutes of possession and property. The relationship between indigenous people and land is biunivocal. The indigenous land belongs to its people, but they also belong to their land. Thus, when uprooted from their original land, the indigenous person does not just lose their place: they become orphans, leaving behind a piece of themselves. In the indigenous mode of living, land and culture are inextricably mixed. The violence of uprooting them from their land affects the material and immaterial cultural heritage of a people and adds to the other violences that force the indigenous to seek refuge in another country.

In the place of destination, even when the settlement policies are functional – which is not usually the case in developing countries, the destination of most refugees in the world<sup>30</sup> –, the solutions offered by the host State rarely take into account the specificities of indigenous refugees, which may imply a process of cul-

any possibility of the Declaration becoming customary international law, sought to demonstrate that then there were already practices adopted internally by those same States, both concerning the right that indigenous peoples have to maintain and develop their cultural identity, spirituality, language and modes of living, as well as regarding the right to self-determination of indigenous peoples, with this being the most disputed. According to Anaya and Wiessner, UNDRIP's sense of constant self-determination is more associated with a cultural and spiritual affirmation of indigenous peoples than with the Western sense of political independence. Considering this conceptual scope, they seek to demonstrate that the states that opposed UNDRIP were already adopting practices that respect the determination and self-government of indigenous peoples that are in their territory. Finally, they maintain that there is also an *opinio juris* for the very participation of these States in a process whose objective is to create legal norms and not only an instrument of aspirations. ANAYA, James; WIESSNER, Siegfried. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment. *Jurist*, oct. 2007. Available at: <http://www.jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php> Access in: 23 jul. 2020; ANAYA, James. *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Aspen Publishers, 2009.

<sup>30</sup> According to UNHCR, by the end of 2019 there were about 79.5 million people forcibly displaced (among which, around 26 million were recognized as refugees), 85% of whom were sheltered in developing countries. UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Figures at a Glance*. Available at: <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> Access in: 23 jul. 2020.

tural erosion, that varies in degrees of depth and speed.

However, of all the factors that indigenous refugees are deprived of, land is possibly the one that most affects them. The consubstantial relationship between the indigenous and the land defines them ontologically. It is this relationship that, according to Wiessner, distinguishes indigenous peoples from other minorities. According to him,

This *differentia specifica* of indigenous peoples, the collective spiritual relationship to their land, is what separates them also from other groups generally, and diffusely, denominated ‘minorities’, and what has created the need for a special legal regime transcending the general human rights rules on the universal and regional planes.<sup>31</sup>

In this sense, the relationship between indigenous peoples and their original lands transcends the process of collecting and producing food.<sup>32</sup> The practices associated with food production represent only a thin layer of the land’s significance to indigenous peoples. This preponderance is mostly attributed when viewed from the dominant rationality diffused through the majority of society, with roots embedded in economic logic. Indigenous literature has repeatedly affirmed a unique cosmivision that includes the particular relationship between the people and the land from which it originates. The indigenous leadership Davi Kopenawa told the anthropologist Bruce Albert the meaning of the land for the Yanomami people.

Deep soil is red and bad. Plants cannot grow stronger there. The forest’s value of growth lives in the part of the soil at the surface. A damp breath of life comes out of it, which we call *wahari a*. This cold exhalation comes from the darkness of the underworld, from its great river *Motu uri u* and from *Xiwãripo*, the chaos being. It belongs to the spirit of the forest, *Urihinari*. Its coolness mostly spreads during the night, for during the day it returns into the soil as soon as the sun becomes hot. [...] This cool moisture from the ground is a **liquid** like sperm. It fertilizes trees by penetrating into their roots

and seeds. This is what makes them grow and flower. If it dries up, the earth loses its smell of growth and gets barren. It no longer yields any food. But when this liquid impregnates the soil, it becomes black and beautiful. It releases a strong smell of forest. This liquid is also a food; this is why it makes the plants we eat grow.<sup>33</sup>

The anthropomorphism of nature is a common feature in indigenous cosmivision. For Ailton Krenak, to recognize the earth as a being is to contemplate the sense of communion that takes place between man and the space he inhabits.<sup>34</sup> The change in cultural perspective with the depersonalization of nature has severe implications for these peoples.

When we depersonalize the river, the mountain, when we strip them of their meaning — an attribute we hold to be the preserve of the human being — we relegate these places to the level of mere resources for industry and extractivism. The result of our divorce from our integrations and interactions with Mother Earth is that she has left us orphans — not just those termed, to a greater or lesser degree, Indigenous peoples, Natives, Amerindians, but everyone.<sup>35</sup>

The cultural dimension of the involvement between indigenous peoples and their lands was also observed by different international organizations. The Human Rights Committee recognized that, for indigenous peoples, land, natural resources and culture are intrinsically interwoven values. In his General Comment on Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Committee states that the lands where indigenous peoples develop their cultural practices are contemplated in the provision.<sup>36</sup> The Human Rights Council, through its Specialized Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, also stipulated that:

Indigenous peoples’ cultural heritage includes tangible and intangible manifestations of their ways of life, world views, achievements and creativity, and should be considered an expression of their self-determination and their spiritual and physical

<sup>31</sup> WIESSNER, Siegfried. The cultural rights of indigenous peoples: achievements and continuing challenges. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 1, p. 121-140, fev. 2011. p. 129.

<sup>32</sup> On the reinterpretation of categories such as indigenous property and use of ancestral land, from a fundamental rights perspective to cultural identity, see: FAUNDES, Juan Jorge; LE BONNIEC, Fabien. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 145-179, 2020.

<sup>33</sup> KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. *The Falling Sky: Words of a Yanomami Shaman*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013. p. 384.

<sup>34</sup> KRENAK, Ailton. *Ideas to postpone the end of the world*. Toronto: House of Anansi Press, 2020.

<sup>35</sup> KRENAK, Ailton. *Ideas to postpone the end of the world*. Toronto: House of Anansi Press, 2020.

<sup>36</sup> UNITED NATIONS. *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*. General Comment 23, Article 27, Human Rights Committee (Fiftieth session), HRI/GEN/1/Rev.1, 1994. par. 7.



relationships with their lands, territories and resources. While the notion of heritage encompasses traditional practices in a broad sense, including language, art, music, dance, song, stories, sports and traditional games, sacred sites, and ancestral human remains, for indigenous peoples the preservation of heritage is deeply embedded and linked to the protection of traditional territories.<sup>37</sup>

In her 2017 report, the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples draws attention to the damage caused to the cultural integrity of indigenous peoples forced to leave their native lands, which in turn aggravates the already systematic vulnerabilities of their rights.<sup>38</sup>

Among the diverse indigenous peoples of the world, a set of articulations between the indigenous with the land coincides: the land is the house, the home; it is the source of material existence; it is the space for spiritual and sacred manifestations; it is the place where development is promoted in its own way. The complexity that emerges from all these predicates implies the need to recognize indigenous peoples' right to cultural integrity.<sup>39</sup> It is also in this sense that Gilbert recognizes the interconnection between indigenous cultural heritage and a variability of rights related to it, such as the right to land and natural resources, the right to religion, food and development.<sup>40</sup>

The importance of land as a fundamental factor in the cultural expression of indigenous peoples was also recognized by the Inter-American Court of Human Ri-

ghts<sup>41</sup>, which, in the case of the Awas Tingni Community against Nicaragua, declared:

[...] the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations.<sup>42</sup>

The Inter-American Commission on Human Rights also reaffirmed this relationship in its manifestation in the case of the Yakye Axa Indigenous Community against Paraguay.

[...] the State has not guaranteed the property right of the Yakye Axa Indigenous Community of the Enxet-Lengua People and its members to their ancestral territory, depriving them not only of material possession of their territory but also of the basic foundation for the development of their culture, their spiritual life, their wholeness and their economic survival.<sup>43</sup>

The three main international legal instruments on the rights of indigenous peoples cited here, ILO Convention 169 and the UN and American Declarations on the Rights of Indigenous Peoples, contain provisions on land and its importance for the cultural and spiritual expression of these peoples.<sup>44</sup> Intellectual property over indigenous cultural heritage – material and immaterial – is also protected in provisions contained in both De-

<sup>37</sup> UNITED NATIONS. *Promotion and protection of the rights of indigenous peoples with respect to their cultural heritage*. Human Rights Council (Thirtieth session), Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, A/HRC/30/53, 2015. p. 4.

<sup>38</sup> UNITED NATIONS (UN). *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*. Human Rights Council (Thirty-sixth session), A/HRC/36/46, 2017, p. 10, par. 50.

<sup>39</sup> “[...] the duty to consult arises from the obligations assumed by States under the American Convention on Human Rights, as affirmed by the Inter-American Court of Human Rights. This duty is a corollary of a myriad of universally accepted human rights, including the right to cultural integrity, the right to equality and the right to property [...]”. UNITED NATIONS. *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right of Development*. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. Human Rights Council (Twelfth session), A/HRC/12/34, 2009. p. 14.

<sup>40</sup> GILBERT, Jérémie. Indigenous Peoples, Human Rights, and Cultural Heritage: Towards a Right to Cultural Integrity. In: XANTHAKI, Alexandra; VALKONEN, Sanna. *Indigenous Peoples' Cultural Heritage: rights, debates and challenges*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2017. p. 20-38. p. 24.

<sup>41</sup> Although the Inter-American Human Rights System outperforms in terms of quantity and quality the work of its counterparts from other regions of the planet in the elaboration of a jurisprudence on the rights of indigenous peoples, there is a theme that, according to authors, it seems to claudicate: the preservation of natural resources contained in their lands for indigenous peoples. The Inter-American Court has recognized residual rights of access and exploitation of these resources to the States, sticking, for some, to a purely rhetorical defense of the rights of indigenous peoples. FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. *Revista de Direitos Internacionais*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 227-244, 2015.

<sup>42</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001. p. 76, par. 149.

<sup>43</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005. p. 70.

<sup>44</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Indigenous and Tribal Peoples Convention* (No. 169), 1989. article 13; UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples*, 2007. article 25; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2016.

clarations.<sup>45</sup> In addition to cultural, artistic and spiritual manifestations, an important part of the indigenous cultural heritage is founded on the relationship of the indigenous with the land, such as traditional knowledge associated with genetic resources, the properties of fauna and flora and biodiversity in general and indigenous technologies that stem from that knowledge.

Also included in Convention 169 and UNDRIP are precepts that seek to prevent the forced withdrawal of indigenous people from their lands, guaranteeing, if uprooting is inevitable, the return to their traditional lands when the reasons for transfer cease to exist, or, if the return is impossible, replacing of lands by others of equal quality and legal status.<sup>46</sup> These provisions aim, for example, to guarantee the rights of indigenous peoples whose lands are affected by infrastructure projects, often implemented by state entities in partnership with the private sector.

However, there are no specific norms in any of the international legal instruments in question that protects indigenous people in a situation of refuge or forced migration. The migrant condition is dealt with only in precepts that provide for indigenous peoples divided by borders.<sup>47</sup> According to these norms, peoples that are separated have the right to demand from the governments of neighbouring States measures that facilitate the transit and the development of contacts, relationships and direct cooperation for carrying out activities of a cultural, spiritual, social, political and economic nature.<sup>48</sup>

With regard to international legal instruments on refuge, even though the protection of minorities in

humanitarian crises is at the heart of the 1951 Geneva Convention, which also resonates in the 1967 New York Protocol and the 1984 Cartagena Declaration, the provisions of these legal instruments are frequently generic and respond to the concerns and problems that prevailed at the historical moment of their creation.<sup>49</sup> Thus, there is no mention in any of these legal instruments to the specific situation of indigenous refugees. An explanation for this lack of appropriate mechanisms is the invisibilization of the indigenous in the international system.<sup>50</sup> The vulnerabilities of indigenous peoples only became part of the international agenda more broadly in the second half of the twentieth century, especially after 1968, when the UN Economic and Social Council revised the accreditation rules for non-governmental organizations, which allowed some indigenous organizations to reach the status of consultative entity, guaranteeing their participation in different debates held at the Organization.<sup>51</sup> Likewise, the incorpo-

<sup>49</sup> Regarding the issue of access to land, for example, the Geneva Convention on the Status of Refugees deals, in Article 13, with the possibility of acquiring property rights, mobile or immovable, by a refugee. Article 21 provides for accommodation and determines that the State must offer treatment as favourable as possible and at least equal to that given to other foreigners. UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees*, 2010. Available at: <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>50</sup> As Burger tells us, in 1923, the traditional leader of the Iroquois people of Canada, Chief Deskaheh, went to Geneva to present demands to the League of Nations. In the following year, a representative of the Maori people also filed a complaint with the entity about indigenous lands confiscated by the British in New Zealand. In both cases, the League of Nations rejected the requests. BURGER, Julian. From outsiders to centre stage: Three decades of indigenous peoples' presence at the United Nations. In: LENNOX, Corinne; SHORT, Damien (eds.). *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*. London/New York: Routledge, 2016. p. 315-330. The notable exception was the International Labour Organization (ILO), which was the first to agree on the rights of indigenous peoples, based on investigations into the situation of "native workers" in European colonies, in the 1920s. This initiative resulted in Convention No. 29, from 1930, on forced labour. Between 1952 and 1972, the ILO created and participated with the governments of Bolivia, Ecuador and Peru in the *Andean Indian Programme*. Taking advantage of its experience in this Program, the ILO created the Convention on Tribal and Indigenous Populations, No. 107, in 1957. The criticisms later directed at this Convention, for its integrationist and paternalistic discourse, gave rise to discussions that led to negotiations and approval within the ILO of a new convention on indigenous and tribal peoples, in 1989, Number 169. SWEPSTON, Lee. Indigenous peoples in international law and organizations. In: CASTELLINO, Joshua; WALSH, Niamh (eds.). *International Law and Indigenous Peoples*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 53-66.

<sup>51</sup> MALEZER, Lee. Permanent forum on indigenous issues: 'welcome to the family of the UN'. In: CASTELLINO, Joshua; WALSH,

<sup>45</sup> UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples*, 2007. article 31; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2016, article XXVIII.

<sup>46</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Indigenous and Tribal Peoples Convention* (No. 169), 1989. article 16; UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples*, 2007. article 10.

<sup>47</sup> It is, as Bringas explains, what is known as transnational indigenous migration, already presented in item 2 of the present article. BRINGAS, Asier Martínez de. The impact of migration processes on indigenous peoples' rights. In: CORRADI, Giselle *et al.* *Critical Indigenous Rights Studies*. London/New York: Routledge, 2019. p. 65-83. p. 70.

<sup>48</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Indigenous and Tribal Peoples Convention* (No. 169), 1989. article 32; UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples*, 2007. article 36; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2016.

ration of specific issues of indigenous peoples into the agenda of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) was slow to take effect. Today the organization is developing studies that understand the special condition of indigenous peoples in a situation of refuge.<sup>52</sup>

On the other hand, with regard to the special importance of land for indigenous peoples, the eventual possibility of resettling indigenous refugees in a certain part of the territory of the host State has little dependence on international agencies. The resettlement of indigenous refugees in a territory where they can live according to their traditions and customs represents one of the possible solutions for refuge.<sup>53</sup> However, its realization depends on a sovereign manifestation and is subject to political, social, economic and even ideological forces, often not very receptive to the idea of settling indigenous groups from foreign countries in donated territories, even though they are in a situation of high vulnerability.

The land provides not only the existential resources to indigenous peoples, but also a source of spiritual nourishment, an aspect that gives them cohesion. Thus, the removal of the indigenous from the traditional territory by emigration has significant effects, since it triggers a process of cultural adaptation<sup>54</sup>, both by the loss of access to the natural resources necessary for the material realization of their culture – often not available in the place of destination –, as well as the abandonment of symbolic sites and sacred places, important driving forces in the spiritual renewal and cultural dynamics of a people.

---

Niamh (eds.). *International Law and Indigenous Peoples*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 67-86. p. 76.

<sup>52</sup> UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Minorities and Indigenous Peoples*. Available at: <https://www.unhcr.org/minorities-and-indigenous-peoples.html> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>53</sup> Although a significant part of indigenous peoples lives on traditional lands, there are those who are already inserted in urban contexts. The latter should not be undervalued in relation to the former. This reality is also reflected in migratory processes in search of refuge. Thus, part of the indigenous people in a situation of refuge seeks to resume their life projects in the cities of the host country. TUPUOLA, Anne-Marie. *Urban Indigenous Peoples and Migration*. 2010. Available at: [https://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/AM\\_TupuolaWUF\\_Presentation.pdf](https://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/AM_TupuolaWUF_Presentation.pdf) Access in: 23 jul. 2020.

<sup>54</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Indigenous routes: a framework for understanding indigenous migration*. Available at: [https://publications.iom.int/system/files/pdf/indigenous\\_routes.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/indigenous_routes.pdf) Access in: 23 jul. 2020.

Indigenous emigration from the traditional land or from rural territories to urban centres in itself is not a recent phenomenon and occurs on a global scale. Indigenous peoples are forced to emigrate in general due to violations of their basic rights and to the action or inaction of political and social actors.<sup>55</sup> There are several reasons for indigenous emigration: widespread human rights violations; expulsion from their lands by the invasion of third parties for the exploitation of natural resources, often authorized by the state government; suspension or interruption of processes of recognition and demarcation of indigenous lands, which enhances situations of confrontation with invaders; armed conflicts; extreme poverty; natural disasters; climate change etc.<sup>56</sup>

In search of protection, indigenous groups in a situation of refuge are almost always obliged to migrate to urban centres. In general, the indigenous urbanization process is marked by a disproportionate poverty in relation to other city residents.<sup>57</sup> They are pushed to the peripheries, living in hovels, and are frequently subjected to practices of marginalization and discrimination, as an effect of the inheritance of social and racial relations and hierarchies of the colonial period.<sup>58</sup> In urban contexts, the indigenous identity tends to be undervalued, as well as the specific rights associated with it. Rights such as self-determination and self-governance, fundamental to the preservation and development of their own cultural practices, are more commonly associated with indigenous groups living on traditional lands and rarely recognized by indigenous people living in urban settings.

Indigenous groups that migrate to another country in search of refuge usually fall into three situations that place them in deep vulnerability. Most often they find themselves: (1) placed in shelters, maintained by government entities, international or civil society organizations; (2) seeking accommodation in empty or abandoned buildings or joining others in spontaneous camps (in

---

<sup>55</sup> As we saw in Bringas, in section 2 of this article. BRINGAS, Asier Martínez de. The impact of migration processes on indigenous peoples' rights. In: CORRADI, Giselle *et al.* *Critical Indigenous Rights Studies*. London/New York: Routledge, 2019. p. 65-83. p. 71.

<sup>56</sup> UNHABITAT. *Securing Land Rights for Indigenous Peoples in Cities*. Available at: <https://gltn.net/download/securing-land-rights-for-indigenous-people-in-cities/?wpdmdl=8333&refresh=5f26b88fa8eae1596373135> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>57</sup> HORN, Philipp. *Indigenous rights to the city: ethnicity and urban planning in Bolivia and Ecuador*. London: Routledge, 2019. p. 2.

<sup>58</sup> QUIJANO, Aníbal. Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America. *International Sociology*, v. 15, n. 2, p. 215-232, jun. 2000.



general, considered irregular according to city planning laws), or (3) living precariously on the city streets. In any case, the obstacles to claiming specific rights that concern them as indigenous people are not only heightened by being in an urban context. The precariousness and poverty that characterize indigenous groups seeking refuge provides a high degree of dependence by these groups on the decisions and actions of international, government and civil society agencies. Despite efforts to provide an environment that seeks participatory solutions, opening channels for indigenous refugees to express their desires and demands, as noted by McNeish and Eversole, these entities constitute their objectives from a perspective of precariousness and poverty as problems whose solution involves social and economic development and not as an issue of politics and access to specific rights.<sup>59</sup> Thus, objectives such as social inclusion and economic development may move away from others such as self-determination, self-government and preservation of cultural specificities.<sup>60</sup>

## 5 Indigenous refugees and the erosion of linguistic heritage

Although there are currently between 7.000 and 7.500 languages known in the world – 75% of them indigenous –, it is estimated that, every two weeks, one of them disappears<sup>61</sup> and a system of knowledge and

a cosmovision vanishes with it.<sup>62</sup> This gradual decline in linguistic diversity occurs due to the accumulation of several reasons: the death of the last members of a group to know the language, in general the elderly; absence of public policies on multilingualism; discrimination against the use of indigenous languages; migratory processes that make it difficult to sustain intergenerational transmission,<sup>63</sup> among others.

The language of a people has the vital role of being the vehicle of its intangible cultural heritage.<sup>64</sup> Thus, protecting indigenous languages is a way of preserving the means through which different cultural expressions of these groups are organized and manifested, given that it is through language that the symbolic order that gives meaning to the material and immaterial world is constituted. However, languages themselves are also immaterial cultural expressions that identify indigenous peoples, being, at the same time, component of intangible cultural heritage and means for its dissemination. Languages are protected in this dual role by the Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage, approved in 2003 at the General Conference of the United Nations Educational Organization, Science and Culture (UNESCO). However, in the migratory context that marks the indigenous groups in refuge situation, this protection tends to be more tenuous and problematic, for several reasons, as will be seen below.

The most comprehensive initiative to legally protect intangible cultural heritage took almost 60 years to materialize, since the founding of UNESCO in 1946. Legal acts such as the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (1954), the Venice Charter for the Conservation and Restoration of Monuments and Sites (1964), and even the Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972) emphasize mate-

<sup>59</sup> MCNEISH, John-Andrew; EVERSOLE, Robyn. Conclusions: poverty, peoples and the meaning of change. In: EVERSOLE, Robyn; MCNEISH, John-Andrew; CIMADAMORE, Alberto D. (ed). *Indigenous peoples and poverty: an international perspective*. London: Zed Books, 2005. p. 290-294. p. 290.

<sup>60</sup> Long-term compliance with rules inherent to the management of shelters for migrants and refugees in host countries can lead to a strained enforcement. In the case of indigenous refugees, non-compliance or imperfect compliance with certain rules may represent the ultimate instance of self-government and self-determination, in circumstances deeply marked by dependence on the actors responsible for migratory management. Aguiar and Magalhães, for example, observed that, in Roraima, in northern Brazil, indigenous refugees of the Warao ethnicity, coming from Venezuela, preferred to hang their hammocks and sleep outside the shelters that were intended for them than complying with an adopted curfew rule. AGUIAR, Carolina Moulin; MAGALHÃES, Bruno. Operation shelter as humanitarian infrastructure: material and normative renderings of Venezuelan migration in Brazil. *Citizenship Studies*, v. 24, n. 5, p. 642-662, jul. 2020.

<sup>61</sup> CORONEL-MOLINA, Serafin M. Media and technology: revitalizing Latin American indigenous languages in cyberspace. In: MCCARTY, Teresa L. *et al.* *A world of indigenous languages: politics,*

pedagogies and prospects for language reclamation. Bristol: Multilingual Matters, 2019. p. 91-114. p. 91.

<sup>62</sup> ODELLO, Marco. The United Nations Declaration on the right of indigenous peoples. In: LENNOX, Corinne; SHORT, Damien. *Handbook of Indigenous Peoples Rights*. London/New York: Routledge, 2016. p. 51-68. p. 56.

<sup>63</sup> LAGUNAS, Rosalva Mojica. Language key holders for mexicano: the case of an intergenerational community in Coatepec de los Costales Mexico. In: MCCARTY, Teresa L.; NICHOLAS, Sheilah; WIGGLESWORTH, Gillian. *A world of indigenous languages: politics, pedagogies and prospects for language reclamation*. Bristol: Multilingual Matters, 2019. p. 214-234. p. 216.

<sup>64</sup> UNESCO. *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, 2003, article 2.

rial goods and cultural properties. The emergence, in the second half of the 20th century, of a cultural approach to anthropological thought, in addition to the change of focus in Social Sciences, which started to emphasize the process instead of the object, contributed to the redefinition of the concept of heritage and gave rise to an opportunity, within UNESCO, to new normative and institutional arrangements that paved the way for the 2003 UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage.<sup>65</sup>

Even so, as Marrie notes, despite the fact that most cultural diversity originates from indigenous cultures, the 2003 UNESCO Convention uses the term “indigenous” only once in its preamble<sup>66</sup>, possibly because there was no participation in the treaty negotiation process of international bodies’ representatives specialized on indigenous matters – such as the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues – and the absence of indigenous representatives in the negotiating countries’ delegations.<sup>67</sup> In any case, this is yet another sign of the persistent invisibility of indigenous peoples’ desires before national governments and the international community.

As part of their intangible heritage, indigenous languages represent a field in which the people and their ancestors’ cultural expressions are found and whose continuity over time involves the negotiation of elements of the present and the anticipation of the future.<sup>68</sup> For this reason, the imposition of a new contextual

dimension on language by the diaspora of an indigenous people does not affect at first the nature of their identity in relation to that people. The language will be the bridge between the past and the different present contexts of a people in diaspora, regardless of whether or not it is permeated by national borders.

This is an aspect of immaterial culture that is supported by the 2003 UNESCO Convention. Although the Convention does not have a specific provision on migrants or refugees, the language and other immaterial cultural expressions of diasporic groups can be placed on the Representative List of Cultural Heritage of the Humanity (created under the provisions of Article 16 of the Convention), for it recognizes that cultural boundaries do not always coincide with national ones.<sup>69</sup>

Indigenous languages and other cultural expressions are also covered by the rules of the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, adopted in 2005 at the UNESCO General Conference. The Convention recognizes the importance and need to protect and promote typical indigenous traditional knowledge and cultural expressions as a means of realizing the principle of equal dignity and respect for all cultures, one of the foundations of the philosophy of cultural diversity.<sup>70</sup> In addition, the Convention urges States parties to adopt appropriate safeguard measures for the protection and preservation of cultural expressions that are in danger of extinction in their territory, which includes indigenous languages that are at risk of disappearing.<sup>71</sup>

In this sense, the UN, through General Assembly Resolution 71/178, declared itself “[d]eeply concerned at the vast number of endangered languages, in particular indigenous languages”,<sup>72</sup> which is why it proclaimed the year 2019 as the International Year of Indigenous Languages.<sup>73</sup>

<sup>65</sup> The creation of a Committee of Experts on the Safeguarding of Folklore (1982), the formulation of a Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore (1992) and the launch of programs such as the Living Human Treasures System (1993) and the Proclamation of Masterpieces of the Oral and Intangible Heritage of Humanity (1998) contributed to this process. BOUCHENAKI, Mounir. A major advance towards a holistic approach to heritage conservation: the 2003 Intangible Heritage Convention. *International Journal of Intangible Heritage*, Seoul, v. 2, p. 106-107, 2007.

<sup>66</sup> “Recognizing that communities, in particular *indigenous* communities, groups and, in some cases, individuals, play an important role in the production, safeguarding, maintenance and re-creation of the intangible cultural heritage, thus helping to enrich cultural diversity and human creativity”. UNESCO. *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, 2003.

<sup>67</sup> MARRIE, Henrietta. The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage and the protection and maintenance of the intangible cultural heritage of indigenous peoples. In: SMITH, Laurajane; AKAGAWA, Natsuko. *Intangible Heritage*. London/New York: Routledge, 2009. p. 169-192. p. 174.

<sup>68</sup> KEARNEY, Amanda; KOWALEWSKI, Gabrielle. Refuting timelessness: emerging relationships to intangible cultural heritage for younger Indigenous Australians. In: STEFANO, Michelle L.; DAVIS, Peter (ed.). *The Routledge Companion to Intangible Cultural Herit-*

*age*. London/New York: Routledge, 2017. p. 285-299. p. 288.

<sup>69</sup> BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 283.

<sup>70</sup> KONO, Toshiyuki. Guiding Principles. In: VON SCHORLEMER, Sabine; STOLL, Petter-Tobias. *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. Heidelberg: Springer, 2012. p. 83-114. p. 105.

<sup>71</sup> UNESCO. *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 2005.

<sup>72</sup> UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2016, 71/178, Rights of Indigenous Peoples*. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/71/178> Access in: 23 jul. 2020.

<sup>73</sup> In addition to the proclamation of the year 2019 as the International Year of Indigenous Languages, other international campaigns

The migratory issue has also been raised with regard to the rights and duties of protecting mother tongues of diasporic groups. In discussions on multilingualism at UNESCO, questions were raised about how to protect and promote rights of migrant groups over their languages, a problem that is difficult to solve since it implies the possibility of interventions by one State in the internal affairs of another.<sup>74</sup>

The three main legal instruments of indigenous peoples' law – ILO Convention 169, UNDRIP and ADRIP – have provisions aimed at promoting and protecting indigenous languages. Special attention is paid to the right of indigenous children to be taught in the language of the people to which they belong.<sup>75</sup> The States have to counterpart by adopting measures that provide a pluricultural and plurilingual education, guaranteeing future generations of indigenous peoples access to their languages, writing systems and oral traditions.<sup>76</sup> Also included in these instruments is the right of indigenous peoples to constitute their own means of information and communication, expressed in their native language.

---

were launched to protect linguistic cultural expressions, such as: (1) the definition of 21 February as the International Day of Mother Languages, celebrated since the year 2000; (2) the proclamation by UNESCO General Assembly of 2008 as the International Year of Languages; (3) the launch of UNESCO World Atlas of Languages in Danger. OLIVEIRA, Gilvan Müller. Dossier Línguas Indígenas, 2019, o ano internacional das línguas indígenas: uma campanha político-linguística internacional. *Revista Digital de Políticas Linguísticas*, v. 11, p. 105-113, nov. 2019. p. 107. The United Nations General Assembly, through Resolution A/74/396, proclaimed 2022-2032 as the International Decade of Indigenous Languages. UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 2 December 2019, A/74/396, Rights of Indigenous Peoples*. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/389/49/PDF/N1938949.pdf?OpenElement>. Access in: 23 jul. 2020.

<sup>74</sup> Blake refers to the debates that took place at the 'Workshop on Standard-setting Instruments Promoting Multilingualism', organized by UNESCO on the International Mother Language Day, 21 February 2008, in Paris. BLAKE, Janet. Standard-Setting instruments promoting multilingualism: launch of the United Nations international year of mother languages - UNESCO, Paris, February 21, 2008. *International Journal of Cultural Property*, v. 15, n. 4, p. 433-436, nov. 2008; BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 282.

<sup>75</sup> This concern was also expressed, with specificity for indigenous and other minority children, in Article 30 of the Convention on the Rights of the Child. UNITED NATIONS. *Convention on the Right of the Child*, 1989.

<sup>76</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Indigenous and Tribal Peoples Convention* (No. 169), 1989. article 28; UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples*, 2007. articles 13 e 14; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2016.

ges.<sup>77</sup>

The Inter-American Court of Human Rights also emphasized the importance of indigenous languages as a factor of cultural differentiation when expressing in its considerations regarding the *López Álvarez v. Honduras Case* that “[l]anguage [is] one of the most important elements of identity of any people, precisely because it guarantees the expression, diffusion, and transmission of their culture”.<sup>78</sup>

As regards the 1951 Convention on the Status of Refugees, there is no specific provision that protects linguistic cultural expressions. Some provisions of the Convention may offer laterally the bases upon which the public policies of the States with regard to refugees can be constituted, as well as the effects that may be caused in the original languages of those who are in a condition of refuge. Article 3 of the Convention provides for the obligation of States not to discriminate. Specifically, it refers to discrimination by race, religion, and country of origin. A broad interpretation of the prohibition of discriminating against the refugee's origin makes it possible to cover aspects related to the country from which he came, including the languages spoken there. On the other hand, Article 22 of the 1951 Convention refers to public education in the host country, which should give the same treatment to refugee children as to national children in primary education and as favourable as possible (and no less favourable than to other foreigners) in the youth and adult education process. Finally, Article 34, which deals with naturalization, states that the State will facilitate the *assimilation* of refugees.

In turn, the Cartagena Declaration, in its sixth and eleventh conclusions, emphasizes the importance of implementing projects to integrate refugees into the host society, including the facilitation of their insertion into the labour market. It does not indicate – as the Geneva Convention does on the assimilation model – how these integration policies could be developed.

Although the public policies on integration adopted by States with regard to refugees have refugee law and human rights as their international parameters, the ab-

---

<sup>77</sup> UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples*, 2007. article 16; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2016. article XIV.

<sup>78</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of López-Álvarez v. Honduras*. Judgment of February 1, 2006. p. 58, par.171.



sence of specific references on linguistic diversity policies leaves States with a wide margin of discretion and may even adopt measures of an assimilationist character.

Indeed, countries that present themselves as pluralist societies have been assuming a public policy strategy that, while recognizing the existence of multilingualism in society, establish a type of linguistic assimilation by demanding that migrants and refugees be proficient in the languages of the host State as a requirement for its naturalization.<sup>79</sup> This practice is called by Gramling *cosmopolitan multilingualism* or *ius linguarum*.<sup>80</sup> This goes against the integration process, as described by Li and Sah, which must involve both the acceptance by immigrants and refugees of the laws and values of the host society and the respect of their identities and dignity, which includes recognition and preservation of their native languages by the host State.<sup>81</sup> Thus, besides not implementing a public assimilation policy that presupposes the adoption by the foreigner of the local language, it is essential that, in the welcoming process, a pluralist policy of tolerance to diversity is actively assumed to avoid xenophobia and social exclusion.<sup>82</sup>

As Matheson states, although today we live in a more or less post-colonial world, colonialism is reluctant and its end is slow.<sup>83</sup> The decolonization process undertaken

in the second half of the 20th century resonates with international instruments that recognize the right of minorities to access education according to their culture and in their own language<sup>84</sup>. Equally, there are national efforts to make education less assimilationist, adopting policies that emphasize bilingualism and interculturality.<sup>85</sup> With regard to indigenous people, there are national experiences of training native teachers, valuing their original languages.<sup>86</sup>

However, indigenous children and young people in refugee situations are hardly included in formal education. Reasons include the usual unpreparedness of the host state's educational system, including the issue of language, to deal with specific overlapping demands: those of refugees<sup>87</sup> and those of indigenous people, as already seen, guaranteed in international instruments for the rights of indigenous peoples.

The lack of a formal culturally appropriate education system, especially for children, is often supplied by civil society actions, constituting informal bilingual education spaces with the help of members of the indigenous refugee group itself.<sup>88</sup> These initiatives, however, are punctual, unsystematic and depend on the mobilization of people, resources and knowledge not always available at the place of reception.

In the case of adult members of indigenous families in a situation of refuge, they are not always proficient in the majoritarian language of the country from which they come. Communication, then, becomes more diffi-

<sup>79</sup> "A survey of current language policies and programs in major receiving countries (such as the U.S., Canada, Australia, the U.K., Norway, Sweden, Spain, Greece, and Portugal) reveals that despite the increasing heterogeneity in newcomers' linguistic, socioeconomic, and educational backgrounds, the policies and programs in all these countries still practice 'cosmopolitan monolingualism'. LI, Guofang; SAH, Kumar. Immigrant and refugee language policies, programs and practices in an era of change: promises, contradictions, and possibilities. In: GOLD, Steven J.; NAWYN, Stephanie J. (eds.). *Routledge International Handbook of Migration Studies*. 2. ed. London/New York: Routledge, 2019. p. 325-338. p. 327.

<sup>80</sup> Gramling uses the expression *ius linguarum* in reference to *ius sanguinis* and *ius soli* as criteria for recognition of nationality. GRAMLING, David. The new cosmopolitan monolingualism: on linguistic citizenship in twenty-first century Germany. *Teaching German*, v. 42, n. 2, p. 130-140, nov. 2009.

<sup>81</sup> LI, Guofang; SAH, Kumar. Immigrant and refugee language policies, programs and practices in an era of change: promises, contradictions, and possibilities. In: GOLD, Steven J.; NAWYN, Stephanie J. (eds.). *Routledge International Handbook of Migration Studies*. 2. ed. London/New York: Routledge, 2019. p. 325-338. p. 327.

<sup>82</sup> LI, Guofang; SAH, Kumar. Immigrant and refugee language policies, programs and practices in an era of change: promises, contradictions, and possibilities. In: GOLD, Steven J.; NAWYN, Stephanie J. (eds.). *Routledge International Handbook of Migration Studies*. 2. ed. London/New York: Routledge, 2019. p. 325-338. p. 329.

<sup>83</sup> MATHESON, David. Imperial culture and cultural imperialism. *European Journal of Intercultural Studies*, v. 7, n. 1, p. 51-56, 1996.

<sup>84</sup> Article 5, par. 1, (c) of the UNESCO Convention on combating discrimination in the field of education. UNESCO. *Convention against Discrimination in Education*, 1960.

<sup>85</sup> TINAJERO, Guadalupe; ENGLANDER, Karen. Bilingual-intercultural education for indigenous children: the case of Mexico in an era of globalization and uprising. *Intercultural Education*, v. 22, n. 3, p. 163-178, jun. 2011.

<sup>86</sup> BAPTAGLIN, Leila A.; FERREIRA, Paulo F. de L. B. Possibilidades da formação superior indígena a distância no Instituto Insikiran/UFRR: a língua indígena em foco. *Educação em Revista*, v. 20, n. 2, p. 61-76, jul./dez. 2019.

<sup>87</sup> Essomba notes the lack of an adequate reception structure in European education systems. ESSOMBA, Miquel Àngel. The right to education of children and youngsters from refugee families in Europe. *Intercultural Education*, v. 28, n. 2, p. 206-218, 2017.

<sup>88</sup> As exemplified by the experience of Casa de los Niños, carried out in the state of Roraima with indigenous people of the Warao ethnic group, coming from Venezuela, who are in a situation of refuge. AMAZÔNIA REAL. *Migrante cidadão: eles escolheram a solidariedade ao invés do preconceito*. Available at: <https://amazoniareal.com.br/migrante-cidadao-eles-escolheram-solidariedade-ao-inves-do-preconceito/> Access in: 23 jul. 2020.

cult and in general depends on mediation by a member of the group who is able to express themselves in a language known to the agents responsible for the asylum application process and integration management. The vulnerability of indigenous refugees is exacerbated by these communication barriers they face. In addition, the host state's indigenous agencies rarely have physical and human resources, or even the political will, to meet the specific demands of indigenous groups from abroad.<sup>89</sup>

## 6 Conclusions

The condition of the indigenous refugees, as seen, is marked by invisibility in relation to the circumstance of profound vulnerability to which they are subjected and there is no normative provision with the degree of specificity necessary to guarantee for these individuals dignity and adequate protection of their culture. Even the concept of indigenous refugee needs to be built on the basis of definitions provided for in international legal studies and instruments that refer separately to the international refugee and indigenous peoples law. Likewise, the lack of proper international instruments to support the indigenous refugees leaves the only option for their protection to be based on the combination of norms belonging to the legal frameworks regarding the identities coincided in this person.

Given that the duty to protect corresponds to the State, it is important to understand the mandatory level of the right that indigenous people in refugee situations may have access to, since part of the rules that apply to them are found in soft law instruments. As seen, being provisions of declarations instead of international treaties does not necessarily imply a disadvantage. On the one hand, because the adoption of declarations corresponds to a strategy of reaching the widest possible participation of non-state entities in the process of elaboration and negotiation of their rules. On the

other hand, because soft law rules gain greater obligatory density as they are supported by domestic and international law. Furthermore, they can give rise to the formation of international custom – to the extent that they translate into the domestic and international practices adopted by the States, as well as the *opinio juris* of their mandatory nature – or lead to the elaboration of future conventions on the subject.

However, in spite of being able to resort to hard and soft law rules regarding international refugee and indigenous peoples law, the absence of a proper legal treatment for indigenous refugees already represents an expression of the invisibility of their condition in the face of international community.

It is not all, however. The profound vulnerability to which they are subjected, the alienation from consubstantial factors of their cultural expressions – such as the traditional land – and the very situation of foreignness – which can lead to the resistance of indigenous institutions in the host State to assume as its competence to deal with the situation of peoples that they classify as foreigners – represent faces of indigenous peoples' invisibility before the host State, with prejudice to their subjective rights.

All of these circumstances profoundly affect the cultural expressions of indigenous refugees in their different dimensions, as can be seen with regard to the effects caused by the distancing from the traditional land and the weakening of the use of the native language when in a situation of refuge.

Land for the indigenous, as widely recognized, is not only a source of existential means, but also of spiritual resources. Indigenous refugees are generally faced with an urban environment that imposes a series of challenges on the preservation of their culture. Even those already used to the urban environment continue to have to overcome the limitations inherent to their vulnerability and foreignness. It is not uncommon that, in these circumstances, indigenous refugees remain under a condition of dependence on government agencies or civil society solidarity actions, with little to no space to exercise their self-determination, an axial factor in the expression of their dignity, provided as a fundamental right at UNDRIP and ADRIP.

The language is itself a cultural trait and, at the same time, a vehicle for other expressions of culture. Besides, it is the way indigenous peoples organize and translate

<sup>89</sup> Magalhães observes that, in the case of indigenous people coming from Venezuela, and who find themselves as refugees or asylum seekers in Brazil, the Fundação Nacional do Índio (FUNAI) has acted timidly because it understands that “there is nothing in the legislation that ensures appropriate and specific protection to their work with indigenous Venezuelan”. MAGALHÃES, Bruno. *Dançando Ciranda com a Lei: a FUNAI e a recepção de migrantes indígenas*. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos J. S. (coord.). *Migrações Venezuelanas*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018. p. 126-134.

reality. Although UNESCO's regimes for the protection of intangible heritage and cultural diversity can be applied to indigenous cultural expressions, including their languages, and the efforts of the international community to alert and create the conditions to prevent it, the process of gradual extinction of indigenous languages continues.

Indigenous refugees are generally faced with integration policies that, from a linguistic point of view, are often assimilationist. The deep vulnerability of such condition forces individuals in refuge situation to adapt to the host language. In addition, as the refuge circumstance is protracted, children end up entering a system that does not provide them, as foreseen in international law, an intercultural education that could allow them to preserve their native language and the main elements of their culture.

Finally, the complexity that characterizes the condition of indigenous refugees imposes a series of issues that challenge the coherence of the international community and of liberal and democratic States regarding their commitments to human rights and the foundation of human dignity. Although it is not possible to resolve all issues, tackling them presupposes adopting some measures. First, assuring the visibility of the specificities inherent to the indigenous refugee condition, clearly discerning these particularities in the elaboration of public policies. Second, that indigenous refugees should be included in the process of seeking solutions to problems that are specific to their condition, giving them a voice and guaranteeing them the exercise of their right of self-determination. Third, that, among the lasting measures of refuge to be adopted by the host State, it comprehends the access to land, where indigenous refugee families, with material support from the host State and civil society organizations, can reproduce, as much as possible, their own culture, education, traditions and customs, in a self-governing regime.

## References

AGUIAR, Carolina Moulin; MAGALHÃES, Bruno. Operation shelter as humanitarian infrastructure: material and normative renderings of Venezuelan migration in Brazil. *Citizenship Studies*, v. 24, n. 5, p. 642-662, jul. 2020.

AL JAZEERA. *Indigenous Yukpa face humanitarian crisis after fleeing Venezuela*. 2018. Available at: <https://www.aljazeera.com/news/2018/03/indigenous-yukpa-face-humanitarian-crisis-fleeing-venezuela-180310123952276.html> Access in: 23 jul. 2020.

AMAZÔNIA REAL. *Migrante cidadão: eles escolheram a solidariedade ao invés do preconceito*. Available at: <https://amazoniareal.com.br/migrante-cidadao-eles-escolheram-solidariedade-ao-inves-do-preconceito/> Access in: 23 jul. 2020.

ANAYA, James. *International Human Rights and Indigenous Peoples*. New York: Aspen Publishers, 2009.

ANAYA, James; WIESSNER, Siegfried. The UN Declaration on the rights of indigenous peoples: towards re-empowerment. *Jurist*, oct. 2007. Available at: <http://www.jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php> Access in: 23 jul. 2020.

BAPTAGLIN, Leila A.; FERREIRA, Paulo F. de L. B. Possibilidades da formação superior indígena a distância no Instituto Insikiran/UFRR: a língua indígena em foco. *Educação em Revista*, v. 20, n. 2, p. 61-76, jul./dez. 2019.

BARELLI, Mauro. The role of soft law in the international legal system: the case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International & Comparative Law Quarterly*, London, v. 58, n. 4, p. 957-983, out. 2009.

BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BLAKE, Janet. Standard-Setting instruments promoting multilingualism: launch of the United Nations international year of mother languages - UNESCO, Paris, February 21, 2008. *International Journal of Cultural Property*, v. 15, n. 4, p. 433-436, nov. 2008.

BOUCHENAKI, Mounir. A major advance towards a holistic approach to heritage conservation: the 2003 Intangible Heritage Convention. *International Journal of Intangible Heritage*, Seoul, v. 2, p. 106-107, 2007.

BRASIL. *Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm) Access in: 23 jul. 2020.



- BRINGAS, Asier Martínez de. The impact of migration processes on indigenous peoples' rights. In: CORRADI, Giselle *et al.* *Critical Indigenous Rights Studies*. London/New York: Routledge, 2019. p. 65-83.
- BURGER, Julian. From outsiders to centre stage: Three decades of indigenous peoples' presence at the United Nations. In: LENNOX, Corinne; SHORT, Damien (eds.). *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*. London/New York: Routledge, 2016. p. 315-330.
- CARTAGENA. *Declaração de Cartagena de 1984*. Available at: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf?view=1](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1) Access in: 23 jul. 2020.
- CASANOVA, Pablo G. Colonialismo interno: una redefinición. In: BORÓN, Atilio *et al.* (org.). *Teoría marxista hoy: problemas y perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2006. p. 409-434.
- CORONEL-MOLINA, Serafín M. Media and technology: revitalizing Latin American indigenous languages in cyberspace. In: MCCARTY, Teresa L. *et al.* *A world of indigenous languages: politics, pedagogies and prospects for language reclamation*. Bristol: Multilingual Matters, 2019. p. 91-114.
- DAVIS, Aisha Nicole. Intersectionality and international law: recognizing complex identities on the global stage. *Harvard Human Rights Journal*, v. 28, p. 205-242, 2015.
- ESSOMBA, Miquel Àngel. The right to education of children and youngsters from refugee families in Europe. *Intercultural Education*, v. 28, n. 2, p. 206-218, 2017.
- FAUNDES, Juan Jorge; LE BONNIEC, Fabien. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 145-179, 2020.
- FIGUEIRA, Rickson R. Direito dos povos indígenas e migrações forçadas: direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado de indígenas da Venezuela no Brasil. In: PALUMA, Thiago; SQUEFF, Tatiana C. (org.). *Migrações Internacionais no Século XXI: perspectivas e desafios*. Belo Horizonte: Arraes, 2019. p. 144-164.
- FIGUEIRA, Rickson Rios; PRATA FILHO, Ricardo. Interseccionalidade e a condição da refugiada LGBTI+. In: JUBILUT, Liliana *et al.* (org.). *Direitos humanos e vulnerabilidades e o direito internacional dos refugiados*. Santos: Universitária Leopoldiana, forthcoming, [s.d.].
- FLANAGAN, Tom. *Squaring the circle: adopting UNDRIP in Canada*. 2020. Available at: <https://www.fraserinstitute.org/studies/squaring-the-circle-adopting-undrip-in-canada> Access in: 23 jul. 2020.
- FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. *Revista de Direitos Internacionais*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 227-244, 2015.
- GILBERT, Jérémie. Indigenous Peoples, Human Rights, and Cultural Heritage: Towards a Right to Cultural Integrity. In: XANTHAKI, Alexandra; VALKONEN, Sanna. *Indigenous Peoples' Cultural Heritage: rights, debates and challenges*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2017. p. 20-38.
- GRAMLING, David. The new cosmopolitan monolingualism: on linguistic citizenship in twenty-first century Germany. *Teaching German*, v. 42, n. 2, p. 130-140, nov. 2009.
- HARRIS, Angela. Race and Essentialism in Feminist Legal Theory. *Stanford Law Review*, v. 42, p. 581-616, 1990.
- HORN, Philipp. *Indigenous rights to the city: ethnicity and urban planning in Bolivia and Ecuador*. London: Routledge, 2019.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of López-Álvarez v. Honduras*. Judgment of February 1, 2006.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Yakeye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion, 1996. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> Access in: 23 jul. 2020.

- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Indigenous and Tribal Peoples Convention* (No. 169), 1989.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Ratifications of C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention*. Available at: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314) Access in: 23 jul. 2020.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *The Hague Conference: Rights of Indigenous Peoples*, 2010. Available at <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1244&StorageFileGuid=07e8e371-4ea0-445e-bca0-9af38fcc7d6e> Access in: 23 jul. 2020.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Indigenous routes: a framework for understanding indigenous migration*. Available at: [https://publications.iom.int/system/files/pdf/indigenous\\_routes.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/indigenous_routes.pdf) Access in: 23 jul. 2020.
- KEARNEY, Amanda; KOWALEWSKI, Gabrielle. Refuting timelessness: emerging relationships to intangible cultural heritage for younger Indigenous Australians. In: STEFANO, Michelle L.; DAVIS, Peter (ed.). *The Routledge Companion to Intangible Cultural Heritage*. London/New York: Routledge, 2017. p. 285-299.
- KONO, Toshiyuki. Guiding Principles. In: VON SCHORLEMER, Sabine; STOLL, Petter-Tobias. *The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. Heidelberg: Springer, 2012. p. 83-114.
- KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. *The Falling Sky: Words of a Yanomami Shaman*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.
- KRENAK, Ailton. *Ideas to postpone the end of the world*. Toronto: House of Anansi Press, 2020.
- LAGUNAS, Rosalva Mojica. Language key holders for mexicano: the case of an intergenerational community in Coatepec de los Costales Mexico. In: MCCARTY, Teresa L.; NICHOLAS, Sheilah; WIGGLESWORTH, Gillian. *A world of indigenous languages: politics, pedagogies and prospects for language reclamation*. Bristol: Multilingual Matters, 2019. p. 214-234.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez; LYGARD, Kylie. The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 419-439, 2016.
- LI, Guofang; SAH, Kumar. Immigrant and refugee language policies, programs and practices in an era of change: promises, contradictions, and possibilities. In: GOLD, Steven J.; NAWYN, Stephanie J. (eds.). *Routledge International Handbook of Migration Studies*. 2. ed. London/New York: Routledge, 2019. p. 325-338.
- MAGALHÃES, Bruno. Dançando Ciranda com a Lei: a FUNAI e a recepção de migrantes indígenas. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos J. S. (coord.). *Migrações Venezuelanas*. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018. p. 126-134.
- MALEZER, Lee. Permanent forum on indigenous issues: ‘welcome to the family of the UN’. In: CASTELLINO, Joshua; WALSH, Niamh (eds.). *International Law and Indigenous Peoples*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 67-86.
- MARRIE, Henrietta. The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage and the protection and maintenance of the intangible cultural heritage of indigenous peoples. In: SMITH, Laurajane; AKAGAWA, Natsuko. *Intangible Heritage*. London/New York: Routledge, 2009. p. 169-192.
- MATHESON, David. Imperial culture and cultural imperialism. *European Journal of Intercultural Studies*, v. 7, n. 1, p. 51-56, 1996.
- MCNEISH, John-Andrew; EVERSOLE, Robyn. Conclusions: poverty, peoples and the meaning of change. In: EVERSOLE, Robyn; MCNEISH, John-Andrew; CIMADAMORE, Alberto D. (ed). *Indigenous peoples and poverty: an international perspective*. London: Zed Books, 2005. p. 290-294.
- ODELLO, Marco. The United Nations Declaration on the right of indigenous peoples. In: LENNOX, Corinne; SHORT, Damien. *Handbook of Indigenous Peoples Rights*. London/New York: Routledge, 2016. p. 51-68.
- OLIVEIRA, Gilvan Müller. Dossier Línguas Indígenas, 2019, o ano internacional das línguas indígenas: uma campanha político-linguística internacional. *Revista Digital de Políticas Linguísticas*, v. 11, p. 105-113, nov. 2019.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 2016.
- QUIJANO, Aníbal. Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America. *International Sociology*, v. 15, n. 2, p. 215-232, jun. 2000.

- RENSINK, Brenden W. *Native but foreign: indigenous immigrants and refugees in the North American Borderlands*. College Station: Texas A&M University Press, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para Descolonizar el Occidente: más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: Consejo Latino-Americano de Ciencias Sociales – CLACSO; Prometeo Libros, 2010.
- SWEPSTON, Lee. Indigenous peoples in international law and organizations. In: CASTELLINO, Joshua; WALSH, Niamh (eds.). *International Law and Indigenous Peoples*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 53-66.
- TINAJERO, Guadalupe; ENGLANDER, Karen. Bilingual-intercultural education for indigenous children: the case of Mexico in an era of globalization and uprising. *Intercultural Education*, v. 22, n. 3, p. 163-178, jun. 2011.
- TUPUOLA, Anne-Marie. *Urban Indigenous Peoples and Migration*. 2010. Available at: [https://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/AM\\_TupuolaWUF\\_Presentation.pdf](https://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/AM_TupuolaWUF_Presentation.pdf) Access in: 23 jul. 2020.
- UNESCO. *Convention against Discrimination in Education*, 1960.
- UNESCO. *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, 2003.
- UNESCO. *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, 2005.
- UNHABITAT. *Securing Land Rights for Indigenous Peoples in Cities*. Available at: <https://glt.net/download/securing-land-rights-for-indigenous-people-in-cities/?wpdmdl=8333&refresh=5f26b88fa8ae1596373135> Access in: 23 jul. 2020.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees*, 2010. Available at: <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10> Access in: 23 jul. 2020.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Figures at a Glance*. Available at: <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> Access in: 23 jul. 2020.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Minorities and Indigenous Peoples*. Available at: <https://www.unhcr.org/minorities-and-indigenous-peoples.html> Access in: 23 jul. 2020.
- UNITED NATIONS. *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*. General Comment 23, Article 27, Human Rights Committee (Fiftieth session), HRI/GEN/1/Rev.1, 1994.
- UNITED NATIONS. *Convention on the Right of the Child*, 1989.
- UNITED NATIONS. *Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*. UNDG, 2009. Available at: [https://unsdg.un.org/sites/default/files/UNDG\\_guidelines\\_EN.pdf](https://unsdg.un.org/sites/default/files/UNDG_guidelines_EN.pdf) Access in: 23 jul. 2020.
- UNITED NATIONS. *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right of Development*. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. Human Rights Council (Twelfth session), A/HRC/12/34, 2009.
- UNITED NATIONS. *Promotion and protection of the rights of indigenous peoples with respect to their cultural heritage*. Human Rights Council (Thirtieth session), Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, A/HRC/30/53, 2015.
- UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*, Human Rights Council (Thirty-sixth session), A/HRC/36/46, 2017.
- UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2016, 71/178, Rights of Indigenous Peoples*. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/71/178> Access in: 23 jul. 2020.
- UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 2 December 2019, A/34/396, Rights of Indigenous Peoples*. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/389/49/PDF/N1938949.pdf?OpenElement>. Access in: 23 jul. 2020.
- UNITED NATIONS. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations: Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo*. Conclusions, Proposals and Recommendations. ECOSOC, 1981. Available at: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/martinez-cobo-study.html> Access in: 23 jul. 2020.
- UNITED NATIONS. *United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples*, 2007.



WARE, Anthony; LAOUTIDES, Costas. *Myanmar 'Rohingya' Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

WIESSNER, Siegfried. The cultural rights of indigenous peoples: achievements and continuing challenges. *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 1, p. 121-140, fev. 2011.

YAMADA, Erika; TORELLY, Marcelo (org.). *Legal aspects of assisting the Venezuelan migrants in Brazil*. Brasília: International Organization for Migration (IOM), 2019.

YESCAS, Carlos. *Hidden in plain sight: indigenous migrants, their movements, and their challenges*. Migration Policy Institute, 2010. Available at: <https://www.migrationpolicy.org/article/hidden-plain-sight-indigenous-migrants-their-movements-and-their-challenges> Access in: 23 jul. 2020.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O Retrato de Edmond Belamy e a interface entre arte e inteligência artificial:** por uma nova definição de autoria e direitos de propriedade intelectual  
**The Portrait of Edmond Belamy and the interface between art and artificial intelligence:** for a new definition of authorship and intellectual property rights

Marla Meneses do Amaral  
Leite Mangiolaro

Patrícia Silva de Almeida

Jonathan Barros Vita

VOLUME 17 • N. 3 • 2020  
DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# O Retrato de Edmond Belamy e a interface entre arte e inteligência artificial: por uma nova definição de autoria e direitos de propriedade intelectual\*

## The Portrait of Edmond Belamy and the interface between art and artificial intelligence: for a new definition of authorship and intellectual property rights

Marla Meneses do Amaral Leite Mangiolardo\*\*

Patrícia Silva de Almeida\*\*\*

Jonathan Barros Vita\*\*\*\*

### Resumo

A capacidade de aprender, de analisar e de solucionar problemas deixou de ser uma característica marcadamente humana. A transformação dos processos, outrora executados pelo homem, por meio do uso das tecnologias de Inteligência Artificial (IA), alteram a percepção de mundo, tornando-o autônomo e imprevisível ao controle da instrução humana, um embasamento pautado no uso de algoritmos e “escolhas racionais”. Nesse contexto, apresenta-se, o objeto de pesquisa do presente ensaio, uma reflexão acerca da desenvoltura e da aplicação das IAs para a criação de obras de arte e direitos autorais, partindo da controversa repercussão causada pela obra “Portrait of Edmond Belamy”. A discussão se alinha aos aspectos das definições usuais sobre autoria, e direitos inerentes à propriedade. Para tanto balizou-se em documentos legais nacionais e internacionais, como a Convenção de Berna. Questionamentos quanto à distorção da criatividade humana *versus* a utilização da tecnologia, por meio de parâmetros referenciais internacionais descritivos, conduz à reflexão sobre a proteção da propriedade intelectual aplicada no Brasil, uma pesquisa que se molda ao método hipotético-dedutivo. Com base nessa perspectiva, os resultados direcionam a um novo olhar sobre o direito da propriedade intelectual adequando-o à realidade presente, quanto à redefinição de autoria pertinente ao uso da Inteligência Artificial conjugada ao campo das Belas Artes.

**Palavras-chave:** Inteligência artificial. Direito de propriedade intelectual. Belas artes.

### Abstract

The ability to learn, analyze and solve problems is no longer a markedly human characteristic. The transformation of processes formerly performed

\* Recebido em 30/09/2020  
Aprovado em 24/03/2021

\*\* Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR/SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil Pela UNITO-LEDO/SP e Direito Civil e Empresarial pela Damásio/SP.  
E-mail: advmarlamm@gmail.com

\*\*\* Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR/SP. Especialista em Direito Público pela Escola de Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE/RS. Oficiala Registradora e Tabela de Notas do Município de Santa Salete, Estado de São Paulo.  
E-mail: patriciadealmeida3110@gmail.com

\*\*\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Mestre em Segundo Nível em Direito Tributário de Empresa pela Università Commerciale Luigi Bocconi – Milão (Itália). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Coordenador e Professor Titular do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR/SP.  
E-mail: jbvita@gmail.com



by man, with Artificial Intelligence (AI) technologies, changes the perception of the world, making it autonomous, unpredictable and questionable independence from the control of human instruction, a foundation based on the use of algorithms and “rational choices”. In this context, the research object of this essay, presents a reflection on the resourcefulness and application of AI’s in the creation of works of art and copyright, starting from the controversial repercussion caused by the work “Portrait of Edmond Belamy”. In this context, the research object of the present essay, presents a reflection on the resourcefulness and application of AI’s in the creation of works of aspects of the usual definitions of authorship, and inherent property right, for that, it was based on national and international legal documents, such as the Berne Convention. Questions about the distortion of human creativity versus the use of technology, through descriptive international reference parameters, leads to reflection on the protection of intellectual property applied in Brazil, a research that is modeled on the hypothetical-deductive method. From this perspective, the results lead to a dystopian look at intellectual property law adapting it to the present reality, regarding the redefinition of authorship relevant to the use of Artificial Intelligence combined with the field of fine Arts.

**Keywords:** Artificial intelligence. Intellectual property right. Fine Arts.

## 1 Introdução

“Eu não temo os computadores,  
eu temo a ausência deles.”  
(Issac Isimov)

Sempre que se depara com experiências individuais ligadas ao mundo das artes, há tendência ao afastamento, cada vez maior, da perspectiva tradicional de definição de autoria e de proteção de uma obra. Inquietudes são geradas a partir do futuro da arte e do mercado.

A arte percebida como objeto de mercancia desperta rentabilidade, espaço propenso à exploração de novas formas de criação e de perspectivas renovadas, atrativas a uma classe de novos criadores e de investidores.

Em virtude das inovações crescentes nesse próspero campo de pesquisa e desenvolvimento, discussões pau-

tadas nas atribuições de autoria e de direitos inerentes à propriedade são relevantes. Diversos estatutos discorrem sobre propriedade intelectual no mundo, chegando a pontos divergentes se tais direitos seriam contemplativos, apenas, de natureza pessoal, propriamente da obra (*copyright*) ou um misto protetivo.

O padrão de proteção autoral qualifica obras artísticas tradicionais, desconsiderando-se as obras que se situam fora desse *status*, a citar obras que se concretizam, exclusivamente, a partir da tecnologia, sem perder os atributos de criatividade e de originalidade.

A emblemática obra artística *O Retrato de Edmond de Belamy*, gestada em 2018 pelo grupo francês *Obvious*<sup>1</sup>, foi comercializada pela famosa casa de leilões de arte contemporânea do mundo — a *Christie’s* em Nova York —, por U\$S 432.500. A importância dessa demanda e oferta, juntamente ao sistema da arte contemporânea, nos reporta à especificação sobre a quem pertence a autoria da obra de arte, pois representa um marco histórico autêntico: é a primeira obra de arte realizada por um modelo duplo de algoritmos de Inteligência Artificial (IAs), denominado *Generative Adversarial Networks* (GAN).

Em que pese a originalidade da obra, perguntas tangíveis acerca da autoria e aceitação técnica no mundo artístico não afastam o reconhecimento da interface Arte e Inteligência Artificial, reacendendo críticas ao uso de artefatos industriais e artificiais. A disposição criativa remodela e embaça a visão doutrinária jurídica tradicional, pois a inserção de novos agentes de autoria e de modos de proteção a esse anseio de criação, urgentemente, necessita adequação, ao que se concebe como sistema tradicional de proteção intelectual.

Referências à noção de criação e aos padrões tradicionais da obra de arte precisam ser revisitadas. A replicação de um comportamento originariamente humano, a respeito da autonomia do sistema da arte, não impede a tecnologia algorítmica de interferir nos processos

<sup>1</sup> Construído com base em três estudantes franceses de Arte — Pierre Fautrel, Hugo Caselles-Dupré e Gauthier Vermier —, o objetivo principal era inovar em um projeto que usa algoritmo de aprendizagem de máquina para gerar imagens de arte. O desenvolvimento de *machine learning*, em 2017, por meio de algoritmos precisos, estabeleceu, por intermédio de arquitetura própria de inteligência artificial, diferentes camadas de redes neurais artificiais, modelados livremente pelo cérebro humano, projetado para o reconhecimento de padrões e dados sensoriais. Para maior compreensão do projeto, sugere-se a leitura do projeto. OBVIOUS. *Artificial Intelligence for Art*. Disponível em: <http://obvious-art.com/wp-content/uploads/2020/04/manifesto-v2.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

criativos, até então vivenciados. A inserção de técnicas de aprendizado com o uso das máquinas repercute, diretamente, na definição dos agentes criadores e fatos jurídicos gerados com a utilização de tais ferramentas.

E, em virtude dessa constatação, levantam-se as seguintes indagações: a obra de arte criada pela Inteligência Artificial seria obra inserida em um novo contexto de autoria merecedora de proteção de propriedade intelectual? Ou estaria, apenas, diante de um objeto criado a partir do cruzamento de dados abertos capaz de produzir um artefato ou obra de arte? A noção de criatividade é um atributo da capacidade humana, a obra gerada por uma máquina teria legítima proteção pelo campo de direitos da propriedade intelectual nos moldes aplicados?

A partir desses questionamentos, o presente estudo tem por objetivo traçar um paralelo de proteção e de viáveis alterações na legislação de direitos de propriedade intelectual nacional, em virtude de novas possibilidades de criação, com base na utilização de máquinas (APS) no campo das artes.

A construção dos quesitos se deu em três partes principais. (1) Primeiro trabalhou-se o processo criativo, apontando desde a visão romântica até a visão pragmática de estudos em neurologia. (2) Em seguida abordou-se a relação entre obras de arte cuja realização se deu por mãos humanas e as concretizadas por IA's de alta performance. E, finalmente, (3) efetuou-se a análise entrelaçando diplomas legais nacionais e internacionais, com destaque para a Convenção de Berna; e os possíveis reflexos jurídicos e econômicos da adoção de determinadas posturas jurídicas.

Para obtenção dos resultados almejados na pesquisa, objeto da análise proposta neste artigo, como método de investigação, optou-se pela abordagem hipotético-dedutiva e, no que corresponde às fontes utilizadas, o estudo está delineado com referencial teórico essencialmente bibliográfico, partindo de um repertório contemporâneo doutrinário de direito comparado.

## 2 O processo criativo: entre o humano e o artificial

“[...] the artificial neuron is not meant to be a computer-based simulation of a biological neuron. Instead, the goal of the artificial neuron is to achieve the same ability to learn from experience as with the biological neuron [...]”  
(Yavar Bathaee)

A primeira interrogação a ser realizada abarca se a noção de criatividade parte da concepção empírica de habilidade individual, cujo detentor incondicional é o homem. Estudar o ato de criação, ou mais precisamente, o ato de criar a arte, comporta dúvidas quanto à atribuição de essa habilidade, intrinsecamente humana, estar ligada às máquinas.

Décadas antes, consoante a filosofia pragmática de John Dewey “[...] a arte é o lócus paradigmático dos valores humanos, e a criação e o prazer advindos da arte são o protótipo dos objetivos dignos da condição humana”.<sup>2</sup> Nessa perspectiva, surgem pontos de riqueza das ideias produzidas pelo homem, e da valoração do produto artístico.

O processo criativo e o seu enriquecimento proporcionam incertezas, da referida capacidade ser ou não, exclusiva e inerente à própria natureza humana e, se a arte, consistiria em um produto material e perceptível oriundo da criação da alma.

A concepção de algo, em relação à criação se baseia em alguns fatores externos e internos que viabilizam o processo: a colocação do tempo-espço, as condições culturais e sociais preexistentes, são repletos de significados e de valores para a humanidade.

De todo modo, a criação de uma obra de arte parte de um ser vivo e de algum aspecto do mundo no qual está inserido.<sup>3</sup> Na realidade, a interação entre o organismo vivo e o meio desenvolve, por si, formas criativas, o que é descrito como puramente emocional.<sup>4</sup> Por esse

<sup>2</sup> DEWEY, John. *A arte como experiência*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 10.

<sup>3</sup> DEWEY, John. *A arte como experiência*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 24.

<sup>4</sup> Chama-se a atenção a essa questão da ligação direta entre emoção e criação artística. Acontecimentos e objetos — nesse caso obras de arte —, embora possa ser produzida na base da emoção, sentimentos e pensamentos, sempre será posta como resultado de um fazer objetivo. Logo, a partir de uma visão pragmática, se o objeto é fruto

ângulo, existiria propensão a “romanticizing creativity as some essential aspect of human identity is harder to do when a machine can produce the same creative works”.<sup>5</sup>

Teóricos ligados a outros campos científicos, o neuro-cientista Haykin<sup>6</sup> explicita, o reconhecimento da capacidade de se criar algo está relacionado às experiências humanas, todavia, afirma existir uma aproximação do cérebro humano à estrutura semelhante ao computador — complexa e não linear —, trabalhando a articular e a organizar os neurônios na execução de tarefas determinadas.

No entanto, antes de qualquer debate filosófico, ao cingir o debate às implicações jurídicas, procura-se abordar a criatividade, sem os rótulos e as perspectivas ditadas pelo conhecimento empirista-estético<sup>7</sup>. Extrai-se que a centralidade do ato de criar deve ser percebido como um processo físico-químico ocorrendo por meio de impulsos elétricos.

Em estudos de morfometria cerebral em voxel<sup>8</sup>, quando analisados critérios de realizações criativas e flexibilidade cognitiva, constatou-se que determinadas

---

de emoção, não é algo que exista por si em algum lugar aquém de um sujeito senciente, algo que se separe e logo após venha a ser empregado. O processo artístico de criação é complexo e não linear; as obras de arte são, às vezes, criadas por “descargas afetivas” para o meio artístico, uma condição à expressão estética, contudo, está longe de ser condição suficiente, não é simples evocação das emoções. Um olhar pragmático na visão de: DEWEY, John. *A arte como experiência*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 32-34.

<sup>5</sup> KAMINSKI, Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. *UC Davis Law Review*, Davis – California, v. 51, n. 589, p. 589-616, 2017. p. 594.

<sup>6</sup> HAYKING, Simon. *Neural networks: a comprehensive foundation*. New York: Macmillan College Publishing Company, 1994. p. 139.

<sup>7</sup> O objeto de pesquisa não analisa se a obra de arte produzida pela máquina estaria inserida dentro de padrões considerados estéticos determinantes a definição de uma obra de arte. A experiência artística, nem sempre é definida como estética, isto é, um atributo fundante e específico utilizado, muitas vezes, para definir arte. A singularidade e individualidade de uma obra de arte contribuem muito mais para seu valor mas não necessariamente para estética. Sugere-se a leitura da introdução da tese de: DANTAS, Lucia Ferraz Nogueira de Souza. *Contribuições da filosofia de Charles S. Pierce para uma investigação acerca da questão de fenomenologia e ontologia das obras de arte*. 2019. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

<sup>8</sup> A morfometria baseada em voxel (VBM) constitui um método utilizado para detecção de diferenças anatômicas ou funcionais na comparação de alteração de volume cerebral. ASHBURNER, John; FRISTON, Karl J. Voxel-based morphometry: the methods. *Neuroimage*, v. 11, n. 6, p. 138-235, 2000. p. 805-821.

áreas do cérebro mais desenvolvidas tornam a pessoa mais criativa nas respectivas aptidões comandadas por aquela área cerebral. Portanto, a criatividade não é um dom. É a capacidade de resolver problemas por meios não convencionais, de conexões com a base de dados de que se dispõe.

A criatividade é um processo resultado do denominado pensamento divergente,<sup>9</sup> que objetiva solucionar problemas, negando o uso de uma única solução — a figura contrária do pensamento convergente —, estando o resultado disponível com base no maior número possível de variáveis.

Baer<sup>10</sup> por meio de análises de pesquisas, avaliou o desempenho criativo dos homens e separadamente da interação homem-máquina. Paulatinamente, ficou demonstrado, a criatividade em um domínio específico não garante a mesma desenvoltura nos outros domínios e não predispõe a formação de conhecimento ou habilidade natas; reforçando a afirmação de que o processo criativo se constrói por via de simples capacitação.

Abstrai-se, dessa maneira, que exercício de fazer conexões, para enxergar o que os outros não veem, não corresponde a uma iluminação divina concedida a poucos privilegiados humanos. A máquina possui uma malha neural artificial, desenvolvendo conexões (sinapses) em busca do maior banco de dados existente, não exclusiva ao cérebro, mas ligada ao ramo de *Big Data*.

Para Raquel Acosta, a inspiração das redes neurais artificiais advindas do funcionamento interno do cérebro, não raro, representam sistemas adaptativos que alteram a estrutura em resposta a afetação de informações. O contato com a arte, ciência e tecnologia, por exemplo, “treinam” as redes neurais, aumentando ou diminuindo a dominância neural de uma IA, exatamente como neurônios humanos. Assim excluem conexões indesejadas e reforçam estímulos neurológicos comumente usados.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Termo cunhado por Joy Paul Guilford. Maiores detalhes ver: [https://www.newworldencyclopedia.org/entry/J.\\_P.\\_Guilford](https://www.newworldencyclopedia.org/entry/J._P._Guilford). Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>10</sup> BAER, John. Is creativity domain specific? In: KAUFMAN, C.; STERNBERG, R. *Cambridge handbook of creativity*. New York: Cambridge University Press, 2010. “Research looking at actual creative performance has consistently shown that creativity in one domain does not predict creativity in other domains”, p. 323. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-handbook-of-creativity/is-creativity-domain-specific/15917F61E11F420DBB9A8D1B02DBC90B>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>11</sup> ACOSTA, Raquel. *Inteligência Artificial e Direitos de Autoria*. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/artificial-intelli>



Na percepção de Vanessa Ferro, autora esclarece que as IAs utilizam algorítmicos de *deep learning* capazes de gerar obras artísticas e o fazem com base em registros digitais das obras criadas pelos seres humanos, englobando todos os arquivos de arte encontrados em museus, bibliotecas e centros de pesquisa de história da arte, as fontes reúnem informações de séculos. Todavia, interessante notar, para gerar novas obras de arte, seria preciso o quesito originalidade para separar o que já foi criado do que está sendo posto.<sup>12</sup>

O ato de criar é evento multifacetado e complexo de definição. Provar ser impalpável “criações do espírito”, significa: atividades podem ser desenvolvidas por meio de um treinamento cognitivo natural ou artificial, isto é, a aprendizagem e o processamento de informações e a aplicação do resultado, independe do ato humano.

Partindo da visão disruptiva e progressista, Moscovici<sup>13</sup> aduz que o ponto inicial desse processo situa-se em uma imensa lista de conhecimentos adquiridos ao longo do tempo e a inovação produzida deve carregar uma contribuição de fato, como algo singular e diferenciado.

O fato é — o produto da criatividade humana — a obra de arte precisa carregar, em seu bojo, a originalidade, a autenticidade, a singularidade e o ineditismo<sup>14</sup>, fruto de um conjunto expressivo de valores; mas a atividade artística pode ser realizada individualmente ou com o auxílio de máquinas, desde que a vontade do artista seja o fio condutor do processo criativo.

Por essa razão há divergências em aceitar que obras criadas por softwares, ausentes da intervenção humana, duvidosas ser consideradas arte. Discute-se a capacidade

de do ser humano ou da Inteligência Artificial<sup>15</sup> — isoladamente ou em conjunto — de produzir algo dessa natureza, valendo-se do atributo da criatividade.

Laurentiz trabalha um conceito de vida artificial como “um sistema em crescimento programado no computador que apresenta muitas propriedades dos sistemas vivos, incluindo os mecanismos de reprodução, herança, variação e seleção.” E, ainda, declara que, nesses processos aplicados às artes, a estética funciona como um acelerador de desenvolvimento de preferências do sistema, perquirindo uma evolução, tal qual o método usado por muitos artistas para composição estética das mais variadas formas de arte, como um sistema autogerativo.<sup>16</sup>

Essa presunção referente a capacidade das IAs quanto ao seu ineditismo e a sua autonomia de criação, instiga o desenvolvimento em pesquisas no campo ético e aplicação dessa tecnologia, ainda, esparsas e incipientes. Ao partir da descrição usual do termo *black box*<sup>17</sup>, seria viável considerar as programações capazes de fazer previsões de dados coletados segundo sentidos e tomada de decisões similares aos seres humanos, contudo a ciência não consegue explicar as razões desse entendimento.

O surgimento de novas tecnologias, provenientes de algoritmos, dotados de inteligência artificial, apesar da relutância em aceitar a capacidade de máquinas executarem um pensamento criativo, não mais pode ser considerado um atributo exclusivamente humano.<sup>18</sup>

gence-and-authorship-rights. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>12</sup> FERRO, Vanessa da Silva. *As obras artísticas geradas pela inteligência artificial: considerações e controvérsias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 112.

<sup>13</sup> MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais: investigações em psicologia social*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 8.

<sup>14</sup> Abordar os atributos e características de uma obra de arte parte dos valores atribuídos pela doutrina. De acordo com Lisiane Feiten Wingert Ody, “[...] o conceito de arte não pode ser uno, tendo em vista que uma característica particular da arte é precisamente a sua diversidade e a sua constante ampliação e seus limites”, p. 65. Todavia, existem alguns pontos que são relevantes como a originalidade (a singularização da criação, maneira própria do artista que o torna reconhecível), a autenticidade (à comprovação e sua origem) e o ineditismo (uno, não produzido em massa), objetivamente qualificando a obra. ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e Arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65-83.

<sup>15</sup> A Inteligência Artificial (AI) é definida como uma versão mais sofisticada e independente de algoritmos. Representa uma terminologia que se descreve como emergente que, por ora, nem programadores e usuários conseguem explicar.

<sup>16</sup> LAURENTIZ, S. Processos computacionais evolutivos na arte. *ARS*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 45-55, 2003. DOI: 10.1590/S1678-53202003000200004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ars/article/view/2911>. Acesso em: 21 mar. 2021.

<sup>17</sup> *Black box* são algoritmos com redes neurais profundas, incógnitas aos humanos, envoltos por complexidade tão impenetrável ao cérebro humano, criando padrões geométricos e espaciais de dimensão superior a capacidade humana de entender. Ver: BATHAEE, Yavar. The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 31, n. 2, 2018. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathae.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>18</sup> QUADROS, Aline Schraier de. Autoria de obras geradas por inteligência artificial: desafio para o sistema internacional de proteção de direitos autorais. In: GONÇALVES, Rubéns Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (coord.). *Studi Sui Diritti Emergenti: estudos sobre direitos atuais*. Città: Reggio Calabria-Italia, 2019. p. 263-271. p. 267.

Compreende-se que o processo de pensamento e criação pode ser acomodado como uma compreensão de outra espécie cognitiva, altamente inteligente, com poderes e sentidos completamente diferentes dos humanos, até mesmo os programadores podem não ser capazes de prever quais soluções ou decisões a AI efetivará.<sup>19</sup>

A ciência jurídica tem discutido a necessidade de regular a responsabilidade civil por atos autônomos das IAs, pois

um aspecto é consenso: com a habilidade de treinar a si mesma e acumular experiências, a IA pode tomar decisões independentemente da vontade do seu desenvolvedor e, inclusive, chegar a resultados sequer passíveis de previsão pelos seus programadores.<sup>20</sup>

O uso de tecnologias, se, por um lado, auxilia o desenvolvimento — interpretada como extensão da mente humana —, produz, conseqüentemente, alterações sociais e culturais; por outro, permite a *machine learning* ser capaz de produção de práticas outrora de natureza humana, inclusive com parâmetros capazes de reproduzir certa sensibilidade estética.

A compreensão da evolução da inteligência das máquinas poderia estender a proteção de autoria criadora ou cocriadora de quaisquer intentos humanos, uma combinação precisa e questionável, aos padrões e definições atuais de autoria e de proteção intelectual.

Nesse ponto, a arte é novamente o centro de discussão quando se debatem inovações criativas e o desenvolvimento de projetos envolvendo a tecnologia. Assim, pode-se lançar-se o seguinte questionamento: existe algum limite imposto às máquinas como agente criador?

### 3 Combinação Arte e Inteligência Artificial

A relação entre arte e sua produção por intermédio de máquinas é descrita como complexa, porém não é algo novo. Isso por que sempre houve resistência às transformações das práticas artísticas tradicionais, construídas em razão do aprimoramento dos instrumentos de produção e de reprodução em massa dos bens artísticos.

Essa divergência, por um lado, resta claro: artistas e o conjunto de produção artística não suportam com facilidade o tratamento que lhes pode dar, sendo uma obra de arte algo vivo, envolto por aura própria, autêntica, com valor único,<sup>21</sup> fruto exclusivo da criatividade humana e, uma vez produzida por máquinas, condicionaria ao seu declínio, o fatídico declínio da “arte real”; de outro, porém, a difusão do uso de diferentes inovações tecnológicas — *machine learning*<sup>22</sup> — ajudaria a explorar novos domínios da arte e de expansão ao mercado sedento por inovações.

Ao pensar nessa simbiose, a arte e a inteligência artificial, com base no ponto de vista atual, têm passado por adaptações históricas. Alguns artistas tendem a adotar esse novo método de produção, de início, meio ou parceiro instrumental de criação; entretanto, outra parcela significativa do mundo artístico, embora consciente dessa possibilidade, resiste ao seu uso, mantendo os moldes de produção tradicional.

Nesse ponto, Arcas, desde 2016, descreve o futuro do gesto artístico direcionado à inteligência artificial — quer seja negativo, quer seja positivo —, dificilmente por razões de tempo, e aquém de fundamentações, haverá uma ruptura aos padrões teóricos originais, produzindo

<sup>19</sup> BATHAEE, Yavar. The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 31, n. 2, 2018. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathae.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>20</sup> PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 238-254, 2017.

<sup>21</sup> Referência à concepção de obra de arte e aura observada como essência de originalidade e unicidade descrita por Walter Benjamin em texto publicado BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na era de sua reprodutividade técnica*: datado de 1955, uma crítica realizada pelo autor sobre as tendências evolutivas da arte, nas condições impostas pelo capitalismo. Disponível em: [www.philarchive.org/archive/diatat](http://www.philarchive.org/archive/diatat). Acesso em: 02 maio 2020.

<sup>22</sup> De forma simples, a definição de *machine learning* é a ciência de fazer com que um computador realize ações sem uma programação explícita. Maiores detalhes ver: SALESFORCE. *O que é Inteligência Artificial?* Disponível em: <https://www.salesforce.com/br/blog/2016/10/o-que-e-inteligencia-artificial.html#:~:text=%20As%20Principais%20T%C3%A9cnicas%20de%20Intelig%C3%Aancia%20Artificial%20,automa%C3%A7%C3%A3o%20total%20do%20ciclo%20de%20BI%3A...%20More%20>. Acesso em: 26 set. 2020.

mudanças latentes aos novos criadores que absorverão essa nova concepção de arte.<sup>23</sup>

One would like to believe that, after being discredited so many times and over so many centuries, the “antitechnological concept of art” would be relegated to a fundamentalist fringe. However, if history has anything to teach us in this regard, it’s that this particular debate is always ready to resurface. Perhaps this is because it impinges, consciously or not, on much larger issues of human identity, status and authority. We resist epistemological shock. Faced with a new technical development in art it’s easier for us to quietly move the goalposts after a suitable period of outrage, reinscribing what it means for something to be called fine art, what counts as skill or creativity, what is natural and what is artifice, and what it means for us to be privileged as uniquely human, all while keeping our categorical value system — and our human *apartness* from the technology — fixed.<sup>24</sup>

Isso significa, em breve análise, para os fundamentalistas, que o principal problema da arte contemporânea, em relação ao momento atual, seria a criação de uma ponte entre o artista e as suas descobertas criativas adequando-as aos meios tecnológicos. À medida que, o próprio sistema da arte precisa apontar estágios sucessivos de integração, com a remodelagem de definições, aumenta as tensões existentes entre o objetivo e o subjetivo, a razão e o sentimento, o formal e o informal, convenções estéticas *versus* padrões de mercado, enfim, dúvidas persistentes ao destino das artes.

Como se vê, a imagem dessa realidade de aproximação permite tratar a existência de um novo tipo de investigação e de pesquisa no mundo artístico, sendo o

propósito de imaginar a arte interpretada e produzida com base na *machine learning*, para além da percepção estética humana livre de restrições, amplia a aceitação de formas não antropocêntricas de criatividade.<sup>25</sup>

Permite-se enfatizar, não se está a perquirir a diminuição do valor da arte produzida em concreto nos moldes tradicionais, mas trazer argumentos às oportunas mudanças substanciais, relativas à evolução da própria definição de autoria e obra de arte criadas pela concepção moderna, uma noção ligada à genialidade individual, aos sentimentos, a fantasia, a invenção de regramentos inéditos, descritos por Humberto Eco<sup>26</sup>. Ao contrário, desejosos em agregar ao contemporâneo artístico uma reflexão sobre arte para o além das concepções de beleza, forma e comunicação dispostos ao padrão social, ato exclusivo, até então, realizável pelo homem.

Ao colocar ênfase na questão da existência do reconhecimento do artista-máquina — a radicalidade em considerá-la artista, talvez — e, em que pese transformar essa compreensão digna de proteção de direitos de propriedade intelectual, é preciso repensar a noção de autoria e das produções artísticas elaboradas por algoritmos.

[...] although the algorithm created appealing images, it lived in an isolated creative space that lacked social context, in contrast with human artists who are inspired by people, places and politics. We humans definitely make art to tell stories and make sense of the world, so because now machines can almost autonomously produce art it doesn’t mean they will replace artists.<sup>27</sup>

Em princípio, insito em um campo de incertezas, de acordo com designer digital Mikel Arbiza Goenaga<sup>28</sup>, ao

<sup>23</sup> ARCAS, Blaise Aguera y. *Art in the age of machine intelligence*. Disponível em: <https://medium.com/artists-and-machine-intelligence/what-is-ami-ccd936394a83>. Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>24</sup> Tradução livre: “Gostariamos de acreditar que, depois de tantas vezes desacreditado e ao longo de tantos séculos, o “conceito antitecnológico de arte” seria relegado a uma franja fundamentalista. No entanto, se a história tem algo a nos ensinar a esse respeito, é que esse debate em particular está sempre pronto para ressurgir. Talvez seja porque ela interfere, conscientemente ou não, em questões muito mais amplas de identidade, status e autoridade humana. Resistimos ao choque epistemológico. Diante de um novo desenvolvimento técnico na arte, é mais fácil movermos silenciosamente as traves depois de um período adequado de indignação, reinscrevendo o que significa algo ser chamado de belas artes, o que conta como habilidade ou criatividade, o que é natural e o que é artifício, e o que significa para nós sermos privilegiados como exclusivamente humanos, ao mesmo tempo em que mantemos nosso sistema de valores categóricos — e nosso humano *separação* da tecnologia — fixa. Ver: ARCAS, Blaise Aguera y. *Art in the age of machine intelligence*. Disponível em: <https://medium.com/artists-and-machine-intelligence/what-is-ami-ccd936394a83>. Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>25</sup> GOENAGA, Mikel Arbiza. *Artificial Intelligence: a revolution in the art world*. Disponível em: <https://mikelarbiza.net/2019/05/07/artificial-intelligence-a-revolution-in-the-art-world/>. Acesso em: 21 set. 2020.

<sup>26</sup> ECO, Humberto. *A definição da arte*. São Paulo: Record, 2016. p. 125.

<sup>27</sup> Tradução livre: “[...] embora o algoritmo criou imagens atraentes, ele viveu em um espaço criativo isolado que não tinha contexto social, em contraste com artistas humanos que são inspirados por pessoas, lugares e política. Nós humanos definitivamente fazemos arte para contar histórias e fazer sentido no mundo, então porque agora as máquinas podem quase autonomamente produzir arte não significa que eles vão substituir os artistas. GOENAGA, Mikel Arbiza. A critique of contemporary artificial intelligence art: who is Edmond de Belomy? *AusArt Journal for Research in Art*, v. 8, n. 1, 2020, p. 55. Disponível em: [www.ehu.es/ojs/index.php/ausart](http://www.ehu.es/ojs/index.php/ausart). Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>28</sup> GOENAGA, Mikel Arbiza. A critique of contemporary artificial intelligence art: who is Edmond de Belomy? *AusArt Journal for Research in Art*, v. 8, n. 1, p. 54-66, 2020. Disponível em: [www.ehu.es/ojs/index.php/ausart](http://www.ehu.es/ojs/index.php/ausart). Acesso em: 20 set. 2020.



conceber a definição de máquina como sistema técnico interligado ao sistema humano, ambos em lados opostos, produz-se um espaço conceitual errôneo, inadequado, negando a já existente aproximação do homem a outros dispositivos tecnológicos (a citar, próteses no corpo humano, entre outros), completa hibridação entre homem-máquina.

O problema em aceitar e reconhecer a implantação atual de algoritmos, e as técnicas de inteligência artificial como são implantadas no momento atual, torna duvidosa a objetivação da qualidade artística das máquinas, uma vez que, em relação aos padrões de originalidade, não se evidencia se a criação engloba a totalidade da obra de arte ou se são agentes colaborativos aos processos criativos finalísticos.

A condição humana de criador, gestor singular de produção intelectual, abre caminhos a estudos direcionados a interligar a arte às redes neurais artificiais, a ponto de se considerar uma evolução ao mundo autônomo e ao sistema autopoietico das Belas Artes<sup>29</sup>, motor inovador gerando alterações e mudanças nos padrões estéticos outrora fixados.

A Inteligência Artificial gesta, por meio de métodos e técnicas objetivas e sintéticas, o direcionamento de tomada de decisões autônomas singularmente semelhantes ao comportamento humano, sem definir exatamente o que venha ser arte e se existe um real potencial de criatividade advinda das máquinas.<sup>30</sup>

A respeito desse ponto, existe preocupação e um território opaco e nebuloso sobre a atribuição de autoria e a real propriedade da obra, visto que, para se chegar a determinados resguardos de direitos, não im-

porta o resultado acabado do produto, mas o processo de envolvimento da criação.

A origem da arte-computacional surgiu com base no movimento conhecido como arte-conceitual<sup>31</sup>. Negar a existência do objeto apartado da figura do artista, seria o mesmo que contrariar a arte generativa tradicional, em que o artista estabelece o código e o computador não tem espaço para interpretação; logo, o uso de IA's gerando obras de arte, como se fossem artistas, seria atribuir imaginação às máquinas.<sup>32</sup>

A real situação de existência da arte, sem a total interferência humana, relaciona o conceito da arte contemporânea à ideia da obra do produto final; a premissa da inteligência artificial artista é duvidosa, pois a ausência de compreensão científica sobre a consciência desse ente artístico não significa que, em um futuro próximo, a inteligência artificial não seja capaz de dar sentido ao trabalho artístico, complexa tarefa rever as atribuições legais de garantias, de proteção e de direitos e responsabilidades inerentes a proteção de propriedade intelectual, uma busca que intenta descrever novos conceitos normativos, integradores e unificadores de atribuição de direitos, a partir descritos.

#### 4 A Proteção Intelectual Destinada a Arte Produzida por IA's

“[...] we should accept that the diffusion and popular use of different technological innovations, like Machine Learning today, helps us explore new domains of creativity.”  
(Mikel Arbiza Goenaga)

A questão da propriedade intelectual é um problema amplo, “[...] os avanços nas tecnologias de IA estão tornando a autoria de máquina uma realidade, mas os padrões legais que governam a inovação criativa não levam em consideração a inovação não humana.”<sup>33</sup>

<sup>29</sup> A autonomia da arte descrita pelo sociólogo Niklas Luhmann alega a tendência a um fechamento operacional do mundo das artes, no impulso em firmar a sua própria identificação e função na sociedade. Há certas características e percepções que são incommunicáveis pertencentes apenas a uma rede social de trabalho, reforçando, cada vez mais, certa autonomia e autopoiesis. Ainda que esteja aberto a interação com outros sistemas sociais (a política, a economia e ao direito, por exemplo), sempre haverá o isolamento sistêmico, apesar da conexão com os demais sistemas sociais. Para compreensão desse processo da arte descrita na contemporaneidade ver STALLABRASS, Julian. *Contemporary art: a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 79-80, bem como sugere-se a leitura compreensiva desse sistema funcional específico: LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. México: Universidad Ibero Americana, 2005.

<sup>30</sup> ARTLUV. *Uma nova artista chamada: inteligência artificial*. Disponível em: <https://artlup.net/uma-nova-artista-chamada-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

<sup>31</sup> A ideia do artista sempre será o ponto chave da imaginação criativa.

<sup>32</sup> GOENAGA, Mikel Arbiza. *Artificial Intelligence: a revolution in the art world*. Disponível em: <https://mikelarbiza.net/2019/05/07/artificial-intelligence-a-revolution-in-the-art-world/>. Acesso em: 21 set. 2020.

<sup>33</sup> ACOSTA, Raquel. *Inteligência Artificial e Direitos de Autoria*. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/artificial-intelligence-and-authorship-rights>. Acesso em: 20 mar. 2021.

O exercício dos direitos pertencentes à classe intelectual, de fato, é determinado por legislações de diversos países, o que tem acirrado abertos debates a respeito da existência de estrutura e proteção jurídica consistentes, a então vigente, dissimulando, apenas, interesses econômicos e políticos.

Bastante recorrente, diversas nações, apesar de construir marcos regulatórios de proteção — a escolha do modelo francês, denominado direitos autorais ou *civil law*<sup>34</sup> ou, o modelo anglo-saxão<sup>35</sup>, chamado de *copyright* — ainda não obtiveram adequação positiva aos problemas inerentes à tecnologia, visto que esta age dominante sobre a lei.<sup>36</sup>

Essa interface de comunicação do agir da tecnologia sobre os atos normativos de proteção provoca, no contexto jurídico normativo, uma ruptura caracterizada distópica, pois o uso excepcional de tecnologias aplicadas ao campo das artes, apesar de usual, lança dúvidas sobre qual o melhor enquadramento normativo para fins de proteção legal.

É fato, o ato legal nasce com o objetivo de prote-

ção a um direito reconhecido, específico e determinado. Toda a inovação oportuniza a adequação das práticas sociais à respectiva proteção que lhe é devida. O Direito não é estático às modificações econômicas e sociais.

A inteligência artificial referenciada no espaço das artes representa desafio para a regulação normativa vigente no mundo, visto que tanto o sistema de *copyright* quanto o sistema de direitos autorais, ambos concentram esforços a proteger a produção humana, isto é, apenas atores humanos são os reais legitimados a receberem a proteção de direitos.

Ao que tudo indica, na visão de Kaminski, o autor-algorítmico, relativo ao sistema de *copyright*, padece de enquadramento de construção de conceito de autoria existente previstos em lei.<sup>37</sup> No caso americano, o encaixe na lei de proteção intelectual, assim como na legislação pertinente à liberdade de expressão, tais direitos comportam a proteção da autonomia humana, levando a concluir a existência de um vácuo para a construção da autoria advindas das AI's, isto porque a legislação americana e a brasileira não constroem tais previsões.

Enfocar em um novel processo legislativo diferenciado ao sistema de *copyright* ou ao sistema de direitos autorais, não parece a saída mais adequada; talvez o caminho seja tecer uma abordagem analítica distinta à tutela jurídica apresentada até então, inclusiva instrumental e multidimensional.<sup>38</sup>

Por longo tempo, propósitos utilitários das leis de direitos jaez protetivo, no mundo todo, cumpre incentivar autores e suas criações para que possam gerar algum tipo de benefício à coletividade em geral<sup>39</sup>, promovendo

<sup>34</sup> O modelo brasileiro de proteção segue o modelo francês. A noção de autor (pessoa física) estende-se ao conjunto de criadores das artes (pintores, escultores, fotógrafos, desenhistas e ilustradores), que, em termos jurídicos, podem fazer valer seus direitos de proteção autoral, inclusive os correlatos, uma estrutura aparentemente equilibrada visando proteger direitos morais e patrimoniais; o direito moral sem limitação de tempo, impossibilidade a alienação, preservando o direito de sequência, enquanto o patrimonial pertence ao domínio público após 70 anos de exploração. Sobre o texto normativo brasileiro: BRASIL. *Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 20 ago. 2020. Da mesma apresenta uma proteção separa para software e sistemas. BRASIL. *Lei Federal nº. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm). Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>35</sup> O sistema *copyright* prioriza os produtores ou editores (pessoas jurídicas) com os quais a classe artística estabelece relações contratuais, deixando a desejar a proteção de direitos de natureza moral. A legislação americana, datada de 1990, concedeu direitos morais em grande escala ao campo das belas-artes, mas apartou proteção as produções culturais como literatura, música e teatro. Para que seja deferida a respectiva proteção, faz-se necessário uma contribuição nos mesmo moldes das patentes. Portanto, a proteção não se apresenta automática apesar do suporte protetivo ser firmado na lei. Ver detalhes em: TOLLILA, Paul. *Cultura e economia: problemas, hipóteses e pistas*. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2007. p. 60.

<sup>36</sup> KAMINSKI, Margot E. *Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law*. *UC Davis Law Review*, Davis – California, v. 51, n. 589, p. 589-616, 2017. p. 589.

<sup>37</sup> KAMINSKI, Margot E. *Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law*. *UC Davis Law Review*, Davis – California, v. 51, n. 589, p. 589-616, 2017. p. 592.

<sup>38</sup> Em que pese todas teorias justificativas de direitos de proteção da propriedade intelectual, impossível deixar de mencionar a visão de Peter Drahos. A teorização de referidos direitos comporta a inserção de padrões éticos e políticos integrativos as questões jurídicas. A proposta comporta uma sustentabilidade multidimensional, isto é, o caminho a ser seguido passa por uma reformulação de sua essência funcional-instrumental recombinado o sistema normativo a ponto de cumprir apenas uma racionalidade formal. DRAHOS, Peter. *A philosophy of intellectual property*. Austrália: ANU e-text, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/304514536>. Acesso em: 26 set. 2020. p. 231-232.

<sup>39</sup> Contrastando com a visão da Teoria dos Direitos Naturais, a definição por uma visão utilitarista, considera que o principal objetivo de proteção dos direitos autorais é promover o bem-estar social, o que somente será alcançado através de incentivos à criação e apoia a sua disseminação. Contudo, o que se percebe é que as teorias — a naturalista ou a utilitarista — nasceram para justificar

recompensas — reconhecimento e ganho patrimonial — as respectivas produções. Visto por esse ângulo, o direito de propriedade intelectual estabelece-se a compor um fator de desenvolvimento econômico e social, fato documentado por organizações internacionais como a UNESCO e o Fórum Econômico Mundial.<sup>40</sup>

Lau defende que a noção de pessoa jurídica seria ampliada para incorporar a IA revestida de personalidade jurídica, e, para tanto, deveriam ser revistos conceitos sobre natureza e dignidade humana<sup>41</sup>, contudo a proteção das pessoas jurídicas não afeta os referidos temas, uma vez que, objetivamente, regulam um fato imprescindível e, juridicamente, tutelável. Além disso, não confronta uma premissa biológica, ética ou moral.

Com o advento das autorias-algorítmicas, fora dos padrões normativos legais, reforçam-se os limites; o abandono da visão antropocêntrica de arte engloba aspectos morais, pois estes embutem suas obras com sua própria personalidade e a inclusão de algoritmos nessa equação distanciaria o ser humano da obra.

Ao avaliar a proteção de direitos autorais em trabalhos, a autoria algorítmica pode ser tratada com base na lei de direitos autorais de várias maneiras, considerando-se o programador de software autor e, portanto, proprietário dos resultados por ela obtidos; ou o usuário do computador pode ser autor, este e o programador coautores, ou ainda, a obra nasceria sem propriedade recaindo, diretamente, ao domínio público.

No plano legal internacional, países como a Inglaterra, por exemplo, as especificações são diretivas e objetivas, contendo a Lei de Direitos Autorais, Projetos e Patentes (CDPA), estabelecendo o “*Authorship of work*” de uma obra literária, dramática, musical ou artística gerada por computador, considera-se como autor a pessoa que realizou os arranjos necessários à realização da obra, ou seja, considerada “gerada por computador” quando a obra é gerada em circunstâncias em que não existe um

autor humano.<sup>42</sup>

Assim, o produto de uma obra originariamente da AI poderia ser atribuída ao seu programador, ou, se não for possível lhe atribuir a autoria, esta seria reconhecida a própria Inteligência Artificial. Ademais, nem sempre é fácil fazer interpretações de ambos os sistemas supra-mencionados chegando a um acordo sem problemas e contradições aparentes, muito menos, para que sejam homogeneizados.<sup>43</sup>

Incertezas, no que tange aos aspectos substantivos de autoria, abrem portas para que interesses privados influenciem o ato legislativo, prejudicando, assim, a qualidade das alterações normativas necessárias à inclusão de outras formas de autoria. Historicamente descrevendo os marcos internacionais de proteção, em 10 de dezembro de 1948, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual eleva os direitos do autor e do inventor ao *status* de direitos humanos fundamentais.

No entanto, somente com base nas transformações ocorridas após a Segunda Guerra mundial, a Convenção de Estocolmo, de 14 de julho de 1967, criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI/WIPO, com sede em Genebra, adquiriu o status de Organismo da ONU, em 17 de dezembro de 1974. Na sequência, a União de Berna para Proteção das Obras Literárias (1971)<sup>44</sup>, vinculando o mundo em uma proteção ampla de direitos dos autores, todavia, resguarda a critério de cada país ratificador, a definição de autoria.

No Brasil, a legislação protetiva autoral delimita direitos trazendo explícita a delimitação “criações do espírito”<sup>45</sup>. Concretiza a proteção às obras intelectuais

---

a proteção *copyright*. RAMALHO, Ana. *The competence of the European Union in Copyright Lawmaking: a normative perspective of EU powers for copyright harmonization*. Netherlands: Springer, 2016. p. 4-6.

<sup>40</sup> ONU. *Fórum Econômico Mundial*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/forum-economico-mundial>. Acesso em: 27 set. 2020.

<sup>41</sup> LAU, Pin Lean. *The Extension of Legal Personhood in Artificial Intelligence*. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/4cb7/947af358b6c5c43e5e33da704223bde0184c.pdf?\\_ga=2.98887446.98412363.1616363317-510624073.1616363317](https://pdfs.semanticscholar.org/4cb7/947af358b6c5c43e5e33da704223bde0184c.pdf?_ga=2.98887446.98412363.1616363317-510624073.1616363317). Acesso em: 21 mar. 2021.

<sup>42</sup> Referência a legislação australiana de proteção. Lei de Direitos Autorais, Projetos e Patentes (CDPA). Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>43</sup> Clama-se atenção, ao contrário, o estudo sobre a necessidade de analisar a viabilidade de harmonização de competência legislativa das nações inseridas no bloco da União Europeia, ao trato da proteção dos direitos autorais, suprindo lacunas normativas, uma tese sólida e consistente de proteção. RAMALHO, Ana. *The competence of the European Union in Copyright Lawmaking: a normative perspective of EU powers for copyright harmonization*. Netherlands: Springer, 2016. p. 2.

<sup>44</sup> BRASIL. *Decreto Federal n.º 75.6999, de 06 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D75699.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm). Acesso em: 26 set. 2020.

<sup>45</sup> O uso do termo “criações do espírito” aborda bens passíveis de valoração pecuniária não devem se ancorados em termos abstratos e inaplicáveis a pessoas jurídicas ou qualquer outro tipo de entidade, porque bens são objetos, corpóreos ou não, bem delimitados, não



criadas, exclusivamente, por pessoas físicas, não obstante a forma abrangente dos meios inventivos futuros, mantendo-se a problemática questão de identificação da autoria interligada aos arranjos da criação da obra.<sup>46</sup>

Ao refletir sobre essa controvérsia, importa determinar, no âmbito de proteção das obras intelectuais, se devem ser definidas apenas como criações inéditas. O foco, no caso de produções artísticas produzidas por algoritmos, deve incidir, proeminentemente, sobre a obra em si (independente do criador, porém incorporando uma quantidade mínima de criatividade fixada em qualquer meio físico tangível de expressão), em abandono às circunstâncias em que a obra é protegida em virtude da qualificação do autor, mesmo quando nenhuma pessoa física se qualifique como agente do fato.

Em análise comparativa ao sistema legal americano, de longa data, estudos sobre o uso da tecnologia e seu encaixe na proteção autoral. Desde 1974, anterior à primeira alteração normativa, ocorrida em 1976, o Congresso Americano criou uma Comissão específica de trabalho direcionada ao assunto, a qual visava estabelecer parâmetros a respeito da ausência de personalidade e da inaptidão de direito dos artefatos artificiais. Apesar de toda expressividade do debate, estabeleceram-se algumas hipóteses de atribuição de autoria: (1) a autoria pertence exclusivamente ao programador (o ato de criação demanda a presença do homem, indiferente do meio em que se encontra); (2) ao usuário do programa (em prestígio a teoria utilitarista predominante seguida nos Estados Unidos); (3) a coautoria entre o programador e o usuário final e, por fim; (4) a obra carece de autoria, portanto, pertenceria ao domínio público.<sup>47</sup>

---

se trata de direitos subjetivos. E como foi visto no tópico anterior, a elaboração de uma obra de qualquer natureza, pode ser fruto de um processo cognitivo natural ou artificial, e não da deliberalidade da natureza humana. “[...] não basta que o responsável por aquela obra seja dotado de inteligência, é necessário que aquela obra seja uma criação do espírito daquele autor”, como aduz SCHIRRU, Luca. *A Inteligência Artificial e o direito autoral: primeiras reflexões e problematizações*. *GEDAI*, 2016. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/a-inteligencia-artificial-e-o-direito-autoral-primeiras-reflexoes-e-problematizacoes/>. Acesso em: 18 fev. 2019.

<sup>46</sup> QUADROS, Aline Schraier de. Autoria de obras geradas por inteligência artificial: desafio para o sistema internacional de proteção de direitos autorais. In: GONÇALVES, Rubéns Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (coord.). *Studi Sui Diritti Emergenti*: estudos sobre direitos atuais. Città: Reggio Calabria-Italia, 2019. p. 263-271. p. 268-269.

<sup>47</sup> GILLOTE, Jessica L. Copyright infringement in AI-Generates Artworks. *UC Davis Law Review*, Davis – California, v. 53, p. 2657-2691, 2020. p. 2667-2668.

Com efeito, reside uma díade de possibilidades, todas ensejando críticas. Sobre um primeiro enfoque, haveria um enquadramento das AIs como autora plena ou a autoria atribuída ao seu programador-proprietário responsável pelo produto final (considerando o titular da tecnologia aplicada ao programador seria a devida referência — reconhecimento moral — ou os direitos de exploração destinados a empresa-financiadora); um segundo enfoque, exclui-se a possibilidade de fixação de autoria, considerando-a um instrumento ou meio de produção intelectual e; por fim, esse tipo de autoria inexistiria sendo domínio público por excelência<sup>48</sup>, mormente, se for comprovado o financiamento da obra utilizando-se recursos públicos.<sup>49</sup>

Em qualquer caso, oportuna abordagem, resta negado ao direito o enquadramento das IAs como uma nova personalidade jurídica, forçoso concluir, no futuro, uma classificação categórica própria. Aliás, no presente, em virtude dessa ausência legal, as IAs não teriam legitimidade de demandar direitos perante o Poder Judiciário brasileiro. Após análise jurídica, em diversos diplomas legais, a possibilidade de imputação de Direitos Autorais às IAs Ciani aduz:

what we are sure of is that these provisions do not leave any room for the AI itself to be considered as an author for the purposes of copyright law. Conversely, they create a legal fiction of authorship by means of which copyright vests as a matter of law in a party who is not the author-in-fact.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> O argumento para desconsiderar a autoria e proteção, por vez comporta o acesso da obra como de domínio público, também baseado no fato da predominância da teoria utilitária. Nesse caso, inexistente dono a obra, livre compartilhamento e expressão, promovendo o conhecimento e o progresso humano, afastando o incentivo puramente econômico. FISHMAN, Attorney Stephen. *The Public Domain: how to find e use copyright for, writing, music, art e more*. 4. ed. United States: Nolo, 2008. p. 186.

<sup>49</sup> FISHMAN, Attorney Stephen. *The Public Domain: how to find e use copyright for, writing, music, art e more*. 4. ed. United States: Nolo, 2008. p. 203.

<sup>50</sup> Tradução livre: “o que temos certeza é que essas disposições não deixam espaço para a própria IA ser considerada autora para fins de direitos autorais. Por outro lado, eles criam uma ficção legal de autoria por meio da qual direitos autorais se revestem como uma questão de lei a uma parte que não é o autor de fato. CIANI, Jacopo. *Learning from Monkeys: Authorship Issues arising from AI Technology*. Disponível em: <https://poseidon01.ssm.com/delivery.php?ID=4840290881100100507210308801311607201608903803906005300711800002710110208606809010901011405610201901703712212503107909200912204803203308207610711710812208109800210800792010066120087083116113079081117000080126119093118029031076012080005066077067113085&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 21 mar. 2021.

Ao considerar a IA como autora, o foco primordial restringe-se à definição de obra de arte, pelo viés econômico, a alternativa protegeria, inclusive, os autores humanos, pois a discriminação de uma obra feita por inteligência artificial não atribuiria o crédito da mesma a um humano incapaz de produzir um conteúdo de tal natureza. (é a questão: O programador seria capaz de produzir uma obra de arte usando apenas seus recursos corporais e cognitivos? Então por que dele seria o mérito de tal fruto?).

Mais ainda, lembra-se que, no conhecido filme *Homem Bicentenário*<sup>51</sup> derivado de um conto de Asimov<sup>52</sup>, já houve a discussão sobre a propriedade intelectual de obras e, até mesmo da condição de detentor de direitos mais amplos por parte de uma inteligência artificial, tendo sido resolvida, naquela ficção, pela propriedade intelectual da obra e dos frutos das vendas pelo robô.

Entretanto a programação é de sua competência e atribuição, de forma que este seria o proprietário da IA e não das obras por ela produzidas, e, por decorrência, o direito de exploração econômica sobre todos os proventos dela decorrentes. Isso incentivaria a inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias pelas empresas titulares da tecnologia aplicada.

Como alega Guadamuz, seria ético e sensato conceder direitos autorais à pessoa jurídica ou física que tornou possível a operação da inteligência artificial, para não desestimular investimentos em tecnologias assegurando retorno de suas imissões financeiras.<sup>53</sup> Segala ratifica: “a Propriedade Intelectual pode ser adotada como uma importante ferramenta para a promoção do desenvolvimento interno.”<sup>54</sup>

Interessantemente, no Retrato de Edmond de Belamy, houve produção da obra mediante colisão entre algoritmos, o que gera maior problema nessa definição de quem pode ter sido o programador ou o detentor dessa propriedade intelectual, uma vez que foi usado o

modelo de Generative Adversarial Networks (GAN).

Contudo, apesar da dificuldade em definir o tipo de proteção jurídica na esfera intelectual, há uma amplitude do mercado da arte o que, por si só, não descarta a necessária proteção desse grupo.

O receio de que obras de arte geradas por máquinas possam ser a forma original de produção deve ser de pronto abandonada. Isso porque a criação artística, gostos e formas percorrem um caminho de expansão e refinamento, atraindo novas formas e novas abordagens, ligadas aos padrões de comercialização e de consumo, que enfocam, exclusivamente, a ideia e originalidade da obra de arte, no que propriamente na autoria.

A produção artística advinda das IAs para gerar uma obra não pode ser considerada penas instrumento operacional. A inteligência artificial não é um programa fixo e estático utilizado apenas como ferramenta ou forma de reprodução de um produto existente. Os avanços rápidos da tecnologia computacional e das ciências naturais-biológicas, estimulam a evolução da lei de proteção da propriedade intelectual, a fim de ampliar a tutela jurídica concebida a um novo ente personalizado, isto é, considerar as IAs como um sujeito de direitos.

## 5 Considerações finais

Em breve contextualização, embora ausente a proteção autoral destinada às máquinas, o aumento da popularização do uso da Inteligência Artificial, apesar das dificuldades encontradas nos diversos sistemas normativos, pertinente se faz reconfigurar preceitos normativos, pois as situações descritas como protetivas cingem-se na figura do artista e na obra criada exclusivamente pelo espírito humano.

A respeito de um panorama internacional de proteção autoral, tendências teóricas não dispensam esforços para adequar a proteção dos trabalhos artísticos gestados por algoritmos inteligentes. Inexiste a interação humana no processo de criação da obra.

Todavia, há de se considerar a natureza dinâmica e mutante das inovações tecnológicas, a produção intelectual criada por IAs demanda uma novel diploma legal, que regule, de maneira eficaz, minuciosa e menos burocrática, o resguardo de direitos, visto que a legislação vigente, nos moldes apresentados, não comporta

<sup>51</sup> THE BICENTENNIAL MAN. Estados Unidos: Buena Vista Pictures, 1999.

<sup>52</sup> ASIMOV, Isaac. *The Bicentennial Man and Other Stories*. United States: Ballantine Books, 1976. p. 211.

<sup>53</sup> GUADAMUZ, Andres. Artificial intelligence and copyright. *Wipo Magazine*, p. 19-26, maio 2017. Disponível em: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2017/05](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05). Acesso em: 26 set. 2020.

<sup>54</sup> SEGALA, Michele M.; GREGORI, Isabel Christine S. de. Os reflexos da proteção internacional da propriedade intelectual para o desenvolvimento interno: uma análise sobre o sistema patentário brasileiro e a transferência de tecnologia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 524-535, 2017.

adaptação.

A criatividade em estudos de neurologia e psicologia constatou que a mesma trata de um processo, descartando a hipótese de que sua origem seja divina ou peculiar a poucos seres humanos; ao mesmo tempo, observou-se que as IA's apresentam estruturas de processamento semelhante à cognição humana, em cuja capacidade de aprendizado, análise e processamento de informações, bem como a tomada de decisão é equivalente ao comportamento humano, tornando-as autônomas e imprevisíveis.

Desse modo, a primeira alteração proposta foi a retirada/ resignificação do termo “criações do espírito” da Lei de Direitos Autorais, uma vez que o termo é extremamente subjetivo, e o objeto tutelado é de relevante valor simbólico e especulativo, e de difícil delimitação; e, se a criatividade é um processo cognitivo, resta ultrapassada tal denominação.

Superado esse ponto, tratou-se do enquadramento da Autoria para Obras de Arte produzidas por IA's, em algumas hipóteses, a primeira como conceder a autoria das obras ao programador do algoritmo, cujo efeito colateral seria imputar a alguém, incapaz de produzi-las os créditos pelas obras; e a descaracterização da descrição de autoria prescrita na Lei de proteção de Direitos Autorais nacional.

Outra alternativa, e talvez a mais plausível seria considerar a IA como ferramenta para um fim determinado, como um pincel, mas pelas pesquisas parece algo simplista demais para o avançado tanto da tecnologia quanto das discussões sobre a mesma.

Outra hipótese é a exposição em domínio público das obras de arte produzidas por IA's, cujo reflexo econômico é penalizante e de extremo desestímulo para aqueles que investem nas áreas da tecnologia.

A alternativa mais viável é a imputação da autoria da Obra à IA, remodelando a definição de autor, e concedendo ao programador a propriedade do algoritmo. Este podendo usufruir de todos os proveitos, respeitando o tempo de proteção em 50 anos (Convenção de Berna), contudo, necessários ajustes a partir da contagem da data da criação da obra, ao invés da morte do autor, uma vez que IA's não são finitas.

Como estabelecimento do tempo de proteção das obras produzidas por IA, há proteção não só aos autores humanos, pela discriminação da origem da obra,

mas também dos direitos daqueles que investem e desenvolvem tecnologias e inovações, considerando ainda, que as implicações discutidas neste artigo repercutem em toda produção intelectual.

No caso específico do Retrato de Edmond de Belamy, a tarefa de definir a autoria é mais complexa, pois o modelo de Generative Adversarial Networks (GAN) usa vários algoritmos com potenciais propriedades intelectuais de pessoas distintas para produzir a obra de arte, criando mais dúvidas de como resolver os problemas jurídicos e econômicos causados por essa potencial multiplicidade de fatores de autoria, mas mantém-se a convicção de que a nova entidade singular pode ser detentora desses direitos de autor e de proveito econômico da obra.

## Referências

- ACOSTA, Raquel. *Inteligência Artificial e Direitos de Autoria*. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/artificial-intelligence-and-authorship-rights>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- ARCAS, Blaise Agueria y. *Art in the age of machine intelligence*. Disponível em: <https://medium.com/artists-and-machine-intelligence/what-is-ami-ccd936394a83>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- ARTLUV. *Uma nova artista chamada: inteligência artificial*. Disponível em: <https://artluv.net/uma-nova-artista-chamada-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 24 ago. 2020.
- ASHBURNER, John; FRISTON, Karl J. Voxel-based morphometry: the methods. *Neuroimage*, v. 11, n. 6, p. 138-235, 2000.
- BATHAEE, Yavar. The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 31, n. 2, 2018. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v31/The-Artificial-Intelligence-Black-Box-and-the-Failure-of-Intent-and-Causation-Yavar-Bathae.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.
- BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na era de sua reprodutividade técnica*: datado de 1955, uma crítica realizada pelo autor sobre as tendências evolutivas da arte, nas condições impostas pelo capitalismo. Disponível em: [www.philar-chive.org/archive/diatat](http://www.philar-chive.org/archive/diatat). Acesso em: 02 maio 2020.



- CIANI, Jacopo. *Learning from Monkeys: Authorship Issues arising from AI Technology*. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=484029088111001005072103088013116072016089038039060053007118000027101102086068090109010114056102019017037122125031079092009122048032033082076107117108122081098002108007092010066120087083116113079081117000080126119093118029031076012080005066077067113085&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- DANTAS, Lucia Ferraz Nogueira de Souza. *Contribuições da filosofia de Charles S. Pierce para uma investigação acerca da questão de fenomenologia e ontologia das obras de arte*. 2019. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.
- DEWEY, John. *A arte como experiência*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- DRAHOS, Peter. *A philosophy of intellectual property*. Austrália: ANU e-text, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/304514536>. Acesso em: 26 set. 2020.
- ECO, Humberto. *A definição da arte*. São Paulo: Record, 2016.
- FERRO, Vanessa da Silva. *As obras artísticas geradas pela inteligência artificial: considerações e controvérsias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- FISHMAN, Attorney Stephen. *The Public Domain: how to find e use copyright for, writing, music, art e more*. 4. ed. United States: Nolo, 2008.
- GILLOTE, Jessica L. Copyright infringement in AI-Generates Artworks. *UC Davis Law Review*, Davis – California, v. 53, p. 2657-2691, 2020.
- GOENAGA, Mikel Arbiza. *Artificial Intelligence: a revolution in the art world*. Disponível em: <https://mikelarbiza.net/2019/05/07/artificial-intelligence-a-revolution-in-the-art-world/>. Acesso em: 21 set. 2020.
- GOENAGA, Mikel Arbiza. A critique of contemporary artificial intelligence art: who is Edmond de Belamy? *AusArt Journal for Research in Art*, v. 8, n. 1, p. 54-66, 2020. Disponível em: [www.ehu.es/ojs/index.php/ausart](http://www.ehu.es/ojs/index.php/ausart). Acesso em: 20 set. 2020.
- GUADAMUZ, Andres. Artificial intelligence and copyright. *Wipo Magazine*, p. 19-26, maio 2017. Disponível em: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2017/05](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05). Acesso em: 26 set. 2020.
- HAYKING, Simon. *Neural networks: a comprehensive foundation*. New York: Macmillan College Publishing Company, 1994.
- KAMINSKI, Margot E. Authorship, Disrupted: AI Authors in Copyright and First Amendment Law. *UC Davis Law Review*, Davis – California, v. 51, n. 589, p. 589-616, 2017.
- LAU, Pin Lean. *The Extension of Legal Personhood in Artificial Intelligence*. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/4cb7/947af358b6c5c43e5e33da704223bde0184c.pdf?\\_ga=2.98887446.98412363.1616363317-510624073.1616363317](https://pdfs.semanticscholar.org/4cb7/947af358b6c5c43e5e33da704223bde0184c.pdf?_ga=2.98887446.98412363.1616363317-510624073.1616363317). Acesso em: 21 mar. 2021.
- LAURENTIZ, S. Processos computacionais evolutivos na arte. *ARS*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 45-55, 2003. DOI: 10.1590/S1678-53202003000200004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ars/article/view/2911>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. México: Universidad Ibero Americana, 2005.
- OBVIUS. *Artificial Intelligence for Art*. Disponível em: <http://obvious-art.com/wp-content/uploads/2020/04/manifesto-v2.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.
- ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e Arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- ONU. *Fórum Econômico Mundial*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/tags/forum-economico-mundial>. Acesso em: 27 set. 2020.
- PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 238-254, 2017.
- QUADROS, Aline Schraier de. Autoria de obras geradas por inteligência artificial: desafio para o sistema internacional de proteção de direitos autorais. In: GONÇALVES, Rubéns Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (coord.). *Studi Sui Diritti Emergenti: estudos sobre direitos atuais*. Città: Reggio Calabria-Italia, 2019. p. 263-271.

RAMALHO, Ana. *The competence of the European Union in Copyright Lawmaking: a normative perspective of EU powers for copyright harmonization*. Netherlands: Springer, 2016.

SALESFORCE. *O que é Inteligência Artificial?* Disponível em: <https://www.salesforce.com/br/blog/2016/10/o-que-e-inteligencia-artificial.html#:~:text=%20As%20Principais%20T%C3%A9cnicas%20de%20Intelig%C3%Aancia%20Artificial%20,automa%C3%A7%C3%A3o%20total%20do%20ciclo%20de%20BI%3A...%20More%20>. Acesso em: 26 set. 2020.

SCHIRRU, Luca. A Inteligência Artificial e o direito autoral: primeiras reflexões e problematizações. *GEDAI*, 2016. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/a-inteligencia-artificial-e-o-direito-autoral-primeiras-reflexoes-e-problematizacoes/>. Acesso em: 18 fev. 2019.

SEGALA, Michele M.; GREGORI, Isabel Christine S. de. Os reflexos da proteção internacional da propriedade intelectual para o desenvolvimento interno: uma análise sobre o sistema patentário brasileiro e a transferência de tecnologia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 524-535, 2017.

STALLABRASS, Julian. *Contemporary art: a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2006.

TOLILA, Paul. *Cultura e economia: problemas, hipóteses e pistas*. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2007.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Argumentative aspects of  
Declaration on the Importance  
and Value of Universal Museums  
(2002)**

**Aspectos argumentativos da  
declaração sobre a importância  
e o valor dos museus universais  
(2002)**

Agnieszka Plata

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# Argumentative aspects of Declaration on the Importance and Value of Universal Museums (2002)\*

## Aspectos argumentativos da declaração sobre a importância e o valor dos museus universais (2002)

Agnieszka Plata\*\*

### Abstract

The aim of this paper is to analyze *Declaration on the Importance and Value of Universal Museums* as an element of an argumentative discourse on restitution of cultural objects. Declaration raises issues that are inalienable from the subject of the return of cultural goods removed from their place of origin prior to establishing legal norms on protection of cultural heritage. Restitution arguments such as arguments from cultural affiliation, passage of time and social utility remain a part of argumentation used by *universal museums*. The author believes that from the reasoning which supports the argument from cultural affiliation one may crystallize an argument from cultural affiliation to all humankind. The text of Declaration shows that in the course of the statement defending the retention of cultural objects, the meaning of cultural affiliation gets complicated to the point where signatories of Declaration, supporting the idea of *universalism*, emphasize the bond between museum community and the object. Specific character of cultural objects causes confrontation of a variety of rationales. Perceiving restitution of cultural objects as a *hard case* invites a possibility that there is often more than one justified solution.

**Keywords:** Restitution. Cultural heritage. Cultural nationalism. Universal museum. Restitution arguments. Hard case.

### Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a Declaração sobre a Importância e o Valor dos Museus Universais como elemento de um discurso argumentativo sobre a restituição de objetos culturais. A Declaração levanta questões que são inalienáveis do tema da devolução de bens culturais retirados de seu lugar de origem antes de estabelecer as normas legais sobre a proteção do patrimônio cultural. Argumentos de restituição, tais como argumentos de afiliação cultural, passagem do tempo e utilidade social, continuam a fazer parte da argumentação usada por museus universais. O autor acredita que a partir do raciocínio que sustenta o argumento da filiação cultural, pode-se cristalizar um argumento da filiação cultural a toda a humanidade. O texto da

\* Recebido em 14/08/2020  
Aprovado em 28/02/2021

\*\* Master of Laws, PhD student at the Department of Theory and Philosophy of Law and State of the Faculty of Law and Administration at University of Gdańsk (Poland), a trainee advocate at the Pomeranian Bar Association. Her academic interests include cultural heritage law and feminist legal theory.  
E-mail: plata.agnieszka@gmail.com

Declaração mostra que, no decorrer da declaração em defesa da retenção dos objetos culturais, o significado da filiação cultural se complica a ponto de os signatários da Declaração, apoiando a ideia de universalismo, enfatizarem o vínculo entre a comunidade museológica e o objeto. O caráter específico dos objetos culturais causa o confronto de uma variedade de fundamentos. Perceber a restituição de objetos culturais como um caso difícil abre a possibilidade de que muitas vezes haja mais de uma solução justificada.

**Palavras-chave:** restituição; herança cultural; nacionalismo cultural; museu universal; argumentos de restituição; hard case

## 1 The context

In 1986 J.H. Merryman diagnosed two ways of thinking about cultural property, stating that theories of cultural nationalism and cultural internationalism constitute fundamental questions in cultural property debates<sup>1</sup>. Sixteen years later an idea of a *universal museum* was used in an international document titled *Declaration on the Importance and Value of Universal Museums* (hereinafter referred to as the ‘Declaration’), signed on 10 December 2002 by eighteen major museums and institutions of Europe and America<sup>2</sup>. Since then the concept of a museum representing cultural heritage of all humankind has developed to ultimately manifest the very idea of cultural internationalism, while having been continuously challenged by claims for the return of cultural objects<sup>3</sup> and a criticism of the concept of *universal museums*

<sup>1</sup> MERRYMAN, John Henry. Two ways of thinking about cultural property. *The American Journal of International Law*, v. 80, n. 4, p. 831–853, 1986.

<sup>2</sup> Full text of Declaration was reprinted in the publication edited by L.V. Prott. See: PROTT, Lyndel V. (ed.). *Witnesses to history*. Paris: UNESCO, 2009. p. 116–117.

<sup>3</sup> In this paper terms ‘restitution’ and ‘return’ will be used interchangeably. However, the distinction proposed i.a. by L.V. Prott and P.J. O’Keefe should be mentioned, as it suggests the use of the term ‘return’ to be suitable where parties wish to avoid possible implications of original illegality of the acquisition of the object. According to J. Blake in a strict sense, ‘restitution’ is used where cultural property removed from a State’s territory without its consent or in contravention of its export laws and to use ‘return’ where cultural property has been removed before such laws had been enacted; PROTT, Lyndel V.; O’KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3. p. 834–836; BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 50; KOWALSKI, Wojciech. Types of claims for recovery of lost cultural property. *Museum*, v. 57, n. 4,

itself<sup>4</sup>. Analyzing the nature of arguments raised in the debate over restitution from institutions collecting objects from all over the world, enables one to observe a pattern of statements commonly used in response to the claims. A substantial part of them repeats the sense of the arguments used in Declaration.

## 2 Return of Cultural Objects as a *Hard Case*

According to legal definitions present in international law, cultural goods may carry importance of a complex nature, including but not limited to: archaeological, prehistorical, historical, literary, artistic or scientific<sup>5</sup>. This specific character of cultural objects, expressed not only in their economic value, often influences the debate, which results in pushing it beyond the question of legal regulations and objective study, and introducing issues of moral, political and scientific nature<sup>6</sup>. Moreover, certain categories of cultural objects left their countries of origin prior to establishing legal norms on the protection of cultural goods. It is worth emphasizing that this applies to the group of cultural goods that Jos van Beurden calls *colonial cultural objects*, understood as *object[s] of cultural importance that [were] acquired without just compensation or [were] involuntarily lost during the European colonial era*<sup>7</sup>. However, in times before the emergence of international or national law on this subject, cultural objects were lost or moved due to numerous circumstances such as war plunder and pillage, border change or wide-reaching archeological research conducted from the beginning of the eighteenth century by scholars from states such as Great Britain, France, Germany, Russia and others<sup>8</sup>. As stated by M. Cornu and M.-A.

p. 85–102, 2005.

<sup>4</sup> ABUNGU, George. The declaration: a contested issue. In: PROTT, Lyndel V. (ed.). *Witnesses to history*. Paris: UNESCO, 2009. p. 121–122; STAMATOUDI, Irini. *Cultural property law and restitution: a commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham-Northampton (MA): Edward Elgar, 2011. p. 23–28.

<sup>5</sup> UNIDROIT. *Convention on stolen or illegally exported cultural objects*. 1995. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention> Available in: 29 Aug. 2020.

<sup>6</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 105–130.

<sup>7</sup> VAN BEURDEN, Jos. *Treasures in Trusted Hands*. Leiden: Sidestone Press, 2017. p. 39.

<sup>8</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–War-

Renold, [w]here earlier dispossessions are concerned, the question arises in different terms. If the test used were whether the dispossession was unlawful, any principle of restitution could easily be defeated. In most situations, either it was not unlawful under the law applicable at the time, or any wrongfulness has been purged by time. Besides the fact that it may not always be possible to ascertain and evaluate the circumstances in which a dispossession occurred, it sometimes took place with the consent of the states or communities concerned<sup>9</sup>.

Lack of legal regulations applicable to the movement of cultural objects before certain period and variety of values captured in these treasures force one to evaluate restitution debates from the point of view of a *hard case*, with more than one possible solution<sup>10</sup>. According to K. Zeidler [w]e are dealing with a *hard case* when the case does not generate one standard solution, but, on the contrary, when there may be many correct findings. The solution of a *hard case* does not proceed clearly from the legal rules applied, and most frequently in such a situation it is necessary to appeal to norms other than legal ones and to assessments and evaluations. Complex nature of arguments raised in restitution cases proves that the grounds for applying any solution would require turning to reasons other than law. Thus, actors in a restitution debate need to acknowledge that in the course of exchanging arguments for and against restitution of a cultural object, it is possible to reach more than one solution, which could be justified by the criteria of equity and rationality<sup>11</sup>.

### 3 Argumentative Aspects of Restitution Disputes

Perceiving restitution disputes as *hard cases* leads one to seek various frameworks for a discourse enabling the achievement of proper assessment, evaluation or understanding. Current developments in resolving cultural heritage debates present numerous means of dispute

saw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 30–38.

<sup>9</sup> CORNU, Marie; RENOLD, Marc-André. New developments in the restitution of cultural property: alternative means of dispute resolution. *International Journal of Cultural Property*, v. 17, n. 1, p. 1–31, 2010.

<sup>10</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 19; See further: DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>11</sup> STELMACH, Jerzy. *Kodeks Argumentacyjny dla Prawników*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2003. p. 21.

settlement, including adjudication by domestic courts, international judicial recourse, international judicial settlement mechanisms, alternative dispute resolution and cultural diplomacy<sup>12</sup>.

Nonretroactivity of law is noticed as one of several disadvantages of seeking judicial recourse in cultural heritage disputes. As it has been mentioned above, it leaves out a substantial amount of cases, also these statute barred because of time limitations<sup>13</sup>. As I. Stamatoudi rightly states [t]his, however, does not mean that the claim is not sound on ethical, scientific, historical, humanitarian or other grounds. These grounds, however, are not grounds that are judicable by courts, which have to follow the rigid legal approach<sup>14</sup>. Therefore, it must be taken into account that whatever the platform of resolving cultural heritage disputes, this special nature of the object in question invites arguments other than derived from legal norms. Dealing with claims for the return of cultural objects removed prior to creation of certain legislation, enables the use of a wide variety of arguments.

Analyzing Declaration from the point of view of its argumentative aspects requires introducing the problem of arguments relating to restitution. An argument is a statement, the aim of which is to ensure the recognition of a thesis or to strengthen a thesis itself; to put it differently, its purpose is to convince the receiver of the accuracy or inaccuracy of certain statements, and to create an effect of the recognition of correctness of given valuations<sup>15</sup>. The concept of restitution arguments as arguments that are raised by parties in restitution discourse constitutes one of the perspectives on cultural heritage case studies, performed by researchers exploring this field<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> CHECHI, Alessandro. *The settlement of international cultural heritage disputes*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 134–185; STAMATOUDI, Irini. *Cultural property law and restitution: a commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham-Northampton (MA): Edward Elgar, 2011. p. 189–209.

<sup>13</sup> STAMATOUDI, Irini. *Cultural property law and restitution: a commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham-Northampton (MA): Edward Elgar, 2011. p. 189–209.

<sup>14</sup> STAMATOUDI, Irini. *Cultural property law and restitution: a commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham-Northampton (MA): Edward Elgar, 2011. p. 189–209. p. 191.

<sup>15</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 136.

<sup>16</sup> ZEIDLER, Kamil and Author, 2019; ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016; PROT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989.



L.V. Prott and P.J. O’Keefe propose typology of restitution arguments, dividing them into *the arguments for restitution or return* and *the arguments for retention*, and organizing them with more detail into these two groups<sup>17</sup>. A.F. Vrdoljak, on the other hand, in her work delineates three rationales for restitution, emphasizing such reasons as: sacred property (the principle of territoriality and the connection between people, land and cultural goods), righting international wrongs (making an attempt to make amends for discriminatory and genocidal practices), and self-determination and reconciliation<sup>18</sup>. K. Zeidler offers a complex perspective by dividing restitution arguments into positive (supporting a restitution claim) and negative (offering defense against it)<sup>19</sup>. However, deciding whether an argument is of positive or negative nature depends on the statement it justifies, made by one of the parties of a restitution dispute<sup>20</sup>. The catalogue of restitution arguments organized by K. Zeidler supports the abovementioned concepts, while allowing a harmonized assessment of statements, ex-

pressed in documents regarding return of cultural objects or exchanged between the parties during a dispute.

v. 3. p. 838-850; VRDOJAK, Ana Filipa. *International law, museums and the return of cultural objects*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 2.

<sup>17</sup> L.V. Prott and P.J. O’Keefe in the category of arguments for restitution or retention include (1) wrongful taking of property, (2) need for cultural identity, (3) appreciation in its own environment (4) need for national identity, (6) dangers to the cultural heritage from trafficking, (7) dynamics of collecting, whereas in the category of arguments for retention the authors include: (1) ownership, (2) access, (3) conservation, (4) place in cultural history, (5) the need to maintain Western collections. See: PROTT, Lyndel V.; O’KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3. p. 838-850.

<sup>18</sup> VRDOJAK, Ana Filipa. *International law, museums and the return of cultural objects*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 2.

<sup>19</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 19.

<sup>20</sup> K. Zeidler presents twenty-three categories of restitution arguments, organizing a wide range of rationales exchanged in restitution disputes. The arguments enumerated by K. Zeidler are: (1) the argument from justice, (2) the argument from ownership, (3) the argument from acquisition in good faith, (4) the argument from place of production, (5) the argument from place of allocation, (6) the argument from right of loot, (7) the argument from illegal export, (8) the argument from national affiliation, (9) the argument from cultural affiliation, (10) the argument from historical affiliation, (11) the argument from territorial affiliation, (12) the argument from personal affiliation, (13) the argument from social utility, (14) the argument from most secure location, (15) the argument from historical eventuation, (16) the argument from passage of time, (17) the argument from prescription, (18) the argument from time limitation, (19) the argument from discovery, (20) the argument from investments undertaken, (21) the argument from possession, (22) the argument from obligation, (23) the argument from reciprocity; ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 141–202.

## 4 Universal Museums and the Argument from Cultural Affiliation

According to the ideas captured within Declaration, a particular mission of *universal museums* makes the retention of cultural objects acquired long ago vital for the interest of all peoples<sup>21</sup>. Universalism of museums is often supported as something maintained for the benefit of international scholarship, international curiosity and international culture<sup>22</sup>. According to J. Cuno *universal museum* is to be understood synonymously to *encyclopedic museum*, meaning *a museum that aspired to building, presenting, and studying a collection of objects representative of the world's many cultures*<sup>23</sup>. Moreover, the idea of *universal museums* remains linked to concepts behind the theory of cultural internationalism: *the idea that everyone has an interest in the preservation and enjoyment of cultural property wherever it is situated, from whatever cultural or geographic source it derives*<sup>24</sup>. The issue raised in response to these concepts is that all the museums that seem to fall into this category are situated in Western States<sup>25</sup>. What is more, as L.V. Prott and P.J. O'Keefe pointedly state, *if universal museums are essential, then there should be one on at least each continent, not all concentrated in the same socio-cultural area*<sup>26</sup>. This issue seems to be one of central arguments mentioned during the critique that followed the publication of Declaration.

Dualism of perceiving cultural heritage either as belonging to all mankind or as a part of national cultural patrimony reveals a new perspective on restitution arguments from cultural affiliation. To begin with, this category of arguments refers to the nation or other social group as a community, which has a separate and distinct culture of its own<sup>27</sup>. In that meaning this argument has

several aspects. In one sense it is of great importance for the developing States to take pride in their indigenous heritage, which was often denigrated and removed from the place of its origin during colonial times<sup>28</sup>. Thus, it is argued that it is fair to maintain artistic heritage both as a cultural and as an economic resource for nations undergoing drastic social and economic change<sup>29</sup>. In fact, removing objects of great cultural significance is emotionally described as *creating cultural void that cannot be filled*<sup>30</sup>. With this in mind, it is worth noticing that cultural treasures are an inspiration for local craftsmanship and as such can influence local craftsmen and artists more effectively if available locally<sup>31</sup>. In that sense argument from cultural affiliation remains also linked to the argument from justice as they are both indicating ethical aspects of restitution.

In this course of argumentation, one may observe issues connected with borders, as it may be problematic to adjudge the cultural affiliation of a given object<sup>32</sup>. According to K. Zeidler often *two or more social groups see the same cultural property as their heritage, thereby negating other communities' ties to it*<sup>33</sup>. In the case of Declaration, the emphasized concept of universalism implies that no specific culture is solely entitled to objects of cultural value.

What makes a curious argumentative aspect of Declaration is the mentioning of cultural affiliation as follows:

Over time, objects so acquired – whether by purchase, gift, or partage – have become part of the museums that have cared for them, and by extension part of the heritage of the nations which house them.

By suggesting that cultural objects might *by extension* become part of the heritage of the communities housing them, authors of Declaration imply that cultural affiliation of cultural goods is fluid or – at least – it can be influenced by the passage of time or the amount

<sup>21</sup> PROTT, Lyndel V. (ed.). *Witnesses to history*. Paris: UNESCO, 2009. p. 116.

<sup>22</sup> PROTT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3. p. 845; O'NEILL, Mark. Enlightenment museums: universal or merely global. *Museum and Society*, v. 2, n.3, p. 190-202, 2004.

<sup>23</sup> CUNO, James. View from the Universal Museum. In: MERRYMAN, John Henry (ed.). *Imperialism, art and restitution*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 15–36. p. 15.

<sup>24</sup> MERRYMAN, John Henry. Introduction. In: MERRYMAN, John Henry (ed.). *Imperialism, art and restitution*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 1–14. p. 12.

<sup>25</sup> PROTT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3. p. 846.

<sup>26</sup> PROTT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3.

<sup>27</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–War-

saw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 167.

<sup>28</sup> PROTT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3. p. 840.

<sup>29</sup> PROTT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3. p. 840.

<sup>30</sup> SILVA, Pilippu Hewa Don Hemasir. Sri Lanka. *Museum*, v. 31, n. 1, p. 22-25, 1979. p. 22.

<sup>31</sup> PROTT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3. p. 840.

<sup>32</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 167.

<sup>33</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 169.

of measures undertaken to protect a cultural object in question. More precisely, this passage of Declaration expresses the thesis that museums create a space so significant that an original cultural bond between a community and an object can be altered or put into a completely different perspective.

Declaration raises the issue of cultural affiliation while advocating for the ideas of universalism and internationalism, which emphasize commonness of cultural heritage. On the other hand, in the abovementioned quotation, it turns to the argument of cultural link between an object and specific community in the shape that is actually used more frequently as a reason for the return of cultural treasures.

It seems that even though cultural internationalism and the argument from cultural affiliation often contradict each other in the course of restitution disputes, their nature is similar. In a way, *the argument from the cultural affiliation to all humankind* – as it might be called – draws from the reasoning behind the category of arguments describing that special bond only between certain groups and objects. Analyzing the text of Declaration shows that these concepts may become so intertwined that they are sometimes used simultaneously to support one statement.

## 5 Museum Collections and the Passage of Time

When it comes to restitution claims, the passage of time influences not only legal legitimacy of the case but also numerous background factors in the dispute. In the words of G. Edson, *social change has had an impact on moral attitudes and caused a change in ethical behavior. Multi-cultural acceptance has manifested itself as a part of the new ethical orientation of museums. Concern for right action, right representation, and equal and fair treatment for all has altered the thinking, planning, programming, and orientation of many museums*<sup>34</sup>. Change of perspective is certainly visible in the sensitivity of museum exhibitions and debates on making representation, but also in actions possibly leading to change in dealing with restitution claims<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> EDSON, Gary. *Museum ethics*. London: Routledge, 1997. p. 44

<sup>35</sup> FOIWELL, Kiri Cragin. *Arts Council England appoints IAL to develop new guidance on restitution and repatriation*. Available at: <https://ial.uk.com/arts-council-england-appoints-ial-to-develop-new-guidance-on-restitution-and-repatriation/> Accessed in: 12 Aug. 2020.

However, arguments from the passage of time still hold their place in communication on the subject of returning cultural treasures, which is directly expressed in Declaration:

The objects and monumental works that were installed decades and even centuries ago in museums throughout Europe and America were acquired under conditions that are not comparable with current one.

Or as following:

We should, however, recognize that objects acquired in earlier times must be viewed in the light of different sensitivities and values, reflective of that earlier era.

The passage of time is significant when it comes to time limitations of a restitution claim<sup>36</sup>. Nevertheless, arguments raised in Declaration in relation to the *decades and even centuries* are not used in that context. The passage of time, as understood here, is connected to a certain set of factual circumstances related to the change of perspective on acquiring cultural objects, from the moment of the event which caused their loss, up to the situation where a restitution claim is raised.

During a restitution dispute, the arguments from the passage of time, emphasizing the circumstances in which the objects were acquired<sup>37</sup>, are often contrasted with the arguments from justice, calling for compensation for gross historical injustices, regardless of the time that has passed. Cultural diplomacy and alternative means of dispute resolution deliver a platform for confronting these rationales on case-by-case basis. Developing discipline of museum ethics also provides reflections on the test of time and shifts of emphasis due to social change and the evolving role of museums that follows<sup>38</sup>.

ance-on-restitution-and-repatriation/ Accessed in: 12 Aug. 2020.

<sup>36</sup> KOWALSKI, Wojciech. Problematyka prawna obrotu dobrami kultury. In: RYNEK Sztuki. *Aspekty Prawne*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011, p. 30.

<sup>37</sup> That is, i.a. prior to existence of legal regulations regarding cultural heritage, in the course of politics of the colonial era or during the zenith of archeological or scientific curiosity.

<sup>38</sup> BESTERMAN, Tristram. Museum ethics. In: MACDONALD, Sharon (ed.). *A companion to museum studies*. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 431–441. p. 431.



## 6 Popularizing cultural objects by their public display from the perspective of social utility

According to K. Zeidler, the argument from social utility is summed up in the assertion that the right of an owner can be limited, and they may even be deprived of it, when cultural property does not just represent a value for them, but for a broader recipient, for whom the possibility of using that property must be guaranteed<sup>39</sup>. In the fragment of Declaration quoted below the signatories emphasize the role of museums in the process of familiarizing the public with collected artefacts:

The universal admiration for ancient civilizations would not be so deeply established today were it not for the influence exercised by the artefacts of these cultures, widely available to an international public in major museums.

Although one may criticize the concept of a fundamental connection between the display in *universal museums* and actual admiration for the cultural goods<sup>40</sup>, without a doubt enabling public access to the artefacts provides a unique opportunity for aesthetic admiration, entertainment or scientific research. For this reason, museums create a special relationship with the public and have a potential of becoming places of great social utility.

Moreover, the text of Declaration raises the argument of presenting objects displaced from their original source in a valuable context, indicating its significance to the public. As informative as it is, it might be argued that such a mixed display provides the visitors only with aesthetic experience supported by sterile information, separated from all the background factors influencing the perception of the objects<sup>41</sup>.

Finally, social utility of museums is emphasized in Declaration by the example of drawing artistic inspiration from the collections easily accessible for ages in public museums. This *argumentum ad exemplum* implies that the course of the history of art depends on what has been available for the public to appreciate, namely

the sculpture of classical Greece. This illustration indeed puts museum mission in a perspective where it shapes artistic sensitivities throughout the ages. There is no way to verify whether retention of cultural objects at their places of origin would have drastically changed the process of establishing creative trends. Nevertheless, what one may consider is how this issue should be assessed next to the subjects of national identities, historical injustices or current economic interests.

## 7 Afterthoughts on Historical Eventuation

It needs to be stressed that the issue of restitution of cultural objects remains a topical one. It evokes strong emotions and induces disputes exceeding legal argumentation. Certainly, cultural objects carry unique values, appreciated from various perspectives, ranging from purely aesthetic to patriotic and existential. In the words of J. Greenfield, *there are cynical and material aspects, but the issue also has something to do with the charisma of objects and their language*<sup>42</sup>.

A perspective on *universal museums* is dynamic and relies upon assessing numerous opposing arguments. However, disputants seem to agree on at least one fact: these institutions are a historical phenomenon, impossible to recreate nowadays<sup>43</sup>. Irrespective of the motives or circumstances in which the objects were acquired, their removal, acquisition and display became facts of cultural history<sup>44</sup>. The restitution argument from historical eventuation stresses the fact that historic events and processes are always accompanied by transformations of property, including the movement of cultural objects<sup>45</sup>. This thesis not necessarily indicates the supposed fairness of *status quo*. Instead, it might establish a starting point for a discussion about measures that might be undertaken in the future, including more sensitive narrative about the past and other forms of cooperation.

<sup>39</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 176.

<sup>40</sup> SINGH, Kavita. Universal museums: the view from below. In: PROTT, Lyndel V. (ed.). *Witnesses to history*. Paris: UNESCO, 2009. p. 123–129.

<sup>41</sup> STAMATOUDI, Irini. *Cultural property law and restitution: a commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham-Northampton (MA): Edward Elgar, 2011. p. 189–209.

<sup>42</sup> GREENFIELD, Jeanette. *Return of cultural treasures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

<sup>43</sup> SINGH, Kavita. Universal museums: the view from below. In: PROTT, Lyndel V. (ed.). *Witnesses to history*. Paris: UNESCO, 2009. p. 123–129. p. 126.

<sup>44</sup> PROTT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3. p. 848-849.

<sup>45</sup> ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016. p. 176.

Argumentative aspects of Declaration raise issues that are inalienable from the subject of the restitution of cultural objects removed from their place of origin prior to establishing legal norms on protection of cultural heritage. Declaration is constructed from numerous arguments opposing the return of this category of cultural goods and nearly twenty years later these theses remain present in the dispute. However, it is vital to acknowledge that universalism, which proposes a genuine humanistic approach to cultural heritage, art and civilization, and supports broad public enjoyment of museum collections, also has its darker side, that can be rightfully scrutinized on various levels. Most importantly, perceiving the issue of return of cultural treasures as a *hard case* invites a possibility that there is often more than one justified solution.

## References

- ABUNGU, George. The declaration: a contested issue. In: PROTT, Lyndel V. (ed.). *Witnesses to history*. Paris: UNESCO, 2009.
- BESTERMAN, Tristram. Museum ethics. In: MACDONALD, Sharon (ed.). *A companion to museum studies*. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 431–441.
- BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- CHECHI, Alessandro. *The settlement of international cultural heritage disputes*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- CORNU, Marie; RENOLD, Marc-André. New developments in the restitution of cultural property: alternative means of dispute resolution. *International Journal of Cultural Property*, v. 17, n. 1, p. 1–31, 2010.
- CUNO, James. View from the Universal Museum. In: MERRYMAN, John Henry (ed.). *Imperialism, art and restitution*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 15–36.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- EDSON, Gary. *Museum ethics*. London: Routledge, 1997.
- GREENFIELD, Jeanette. *Return of cultural treasures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- KOWALSKI, Wojciech. Problematyka prawna obrotu dobrami kultury. In: RYNEK Sztuki. *Aspekty Prawne*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011. p. 24–42.
- KOWALSKI, Wojciech. Types of claims for recovery of lost cultural property. *Museum*, v. 57, n. 4, p. 85–102, 2005.
- MERRYMAN, John Henry. Introduction. In: MERRYMAN, John Henry (ed.). *Imperialism, art and restitution*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 1–14.
- MERRYMAN, John Henry. Two ways of thinking about cultural property. *The American Journal of International Law*, v. 80, n. 4, p. 831–853, 1986.
- O'NEILL, Mark. Enlightenment museums: universal or merely global. *Museum and Society*, v. 2, n.3, p. 190–202, 2004.
- PROTT, Lyndel V. (ed.). *Witnesses to history*. Paris: UNESCO, 2009.
- PROTT, Lyndel V.; O'KEEFE, Patrick J. *Law and the cultural heritage*. London-Edinburgh: Butterworths, 1989. v. 3.
- SILVA, Pilippu Hewa Don Hemasir. Sri Lanka. *Museum*, v. 31, n. 1, p. 22–25, 1979.
- SINGH, Kavita. Universal museums: the view from below. In: PROTT, Lyndel V. (ed.). *Witnesses to history*. Paris: UNESCO, 2009. p. 123–129.
- STAMATOUDI, Irini. *Cultural property law and restitution: a commentary to International Conventions and European Union Law*. Cheltenham-Northampton (MA): Edward Elgar, 2011.
- STELMACH, Jerzy. *Kodeks Argumentacyjny dla Prawników*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2003.
- UNIDROIT. *Convention on stolen or illegally exported cultural objects*. 1995. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention> Accessed in: 29 Aug. 2020.
- VAN BEURDEN, Jos. *Treasures in Trusted Hands*. Leiden: Sidestone Press, 2017.
- VRDOLJAK, Ana Filipa. *International law, museums and the return of cultural objects*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- ZEIDLER, Kamil. *Restitution of cultural property*. Gdańsk–Warsaw: Wolters Kluwer–Gdańsk University Press, 2016.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A destinação dos bens culturais em processos penais: a arte como reparação coletiva**  
**The destination of cultural goods in criminal procedures: art as collective redress**

Inês Virgínia Prado Soares

Otávio Venturini

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# A destinação dos bens culturais em processos penais: a arte como reparação coletiva\*

## The destination of cultural goods in criminal procedures: art as collective redress

Inês Virgínia Prado Soares\*\*

Otávio Venturini\*\*\*

### Resumo

O artigo tem por objeto a análise da evolução normativa e do papel da prestação jurisdicional para a prevenção e a responsabilização penal do uso do mercado de arte em relação à lavagem de dinheiro no contexto brasileiro. Sob o prisma da compreensão integrada do combate ao crime de lavagem de dinheiro e do retorno à sociedade dos bens culturais utilizados para a prática delituosa, enfoca-se, neste artigo, o tema da destinação das obras de arte apreendidas em processos penais, definindo critérios interpretativos para a redação do art. 124-A do Código de Processo Penal, conferida pela “Lei Anticrime” (Lei n.º 13.964/19). Para tanto, o estudo apresenta aportes teóricos acerca do amplo acesso aos bens culturais como direito fundamental e humano da coletividade, bem como da proteção dos bens culturais utilizados para a exploração da atividade turística como forma de garantir o desenvolvimento sustentável. A análise explora a importância da destinação das obras de arte, antes ou durante a tramitação do processo penal, o conceito que deve ser dado ao termo “museu”, bem como a definição de bens que podem ser declarados de interesse público para “musealização” (Decreto 8.124/13 e da Lei dos Museus – Lei n.º 11.904/09). A pesquisa é orientada pelo diálogo entre a produção teórica sobre direito ao patrimônio cultural, a potencialidade do art. 124-A do CPP para a efetividade dos direitos culturais e a análise de decisões judiciais em casos da Operação Lava Jato, que envolveram apreensão de obras de arte.

**Palavras-chave:** Destinação de obras de arte apreendidas. Lavagem de dinheiro. Mercado de obras de arte. Liberdade de expressão artística e cultural da comunidade. Bens culturais. ODSs da ONU.

### Abstract

The article aims to analyze the normative evolution and the role of the jurisdictional provision in the prevention and criminal liability of the use of the art market for money laundering in the Brazilian context. Under the prism of an integrated understanding of the fight against money laundering and the return to society of cultural goods used for criminal practice, the study focuses on the theme of the destination of artworks seized in criminal pro-

\* Recebido em 01/10/2020  
Aprovado em 27/03/2021

\*\* Desembargadora no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica da São Paulo. Realizou pesquisa de pós-doutorado no Núcleo de Estudos de Violência da Universidade de São Paulo - NEV-USP (2009-2010).  
E-mail: inespradosoares@hotmail.com

\*\*\* Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP. Professor de graduação na Escola de Negócios Saint Paul e de pós-graduação em Direito Público e Compliance na Escola Paulista de Direito e Trevisan Escola de Negócios.  
E-mail: otavioventurini@hotmail.com

ceedings, defining interpretative criteria for the Article 124-A of the Criminal Procedure Code, established by the “Anti-crime Law” (Law No. 13.964/19). For this, the study brings theoretical contributions about the wide access to cultural goods as a fundamental and human right of the community, as well as the protection of cultural goods used for the exploration of tourist activity to guarantee sustainable development. The analysis explores the importance of destination of works of art, before or during the criminal proceedings, the concept of the term “museum”, and the definition of assets can be declared of public interest for “musealization” (Decree No. 8.124/13 and the Museum Law - Law No. 11.904/09). The research was guided by the dialogue between the theoretical production on the right to cultural heritage, the potential of art. 124-A of the CPP for the effectiveness of cultural rights and the analysis of judicial decisions in cases of Operation Car Wash, which involved the seizure of works of art.

**Keywords:** destination of the seized artwork. Money laundering. Art Market. Freedom of artistic and cultural expression of the community. Cultural goods. UN SDGs.

## 1 Introdução

Nos últimos anos, notícias sobre apreensões de obras de arte no âmbito da Operação Lava Jato colocaram em destaque o tema da utilização do mercado de arte para lavagem de recursos oriundos de corrupção. Foram apreendidos quadros, esculturas e outras obras de artes de alto valor, abrindo-se campo para a necessária discussão acerca da destinação de obras apreendidas.

A utilização do mercado de obras de arte por organizações criminosas como mecanismo para viabilizar a lavagem de recursos provenientes de atividades ilícitas não é uma prática nova.<sup>1</sup> Dificuldades em se avaliar o valor de uma obra, somadas às especificidades do mundo das artes plásticas, como o prestígio social conferido ao colecionador, são elementos que, historicamente, estimularam a relação entre as transações no mercado de arte e a lavagem de dinheiro.

No Brasil, a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) trouxe importantes avanços, que foram posteriormente complementados pelas normas regulamentadoras do IPHAN, notadamente, a Instrução Normativa nº 001/07, a Portaria n.º 396/16 e a Portaria n.º 80/17. Essas normas tipificaram os ilícitos relacionados à lavagem de dinheiro, bem como estabeleceram obrigações de conformidade para aqueles que atuam no mercado de obras de arte.

No entanto, em que pese o avanço normativo e institucional no combate à lavagem de dinheiro no mercado de artes, pouco se tem discutido sobre a destinação das obras apreendidas em operações policiais, e que constam como produto do crime nos processos penais. A “Lei Anticrime” (Lei nº 13.964/19) alterou o Código de Processo Penal (CPP) para prever que, no caso de decretação de perdimento, obras de arte ou outros bens de relevante valor cultural ou artístico sejam “destinadas a museus públicos, se os crimes não tiverem vítima determinada” (Art. 124-A).

A mudança trazida pela Lei Anticrime, as decisões proferidas na Operação Lava Jato (Curitiba, Rio de Janeiro e São Paulo) e os seus desdobramentos ensejam instigantes questões acerca do pós-perdimento e da destinação das obras de arte ou outros bens de relevante valor cultural ou artístico.

A jurisprudência consolidada na seara penal precisará ser revisitada diante do ineditismo de algumas situações envolvendo as obras de arte apreendidas, como o custo financeiro da conservação das peças apreendidas por museus ou outras instituições de guarda, que, ao final do processo penal, não sejam contempladas com a destinação final nos termos do novo artigo 124-A do CPP; ou da discussão acerca da possibilidade de destinação de obras de arte apreendidas em operações policiais, nas quais os investigados se beneficiaram com o instituto da colaboração premiada e não seguiram como réus no processo até a fase de perdimento dos bens.

Nessa perspectiva, além da responsabilização penal dos agentes e da prevenção de futuros delitos, a discussão também deve ser orientada com base na potencialidade da ação penal como reparação coletiva. A destinação de obras de arte e a outros bens de valor cultural nos termos do art.124-A, do CPP, é uma tradução do direito fundamental e humano de fruir, livremente, da vida cultural da comunidade.

A experiência brasileira decorrente de operações que

<sup>1</sup> MACHADO, Diogo de Oliveira. Expressões artísticas do crime: lavagem de dinheiro no mercado de arte. *Cooperação em Pauta*, n. 36, fev. 2018. p. 2.

envolvem os mais impactantes crimes fiscais, financeiros ou de corrupção tem lançado luzes para a potencialidade das decisões judiciais que optam pela entrega das obras de arte, de propriedade dos réus, para museus, com a valorização da liberdade de expressão cultural e o incremento do direito humano de participar da vida cultural da comunidade, mediante o acesso às obras de arte.

Para melhor contextualização e fluidez dos argumentos trazidos, este artigo se orienta pelo diálogo entre a produção teórica sobre direito ao patrimônio cultural, a potencialidade do art. 124-A do CPP para a efetividade dos direitos culturais e a análise de decisões judiciais em casos da Operação Lava Jato, que envolveram apreensão de obras de arte.

Nessa perspectiva, o texto desloca o olhar do crime para o sistema normativo de proteção dos direitos culturais e do patrimônio cultural com a finalidade de apresentar critérios interpretativos para a redação do art. 124-A do Código de Processo Penal, conferida pela “Lei Anticrime” (Lei nº 13.964/19), dispositivo possibilita a destinação das obras apreendidas a museus. Assim, a partir dessa previsão legal e das normas e doutrina sobre direitos culturais, discutem-se o próprio conceito de museus, se este é abrangente ou restritivo, e a definição de bens que podem ser declarados de interesse público para “musealização”, à luz de dispositivos da Lei dos Museus (Lei nº 11.904/09) e do instrumento da Declaração de Interesse Público de Bens Culturais (Decreto n.º 8.124/13).

## 2 Um panorama sobre os avanços normativos e institucionais no combate à lavagem de dinheiro no mercado de obras de arte

A aprovação da Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) representou um marco fundamental ao enfrentamento desse ilícito nas suas mais diversas facetas, inclusive, no que se refere à utilização ilícita do mercado de obras de arte para esse fim. A Lei n.º 9.613/98 foi responsável pela definição do sistema brasileiro de enfrentamento à lavagem de dinheiro<sup>2</sup>, que

se estrutura com base em quatro níveis complementares de *enforcement*, quais sejam:

- i. Tipificação, investigação e persecução autônomas do delito de lavagem de dinheiro em relação a crimes antecedentes (p. ex.: crimes de corrupção);
- ii. Atribuição de obrigações de conformidade (obrigações internas de *compliance*) em matéria de prevenção à lavagem de dinheiro (PLD), com deveres relacionados à identificação de clientes, manutenção de arquivos e comunicação de operações suspeitas à unidade de inteligência financeira, a um conjunto de pessoas (jurídicas ou físicas) que realizem, em caráter permanente ou eventual, atividade de risco no que se refere à lavagem de capitais (inclusive pessoas que comercializem objetos de arte e antiguidades);
- iii. Definição de unidade de inteligência financeira, com atribuições de centralização das comunicações realizadas por pessoas obrigadas, intercâmbio de informações com autoridades estrangeiras e aplicação de sanções administrativas aos que descumprirem as obrigações de *compliance* em PLD<sup>3</sup>; e
- iv. Destinação dos bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos ilícitos de lavagem de dinheiro, como efeito da condenação, para além dos previstos no Código Penal.

O art. 1º da Lei nº 9.613/98 tipifica lavagem de dinheiro como o ato de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Em suma, trata-se de prática de conversão dos proveitos do delito em bens que não podem ser rastreados pela sua origem criminosa.<sup>4</sup> Como já mencionado, as organizações criminosas encontram, no mercado de obras de arte, um

Brasil. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (org.). *Impasses a aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225-249.

<sup>3</sup> RIZZO, Maria Balbina Martins de; ROSA, Ludmila Volochen da. Prevenção da Lavagem de Dinheiro e do Financiamento do Terrorismo (PLD-FIT). In: CARVALHO, André Castro *et al.* *Manual de Compliance*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020. p. 375.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação penal 470*. Agravo regimental. Pedido de vista de procedimento em trâmite no juízo [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>2</sup> Sobre a sistematização do tema, MACHADO, Máira Rocha. O sistema antilavagem de dinheiro e a cooperação internacional no



ambiente propício para perpetração da lavagem de capitais, sobretudo, em razão do grau de subjetividade e especulação na mensuração de valores dessas obras.

A 65ª fase da Operação Lava Jato, denominada “Galeria”, deflagrada em setembro de 2019, e o seu desdobramento, a 79ª fase (“Vernissage”), deflagrada em janeiro de 2021, ilustram esse *modus operandi*<sup>5</sup>. O pedido de busca e apreensão realizado na ocasião da 65ª fase pelo Ministério Público Federal (MPF) indicou que obras de artistas contemporâneos, como, por exemplo, Beatriz Milhazes, Milton Dacosta, Iran do Espírito Santo e Ivan Serpa foram, artificialmente, sobrevalorizadas<sup>6</sup>, em uma operação ilícita que envolveu empresas, particulares e uma conhecida Galeria de Arte.

Com o objetivo de coibir práticas ilícitas dessa natureza, o art. 9º, inc. X, e os arts. 10 e 11 da Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro estabelecem o segundo

nível de *enforcement* do sistema de combate à lavagem de dinheiro. Trata-se das obrigações legais de *compliance* em PLD aos atores (jurídicas ou físicas) que comercializam obras de arte e antiguidades. Por sua vez, o art. 12 da Lei de Lavagem prevê sanções administrativas e multas a essas pessoas, bem como aos seus administradores, que deixem de cumprir as obrigações de conformidade descritas na Lei. As sanções pelo descumprimento podem levar, inclusive, à inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas, bem como à cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Além dos dispositivos da Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, o mercado de artes no Brasil sofre a incidência de regulação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), mediante edição de normas infralegais regulamentadoras. Dentre as normas mais relevantes emitidas pelo Instituto sobre o tema, cabe menção à Instrução Normativa nº 001 de 2007, do IPHAN, que criou o Cadastro Nacional de Negociantes de Obras de Arte e Antiguidades (CNART). Esse instrumento já encontrava previsão nos artigos 26 e 27 do Decreto-lei 25 de 1937, mas coube ao IPHAN lhe fixar os parâmetros e conferir os contornos de transparência típicos de regimes democráticos, especialmente a regulamentação e disponibilização da lista de pessoas que se encontram regularmente inscritas no CNART.

Outra norma de grande importância emitida pelo Instituto foi a Portaria IPHAN nº 396 de 2016, que trouxe a parametrização das medidas de *compliance* em PLD a serem observadas por pessoas que comercializam objetos de arte ou antiguidade de qualquer natureza de modo a prevenir práticas de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 3º da Portaria, essas pessoas deverão observar, de modo compatível com o volume de operações e porte, políticas e controles internos destinados à:

- i. Identificação de clientes e demais envolvidos nas operações;
- ii. a natureza das relações de negócio;
- iii. Identificação do beneficiário final das operações;
- iv. Identificação das operações ou propostas de operações passíveis de comunicação;
- v. Capacitação e treinamento dos colaboradores;
- vi. Verificação periódica da eficácia dos procedimentos e controles internos; e

<sup>5</sup> A petição do MPF, de agosto de 2019, apontou que: “[...] utilizando-se de propina paga pelo Grupo ODEBRECHT, em 26/02/2014, em espécie, no valor de R\$ 500.000,00, o investigado pagou, de modo dissimulado, parcelas relativas à aquisição da obra de arte “A Serpente e o Pássaro”, de Beatriz Milhazes. Para tanto, com a finalidade de ocultar a origem ilícita dos valores, MÁRCIO LOBÃO entregou o dinheiro em espécie para a empresa ALMEIDA & DALE GALERIA DE ARTE, que, em troca, forneceu-lhe cheques não nominais, emitidos entre 14/02/2014 e 15/02/2014, no valor total de R\$ 637.500,00, que posteriormente foram utilizados pelo investigado para o pagamento de parcelas da citada obra. Em seguida, foram realizadas alienações de obras de arte com preços aparentemente sobrevalorizados, tendo como alienante MÁRCIO LOBÃO e como adquirente a ALMEIDA & DALE GALERIA DE ARTE, de modo que o montante excedente ocultasse os valores em espécie fornecidos à empresa. Nesse contexto, destaque-se que MÁRCIO LOBÃO declarou ao Fisco ter vendido, em 10/04/2014, (i) obra do artista MILTON DA COSTA, pelo valor de R\$ 850.000,00, quantia 1.788,89% superior ao custo de aquisição declarado, de R\$ 45.000,00; e (ii) obra de NICOLAU ANTONIO FACCHINETTI, pelo valor de R\$ 500.000,00, quantia 316,67% superior ao custo de aquisição declarado, de R\$ 120.000,00. O investigado declarou à Receita Federal, ademais, ter vendido, também para a ALMEIDA & DALE GALERIA DE ARTE, obras de arte de IVAN SERPA, em 15/12/2015, por R\$ 850.000,00, e de IRAN DO ESPIRITO SANTO, em 21/11/2018, por R\$ 85.000,00. Os negócios revelam-se também suspeitos, haja vista as aparentes sobrevalorizações das obras de arte – respectivamente 1.788,89% e 297,81% –, além de o aprofundamento das investigações indicar que MÁRCIO LOBÃO valia-se da ALMEIDA & DALE GALERIA DE ARTE para a prática de atos ilícitos. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Paraná. *Força-Tarefa Lava Jato*. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1\\_INIC1.pdf](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1_INIC1.pdf) Acesso em: 01 jun. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Paraná. *Força-Tarefa Lava Jato*. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1\\_INIC1.pdf](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1_INIC1.pdf) Acesso em: 01 jun. 2020.

## vii. Implementação de Códigos de Conduta.

Destaca-se a importância das políticas de *know your customer* (KYC) e os processos de *customer due diligence* (CDD) para operacionalização de programas de *compliance* em PLD no mercado de obras de arte. Essas políticas e procedimentos se destinam ao levantamento e verificação de informações sobre: i) as atividades do comprador, ii) a origem de seus recursos empregados na compra e iii) a finalidade das operações por eles realizadas. O objetivo de políticas e procedimentos dessa natureza é justamente prevenir a prática da lavagem de capitais, identificando clientes *red flags* e até mesmo impedindo transações que possam ser utilizadas para fins ilícitos.

Marcílio Toscano Franca Filho, Matheus Costa do Vale e Nathália Lins da Silva, evidenciam a função desses procedimentos de diligência em face da responsabilização jurídica de pessoas que operam no mercado de artes ao pontuarem que:

em termos didáticos, a *due diligence* conecta-se aos conceitos de precauções, cuidados, investigações, cautelas ou auditorias prévias à realização de um dado negócio jurídico, opondo-se assim às noções mais amplas de negligência, descuido e desinformação e cuja ausência pode repercutir sobre a responsabilidade civil, a obrigação de indenizar, a anulação de um negócio jurídico e até mesmo a consequências penais.<sup>7</sup>

O terceiro nível de *enforcement* do sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro é relacionado ao dever de comunicação à unidade de inteligência financeira (COAF). O art. 6º da portaria n.º 396 estabelece a obrigação de pessoa que atua no mercado de arte comunicar, independentemente de análise ou de qualquer outra consideração, qualquer operação ou conjunto de operações de um mesmo cliente que envolva o pagamento ou recebimento, em espécie, de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou o equivalente em outra moeda.

O dever de comunicação à unidade de inteligência financeira não se esgota no valor indicado. Isso porque, nos termos do art. 7º da portaria n.º 396, mesmo em hipóteses de transações com valores abaixo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), as pessoas obrigadas deverão adotar medidas em cada caso para identificação de *red*

*flags* da prática de lavagem de dinheiro que estabelecem o dever de comunicação.<sup>8</sup>

Em 2017, o IPHAN editou, também, a Portaria 80, norma que define os parâmetros da responsabilização administrativa pelo órgão em face descumprimento pelas pessoas obrigadas das regras de *compliance* estabelecidas na Portaria 396/2016. A Portaria 80 limita-se a descrever as sanções de advertência e multa de R\$ 2 mil a R\$ 10 mil, como medida de incentivo ao cumprimento de obrigações de *compliance* por comerciantes e leiloeiros de antiguidades e obras de arte, sem, no entanto, regulamentar a sanção de cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento, prevista no art. 12, inc. IV, da Lei n.º 9.613/98.

Por fim, o tema da destinação das obras de arte apreendidas em processos penais que versam sobre lavagem de dinheiro encontra amparo nas previsões da Lei n.º 9.613/98 e do Código de Processo Penal, com as alterações feitas pela Lei n.º 13.964/2019, conhecida como lei Anticrime.

A destinação final pode ser gratuita, para Estados ou União, ou por alienação. Pelas características das obras de artes, quando apreendidas em operações policiais, estas devem ser destinadas, temporária ou definitivamente, a entidades que possam abrigar as peças em condições adequadas e com segurança, como galerias, centros culturais e museus, especialmente estes últimos. O art. 5º e 6º da Lei n.º 9.613/98 trazem essa possibilidade. Enquanto a ação penal tramita, a opção pela guarda por uma entidade da área cultural confere maior segurança às obras de arte, já que a alternativa é que fiquem em um depósito judicial.

A lei “Anticrime”, Lei n.º 13.964/2019, alterou o Código de Processo Penal (CPP) para que, no caso de de-

<sup>7</sup> FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; VALE, Matheus Costa; SILVA, Nathália Lins. Mercado de Arte, Integridade e Due Diligence no Brasil e no MERCOSUL Cultural. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, v. 7, n. 14, p. 260-282, 2019. p. 262.

<sup>8</sup> São exemplos de *red flags*: i) repetidas operações em valor próximo ao limite mínimo estabelecido para registro; ii) operação em que o proponente não se disponha a cumprir as exigências cadastrais ou tente induzir os responsáveis pelo cadastramento a não manter em arquivo registros que possam reconstituir a operação pactuada; iii) operações com pessoas sem tradição no mercado movimentando elevadas quantias na compra e venda de bens; iv) operação em que o proponente não aparente possuir condições financeiras para sua concretização (“laranja”, “testa de ferro”); v) operação em que seja proposto pagamento por meio de transferência de recursos entre contas no exterior, quer permitindo ou não o rastreamento de dinheiro; vi) proposta de superfaturamento ou subfaturamento em transações com os bens objeto; vii) operação de compra ou venda cujo vendedor ou comprador tenha sido anteriormente dono do mesmo bem; dentre outros.

cretação de perdimento, as obras de arte ou outros bens de relevante valor cultural ou artístico sejam “destinadas a museus públicos, se os crimes não tiverem vítima determinada.” (Art. 124-A).

Ainda com base na perspectiva da destinação das obras de arte e outros bens culturais, outra alteração importante trazida pela Lei Anticrime foi a do artigo 133-A, caput e § 2º e § 4º do CPP. A leitura conjunta dos artigos 124-A e 133-A traz importante suporte à destinação definitiva das obras de arte e outros bens culturais para órgãos públicos e também para entidades que realizam exposições culturais, especialmente os museus, mencionados expressamente do art. 124-A.

O atual estágio do combate aos crimes financeiros e de corrupção tem demandado dos atores do sistema de justiça uma contribuição na construção de respostas e arranjos institucionais que aliem o respeito das garantias e liberdades dos investigados a medidas eficazes na diminuição das práticas delituosas. Essas medidas devem se alinhar a valores de civilidade e convivência social pacífica, sinalizando novos ares no exercício da liberdade de expressão artística e cultural, bem como servindo de reparação coletiva.

Nessa linha de raciocínio, além das naturais e conhecidas funções da prestação jurisdicional penal, a decisão sobre a destinação dos bens culturais apreendidos é uma forma de reparação simbólica da sociedade, uma medida de satisfação, que tem também potencial de prevenir o uso de obras de arte para a prática delituosa de lavagem de dinheiro.

A doutrina não tem se debruçado sobre a amplitude da previsão “destinadas a museus públicos, se os crimes não tiverem vítima determinada”, inscrita no art. 124-A do CPP. Perguntas cruciais para a destinação de obras de arte apreendidas em processos criminais precisam ser respondidas: a compreensão do termo “museu público” se restringe à definição legal de museu de entidades públicas ou é um termo que pode ser considerado como uma categoria mais ampla, que abarca espaços culturais organizados sob a perspectiva museal? Por que concentrar as obras de arte dadas em perdimento no processo penal em determinadas regiões ou ao local do processamento do réu? Qual a compreensão dos artigos 124-A e 133-A à luz do sistema protetivo dos bens culturais?

### 3 A destinação das obras de arte apreendidas em processos penais sobre lavagem de dinheiro

Em que pese a evolução da legislação e de práticas de *compliance* no combate à lavagem de dinheiro no mercado de obras de arte, há escassez de estudos que se debruçam sobre o tema da destinação de obras apreendidas, seja pela sistematização e análise dos dados colhidos com base nos casos concretos, seja em relação à realização de um prognóstico que oriente as tomadas de decisões judiciais ou extrajudiciais.

O enfoque estritamente penal presente na prevenção e repressão aos crimes de lavagem de dinheiro somado às especificidades das obras de arte – que são consideradas ativos financeiros de fácil transação e integrantes de um mercado (o mercado de arte) que os enquadra na categoria de *commodities* – podem explicar a visão prioritária de reparação dos danos econômicos e, por consequência, a pouca discussão acerca da destinação dos bens apreendidos com base em uma perspectiva que tenha um viés de reparação coletiva, de valorização e proteção da liberdade de expressão cultural bem como de formação ou consolidação de um acervo cultural para o país.

As diretivas internacionais indicam a importância da liberdade de expressão cultural e do exercício do direito cultural em comunidade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1986) estabelecem teor semelhante para o direito de liberdade de pensamento e de expressão, direito

que compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideais de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

e para o direito cultural de todo ser humano de “direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de desfrutar das artes e de participar do processo científico e de seus benefícios” e também “à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.



A criatividade e a liberdade são traços inerentes à condição humana. Nas obras de arte, essas características alcançam posição de excepcionalidade, por representarem o sublime e a tradução do inexplicável ou da singela do sentir humano. Por isso, a criação artística independe de um aparato administrativo e jurídico para seu surgimento. No entanto, é importante destacar que o conteúdo jurídico da liberdade de expressão cultural e artística não se esgota nos direitos do artista e em seu direito de se expressar livremente. Há outros dois feixes: o da liberdade de participar do processo de circulação da criação artística (gestão, produção, pesquisa, divulgação das artes, dentre outros); e o da liberdade, individual ou coletiva, de ter acesso às expressões artísticas ou usufruir delas.

Esses dois últimos feixes (aqueles distintos da criação artística e cultural) estão presentes no sentido das normas que protegem os bens culturais de destruição ou descaracterização, que dispõem sobre estruturas para sua exposição ao público em geral, que repelem o tráfico ilícito de bens culturais e que condicionam a saída desses bens para o exterior à autorização de órgãos competentes<sup>9</sup>. Esses feixes são também afetados pela aplicação (ou não) dos artigos 124-A e 133-A do CPP pelo julgador.

Com base no exercício da liberdade de expressão artística pela coletividade, o direito a uma estrutura estatal que resguarde a liberdade de expressão artística (com repúdio à censura, garantia dos direitos de autor e da liberdade criativa e oferta de meios e equipamentos para fruição das artes em comunidade) está estritamente vinculado aos valores constitucionais como democracia, dignidade da pessoa humana, cidadania etc. e à garantia de outras liberdades, dentre as quais, destaca-se a liberdade expressão que confere teor ao direito à informação, livre e plural.

Desse modo, a destinação de obras de arte apreendidas em processos penais, com base nos artigos 124-A e 133-A do CPP, concretiza o livre acesso à informação, que é considerado um direito fundamental por viabilizar o desenvolvimento de indivíduos e a formação de opinião pública livre, com benefícios para toda a sociedade, além de ser uma medida que confere efetividade aos direitos culturais individuais e coletivos.

<sup>9</sup> SALIBA, Aziz; FABRIS, Alice Lopes. O retorno dos bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017. p. 504.

Humberto Cunha Filho define os direitos culturais como aqueles

afetos às artes, à memória coletiva e ao fluxo de saberes, que asseguram aos seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre a dignidade da pessoa humana<sup>10</sup>.

E Farida Shaheed, que foi Perita Independente na Área dos Direitos Culturais da ONU de 2009 a 2015, em entrevista a Teixeira Coelho, afirma que

os direitos culturais protegem os direitos de cada pessoa – individualmente, em comunidade com outros e como grupo de pessoas – para desenvolver e expressar sua humanidade e visão de mundo, os significados que atribuem a sua experiência e a maneira como o fazem.<sup>11</sup>

As lições de Shaheed e Humberto Cunha permitem afirmar que há espaço para se extrair, de ações emanadas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, novas possibilidades para o exercício das liberdades e dos direitos culturais, com a finalidade de que a criação artística seja desfrutada pela coletividade. Em outros termos, quanto mais se concretizar a liberdade de expressão cultural e artística pelo fortalecimento dos eixos da circulação e do acesso aos bens culturais, maior será a possibilidade de fortalecimento da cidadania e das liberdades fundamentais.

Com base nessa perspectiva, a promoção dos direitos culturais pode surgir de julgados à primeira vista desvinculados da temática. Num plano teórico, a mera existência de bens culturais na atividade criminosa em julgamento pode abrir um caminho para sua devolução à comunidade, como forma de reparação simbólica do coletivo e também de preservação desses artefatos numa perspectiva intergeracional e de desenvolvimento sustentável. Como destaca Lucia Reisewitz, a preservação dos bens culturais, além de “essencial para a memória coletiva, é necessária também para construção da cidadania, da identidade nacional e da soberania”<sup>12</sup>. Nesse mesmo raciocínio, Hugues de Varine, ao abordar

<sup>10</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 34.

<sup>11</sup> COELHO, Teixeira. O novo papel dos direitos culturais: entrevista com Farida Shaheed, da ONU. *Revista Observatório Itaú Cultural*, São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011. p. 19-20

<sup>12</sup> REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 59.

“o desenvolvimento local visto da perspectiva do patrimônio”, destaca que:

O patrimônio é ainda um recurso para o desenvolvimento. É na verdade o único recurso, juntamente com a população, que se encontra em toda parte e que basta procurar para encontrá-lo. [...] Os diferentes elementos de um patrimônio, tanto natural como cultural, são interdependentes, e toda ação sobre um deles provoca efeito e repercussões sobre os outros. É um recurso ao mesmo tempo não renovável (de modo idêntico) e eminentemente transformável e reprodutível, que se regenera e faz aparecer novas formas [...].<sup>13</sup>

A contribuição das decisões judiciais criminais para o desenvolvimento sustentável ainda é tema pouco estudado não apenas no cenário brasileiro, mas também no âmbito global. Entretanto, a evolução normativa aponta para necessidade de que o tema da sustentabilidade permeie, de maneira transversal e horizontal, a prestação jurisdicional, inclusive na seara penal.

No âmbito do sistema de justiça, a Meta 9 do Conselho Nacional de Justiça prevê a integração da Agenda 2030 da ONU pelo Poder Judiciário. E a conjunção do combate à corrupção com destinação de obras de arte usadas como instrumento para práticas delituosas guarda especial consonância os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável de número 11 e 16 (ODS 11 e 16) dessa Agenda, que são: “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis” (ODS11); e “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ODS 16).

Na perspectiva da proteção do patrimônio cultural no cenário interno, o objetivo de promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável (ODS 16) exige, ainda, o fortalecimento e a atenção constantes ao aparato estatal que rechaça o *Tráfico Ilícito de Bens Culturais*, especialmente pela implementação da Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais (Unesco, 1970)<sup>14</sup> e da Convenção Unidroit sobre Bens Culturais Furtados ou Ilícitamente Expor-

tados<sup>15</sup>, de 1995, das quais o Brasil é parte.

É relevante lembrar, ainda, que, em 2015, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução 2199/2015, prevendo, pela primeira vez, obrigações aos Estados em relação ao comércio de bens culturais que tenham sido extraídos ilegalmente de um país.

Além das normas internacionais, há dispositivos em diversas leis de proteção ao patrimônio cultural que vedam a saída definitiva do país de bens culturais: objetos de interesse arqueológico, pré-histórico, histórico, numismático e artístico; obras de arte e de ofícios produzidos no Brasil até o fim do Período Monárquico, de livros antigos e acervos documentais e de acervos de arquivos.<sup>16</sup>

Como se nota, a circulação dos bens culturais de alto valor econômico e também de maior desejo pelos colecionadores é de alcance mundial. Por isso, a diversidade de trajetórias dos bens culturais apreendidos em operações policiais exige que as decisões nos processos penais dialoguem com o sistema normativo de proteção do patrimônio cultural, integrado por normas internacionais, pela Constituição Federal e pela legislação específica sobre o patrimônio cultural no plano federal, com destaque para: Decreto-lei 25/37 (Tombamento), Lei n.º 3.924/61 (Patrimônio Arqueológico), Lei 11.904/09 (Estatuto dos Museus), Lei n.º 11.906/09 (IBRAM – Instituto Brasileiro de Museus), bem como para alguns Decretos presidenciais, Portarias (inter) Ministeriais e Portarias do IPHAN.

A Lei n.º 11.904/2009, em seu art. 1º, define museus de maneira ampla:

Art. 1º Consideram-se museus, para os efeitos desta Lei, **as instituições sem fins lucrativos que conservam, investigam, comunicam, interpretam e expõem, para fins de preservação, estudo, pesquisa, educação, contemplação e turismo, conjuntos e coleções de valor histórico, artístico, científico, técnico ou de qualquer outra natureza cultural, abertas ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento.**

Parágrafo único. Enquadrar-se-ão nesta Lei **as instituições e os processos museológicos voltados para o trabalho com o patrimônio cultural e o território visando ao**

<sup>13</sup> VARINE, Hugues. *As raízes do futuro*: o patrimônio a serviço do desenvolvimento local. Porto Alegre: Medianiz, 2013. p. 19.

<sup>14</sup> A Convenção foi promulgada pelo Decreto n.º 72.312, de 31 de maio de 1973.

<sup>15</sup> A Convenção foi promulgada pelo Decreto n.º 3.166, de 14 setembro de 1999.

<sup>16</sup> Decreto-lei n.º 25/37, art.14; Lei n.º 3.924/61, art. 20; Lei n.º 4.845/65, arts. 1º a 5º; e Lei n.º 5.471/68, arts. 1º a 3º; Lei n.º 8.159/91, art. 13.

**desenvolvimento cultural e socioeconômico e à participação das comunidades.** (Grifo nosso).

No art. 3º, da Lei dos Museus, é estabelecido que “conforme as características e o desenvolvimento de cada museu, poderão existir filiais, seccionais e núcleos ou anexos das instituições”. Assim, às vezes, um museu sequer é (re)conhecido por essa nomenclatura.

No mais, é importante ressaltar a previsão do referido diploma legal (Lei nº 11.904/2009) de que os bens de colecionadores privados podem ser declarados de interesse público e se tornarem “passíveis de musealização”, sem, contudo, perderem suas características de bens privados e alienáveis:

**Art. 5º Os bens culturais dos museus, em suas diversas manifestações, podem ser declarados como de interesse público, no todo ou em parte.**

**§ 1º Consideram-se bens culturais passíveis de musealização os bens móveis e imóveis de interesse público, de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência ao ambiente natural, à identidade, à cultura e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.**

**§ 2º Será declarado como de interesse público o acervo dos museus cuja proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representar um valor cultural de destacada importância para a Nação, respeitada a diversidade cultural, regional, étnica e linguística do País.** (Grifo nosso).

Art. 6º Esta Lei não se aplica às bibliotecas, aos arquivos, aos centros de documentação e às coleções visitáveis.

Parágrafo único. São consideradas coleções visitáveis os conjuntos de bens culturais conservados por uma pessoa física ou jurídica, que não apresentem as características previstas no art. 1º desta Lei, e que sejam abertos à visitação, ainda que esporadicamente.

Para regulamentação dos artigos supratranscritos, o Decreto nº 8.124/13 (arts. 35 a 43) criou o instrumento da Declaração de Interesse Público de Bens Culturais. Essa Declaração guarda alguma semelhança com outros instrumentos protetivos dos bens culturais, inclusive com *status* constitucional, como Tombamento, principalmente com base no ponto de vista das restrições ao proprietário da coleção (vide art. 40 do Decreto nº 8.124/13), e com o Inventário.

A Declaração de Interesse Público da Lei dos Museus é um instrumento do qual não se tem notícia de

uso pela Administração. Foi pensada para suprir as deficiências notadas com o uso da Declaração decorrente da Lei de Arquivos (já que a Lei dos Museus, em seu art. 6º afasta expressamente sua aplicação às bibliotecas, aos arquivos, aos centros de documentação e às coleções visitáveis) e das restrições legais para saída temporária de bens culturais previstas no Decreto-lei nº 25/37 (art.14) e nas Leis n.º 3.924/61 (art. 20), 4.845/65 (arts. 1º a 5º) e 5.471/68 (arts. 1º a 3º). O citado conjunto legislativo veda a saída definitiva do país de bens tombados; de objetos de interesse arqueológico, pré-histórico, histórico, numismático e artístico; obras de arte e de ofícios produzidos no Brasil até o fim do Período Monárquico e de livros antigos e acervos documentais.

Nesse sentido, apesar do não uso pela administração, esse instrumento protetivo guarda fina sintonia com o art. 124-A do CPP e precisa ser “descoberto” e usado pelo Judiciário. No caso de apreensão de obras de arte, é importante que, no curso da ação penal ou mesmo no primeiro momento da apreensão dos objetos na operação policial, o juízo (ou o Ministério Público) tome a iniciativa de acionar o IBRAM para que a autarquia federal informe se os bens já constam de seu cadastro e, também, para que o IBRAM avalie a potencialidade do acervo, procedendo, se for o caso, à Declaração, com a inclusão da coleção apreendida no cadastro. Vale destacar a previsão do art. 36, do Decreto nº 8.124/13, que estabelece que “o IBRAM manterá cadastro específico dos bens declarados de interesse público para fins de documentação, monitoramento, promoção e fiscalização, que poderá fazer parte de outros instrumentos da política nacional de museus”.

Somada à percepção de fragilidade na legislação e da pouca aplicação pelo Judiciário das normas museológicas em casos penais, há, também, a percepção de completa ausência de normas para regulamentar a circulação de acervos culturais na região latinoamericana e no mundo, sejam esses acervos dotados de valor econômico ou outro valor (afetivo, histórico etc.).

E, nesse aspecto, a Lei dos Museus e o Decreto que regra a Declaração de Interesse Público dos Bens Culturais representam um avanço, já que, a partir desse marco regulatório, podemos aprofundar a discussão para outros pontos essenciais, não somente decretação judicial de perdimento de obras de arte e bens de valor cultural em ações penais, mas também o estabelecimento de critérios para restrição de circulação (comercialização/



empréstimo/trocas) internacional de acervos de obras de artes brasileiras; ou mesmo de definição das obras e coleções que são de interesse público (seus componentes precisam ser nacionais ou é possível restringir a comercialização ou circulação de acervo composto por obras estrangeiras?); ou os limites de discricionariedade do Poder Público em comprar obras e coleções que lhe sejam oferecidas antes da venda ao exterior (direito de preferência, nos termos do art. 63 da Lei 11.904/09 e art. 20 e art. 40, incisos IV e V do Decreto 8.124/13).

Apesar da indicação de certo controle da saída e circulação dos bens culturais afetados pela Declaração pelo IBRAM e do Conselho Consultivo do Patrimônio Museológico (arts. 40 e seguintes do Decreto 8.124/13), o Decreto que institui a Declaração de Interesse Público dos Bens Culturais admite que o bem ou o acervo é passível de comercialização.

Assim, a providência judicial de acionar o IBRAM para que avalie as obras de arte apreendidas também é cabível para situações em que não se aplique o art. 124-A do CPP. É importante destacar que a pertinência do uso do instrumento de Declaração no caso concreto não inviabiliza o futuro leilão da coleção. É até uma forma de proteger o acervo cultural, compatibilizando o interesse público (de amplo acesso da comunidade aos bens culturais) aos interesses de credores da massa falida ou de vítimas identificadas que lesadas pelo crime de lavagem de dinheiro.

Além disso, a destinação dos bens de valor cultural pelo Judiciário, no âmbito das ações penais, tem impacto na execução das políticas culturais e pode favorecer a comunidade, não somente à luz da maior disponibilização de bens culturais, mas também da perspectiva econômica, especialmente pelo incremento de negócios decorrentes da chegada das obras de arte em espaços de acesso público (art. 124-A do CPP). Nesse sentido, vale trazer trecho da resposta à pergunta “o que anseia a comunidade em torno do Museu?”, feita em publicação do IBRAM:

O papel do museu na comunidade o valoriza como agente indutor do turismo responsável e sustentável. Nesse sentido, os museus têm importante papel no processo de sensibilização e de conscientização do turista sobre o respeito e a responsabilidade com relação ao patrimônio do local de forma integral, seja por suas belezas naturais, aparelhos culturais, manifestações artísticas ou quaisquer que sejam as motivações da viagem.

A visita aos museus pode ser uma boa aliada na

disseminação do respeito ao patrimônio.<sup>17</sup>

Na perspectiva constitucional, a sustentabilidade do turismo cultural é decorrente da garantia dos valores estabelecidos na ordem econômica e social brasileira e exige uma postura do Estado e da sociedade civil que proteja o patrimônio cultural e proporcione o desenvolvimento da região com base na atividade turística.

A ótica do incremento do turismo em decorrência de exposições de obras de arte em museus ou outros espaços culturais abertos ao público está respaldado na diversidade cultural e guarda lógica com Convenções da Unesco que o Brasil é signatário, como a já citada Convenção UNESCO de 1970, relativa às medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas dos bens culturais, bem como a Convenção de 2005 sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais. Nesse sentido, Vicente Negri destaca que:

Atualmente, a Convenção de 1970 é reforçada pelo conceito de diversidade cultural proposto pela Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada em 2005. O conceito de diversidade amplia o direito a ser diferente, que é o corolário do direito ao patrimônio.

No campo dos direitos culturais, isso significa que os Estados reconhecem sua capacidade de afirmar sua própria identidade no âmbito de suas competências soberanas. [...]

Longe de ser um instrumento do nacionalismo cultural – como algumas pessoas de visão estreita gostariam de sugerir –, a Convenção estabelece a universalidade e a diversidade das culturas. Isso é ainda mais verdade considerando que, nos últimos 20 anos, ocorreu uma mudança no centro de gravidade do direito cultural internacional, ao se promover o papel e a função das comunidades. Essa evolução caminha lado a lado com a ideia de que cada pessoa somente pode aceitar e reconhecer o paradigma da universalidade se for reconhecida em sua própria identidade, com base na sua cultura e no seu patrimônio – uma identidade que a diferencia dos outros e a vincula à universalidade.

Dessa forma, a diversidade cultural assegura um pluralismo de afiliações particulares e o respeito a essas particularidades. É uma fonte de adesão às particularidades e à aceitação das diferenças [...]<sup>18</sup>

<sup>17</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS. *Museus e turismo: estratégias de cooperação*. Brasília, DF: Ibram, 2013. Disponível em: [https://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/Museus\\_e\\_Turismo.pdf](https://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/Museus_e_Turismo.pdf) Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>18</sup> NEGRI, Vicent. *A Convenção de 1970: diversidade cultural antes da letra da lei*. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/cou>

A exploração da atividade turística em torno de acervos em museus ou outros locais abertos ao público, além de lançar luzes para o poder da arte e para a diversidade cultural, também deve se guiar por normas que protegem os bens utilizados para o desenvolvimento da atividade turística. No plano material, o desenvolvimento das atividades turísticas se regula pela Lei nº 11.771 de 2008, que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo-PNT. Já no âmbito processual, desde meados dos anos 1960, com a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), passou-se a considerar os bens e direitos de valor turístico mercedores de tutela jurídica numa perspectiva coletiva. Essa defesa judicial ganhou fôlego, nos anos 1980, com a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que fez menção expressa aos bens e direitos de valor turístico (art. 1º, inc. III). Essa legislação sobre atividade turística guarda forte ligação com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU e também pode subsidiar as decisões acerca da destinação das obras de arte em processos criminais, baseadas nos artigos 124-A e 133-A do CPP.

O caso criminal com maior volume de apreensão de obras de arte foi o da Operação Lava Jato. E, nesse exemplo, chama atenção o fato de que quase todas as exposições das obras de arte apreendidas nos processos da Operação Lava Jato, que tramitam na Vara Federal em Curitiba, serem feitas no Museu Oscar Niemeyer (MON), em Curitiba. Somente na 79ª fase da Operação em comento, denominada “Vernissage”, foram destinadas aproximadamente 100 obras de arte ao MON, apreendidas após onze mandados de busca e apreensão em cinco cidades do Brasil cumpridos em janeiro de 2021. Dentre as obras apreendidas, foram identificadas peças de diversos artistas plásticos, dentre os quais: Adriana Varejão, Alfredo Volpi, Anna Bella Geiger, Beatriz Milhazes, Lygia Clark, Iberê Camargo, Mariana Palma, Renê Machado, Sandra Cinto, Vik Muniz. O lote se somou a outros 230 trabalhos apreendidos em fases anteriores da Lava Jato que já haviam sido destinados ao MON em Curitiba.<sup>19</sup>

Nesse sentido, a “internalização” em único museu

rier/2020-4/convencao-1970-diversidade-cultural-antes-da-letra-da-lei Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>19</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Polícia Federal entrega ao Museu Oscar Niemeyer obras apreendidas na Operação Vernissage*. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/01/policia-federal-entrega-ao-museu-oscar-niemeyer-obras-apreendidas-na-operacao-vernissage> Acesso em: 20 mar. 2021.

situado em Curitiba das obras de arte – reunidas mediante operações de busca e apreensão realizadas em diversas partes do País e até no âmbito internacional – induz à limitação do acesso e fruição do acervo pelo público em geral. Com base na liberdade de expressão cultural e artística, a distribuição provisória ou definitiva das obras apreendidas melhor se coaduna com as normas jurídicas se for feita por diversos museus, centros culturais e galerias de todo território nacional.

## 4 Considerações finais

A prestação jurisdicional, nas ações penais que versam sobre lavagem de dinheiro, e outros crimes financeiros praticados por organizações criminosas, pode alcançar a comunidade de maneira geral e o amplo acesso às obras de arte pode ser uma forma de reparação coletiva do crime, além de expressar o exercício das liberdades culturais. Os artigos 124-A e 133-A do Código de Processo Civil permitem esse modo de reparação. Mas, para que essa finalidade seja atingida, é necessário que o julgador incorpore o aparato normativo e doutrinário dos direitos e bens culturais às suas decisões em processos penais.

No cenário brasileiro, observa-se uma escassez de julgados a respeito da temática da destinação das obras de arte em processos sobre lavagem de dinheiro. Sem os casos concretos, não há possibilidade de construção jurisprudencial ou mesmo de aprofundamento no debate sobre os diversos interesses que existem em torno dessas decisões: interesses dos réus, dos credores dos réus em processos cíveis que correm paralelamente, dos entes federativos que lucram com a permanência do acervo de obras de arte em seu território, da comunidade local beneficiada com a possibilidade de visitação da coleção artística e também da sociedade como um todo.

Sem o diálogo entre os direitos culturais e a finalidade dos dispositivos 124-A e 133-A do CPP, a tendência dos atores do sistema de justiça pode continuar sendo a de considerar, como primeira opção, a destinação desses bens para leilão, com a finalidade de apuração monetária e de reparação do Estado. Certamente, as peculiaridades do processo penal e o modo de adoção de medidas repressivas e preventivas às praticas criminosas dialogam bem com a aferição financeira dos danos. Assim, a venda dos produtos adquiridos por práticas

criminosas, para angariar recursos, constitui-se uma resposta jurisdicional justa e objetiva.

No entanto, embora as decisões nesse sentido tragam um resultado prático satisfatório e aceitável, há necessidade de se compreender o alcance da prestação jurisdicional na seara penal para além da necessária repressão à prática delituosa e à responsabilização dos agentes. No caso da destinação de obras de arte, o lastro normativo e doutrinário apresentado neste estudo indica a adequação ao sistema legal da ampliação da cognição na prestação jurisdicional para também ponderar a potencialidade do acervo com base na ótica do direito cultural e dos benefícios da fruição coletiva dos bens utilizados em práticas delituosas.

## Referências

- BALLART HERNÁNDEZ, Josep; JUAN I TRESSERRAS, Jordi. *Gestión del patrimonio cultural*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Polícia Federal entrega ao Museu Oscar Niemeyer obras apreendidas na Operação Vernissage*. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/01/policia-federal-entrega-ao-museu-oscar-niemeyer-obras-apreendidas-na-operacao-vernissage> Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Paraná. *Força-Tarefa Lava Jato*. Disponível em: [https://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1\\_INIC1.pdf](https://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/09/1_INIC1.pdf) Acesso em: 01 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação penal 470*. Agravo regimental. Pedido de vista de procedimento em trâmite no juízo [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541> Acesso em: 20 mar. 2021.
- COELHO, Teixeira. O novo papel dos direitos culturais: entrevista com Farida Shaheed, da ONU. *Revista Observatório Itaú Cultural*, São Paulo, n. 11, jan./abr. 2011.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Os direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CUNHA FILHO, Humberto. *Federalismo Cultural e Sistema Nacional de Cultura: contribuições ao debate*. Fortaleza: Edições UFC, 2010.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; VALE, Matheus Costa; SILVA, Nathálya Lins. Mercado de Arte, Integridade e Due Diligence no Brasil e no MERCOSUL Cultural. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, v. 7, n. 14, p. 260-282, 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS. *Museus e turismo: estratégias de cooperação*. Brasília, DF: Ibram, 2013. Disponível em: [https://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/Museus\\_e\\_Turismo.pdf](https://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/Museus_e_Turismo.pdf) Acesso em: 20 mar. 2021.
- MACHADO, Diogo de Oliveira. Expressões artísticas do crime: lavagem de dinheiro no mercado de arte. *Cooperação em Pauta*, n. 36, fev. 2018.
- MACHADO, Máira Rocha. O sistema antilavagem de dinheiro e a cooperação internacional no Brasil. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (org.). *Impasses a aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225-249.
- NEGRI, Vicent. *A Convenção de 1970: diversidade cultural antes da letra da lei*. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/2020-4/convencao-1970-diversidade-cultural-antes-da-letra-da-lei> Acesso em: 20 mar. 2021.
- REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- RIZZO, Maria Balbina Martins de; ROSA, Ludmila Volochen da. Prevenção da Lavagem de Dinheiro e do Financiamento do Terrorismo (PLD-FT). In: CARVALHO, André Castro *et al.* *Manual de Compliance*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020.
- SALIBA, Aziz; FABRIS, Alice Lopes. O retorno dos bens culturais. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017.
- VARINE, Hugues. *As raízes do futuro: o patrimônio a serviço do desenvolvimento local*. Porto Alegre: Medianeiz, 2013.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A Justiça de Pieter Bruegel:**  
direito, violência e a venda nos  
(nossos) olhos

**Pieter Bruegel's Justice:** law,  
violence and the blindfold

Rafael Lazzarotto Simioni

Cícero Krupp

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# A Justiça de Pieter Bruegel: direito, violência e a venda nos (nossos) olhos\*

## Pieter Bruegel's Justice: law, violence and the blindfold

Rafael Lazzarotto Simioni\*\*

Cícero Krupp\*\*\*

Figura 1 – Pieter Bruegel, Justicia (1559)



Cortesia da National Gallery of Art, Washington, DC.

### Resumo

Este artigo tem o objetivo de propor uma visão jurídica original da obra de arte *Justicia*, de Pieter Bruegel, como uma imagem tridimensional que reúne, em único enquadramento, quatro temporalidades do direito. O tempo presente dos corpos da Lei, dos humanos e da Administração Judiciária; o tempo passado dos fundamentos mitológicos da Justiça e de Cristo; o futuro retrospectivo da ignorância e da cegueira relativa da Justiça; e, por fim, o tempo contingente do futuro do direito. Essa última temporalidade representa a dimensão da esperança no futuro e da utopia no direito, simbolizada pelo espaço, ainda, a ser ocupado no centro da praça dos julgamentos. Como metodologia e perspectiva teórica, utiliza-se a forma de teoria de Niklas Luhmann, a qual permite observar não apenas a relação entre os elementos que o artista desenhou, mas também entre o que ele poderia ter desenhado, mas não desenhado. Assim, conclui-se que *Justicia* é uma obra essencialmente sobre o tempo do direito, em que Bruegel nos coloca como personagens participantes de sua obra no espaço vazio, ainda não ocupado, no centro da imagem. É o espaço da esfera pública e da possibilidade de res-

\* Recebido em 15/08/2020  
Aprovado em 08/04/2021

\*\* Pós-Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Público pela Unisinos; Professor do PPGD/FDSM e do PPGB/Univás. Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Margens do Direito (PPGD/FDSM).  
E-mail: simioni@ufmg.br

\*\*\* Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo – USP. Professor do Mestrado em Constitucionalismo e Democracia da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq “Direito Internacional Crítico”. Professor de Relações Internacionais da FECAP.  
E-mail: ciceroluz@gmail.com

significação democrática do direito que queremos para o futuro.

**Palavras-chave:** Direito. Justiça. Pieter Bruegel. Violência. Direito e arte.

## Abstract

This paper aims to propose a legal view of Pieter Bruegel's masterpiece *Justicia* as a three-dimensional image that brings together, in a single framework, four temporalities of law. The present time of the bodies of Law, humans and Judicial Administration; the past time of the mythological foundations of Justice and Christ; the retrospective future of ignorance and (our) blindness of Justice; and, at last, the contingent future of Law. The latter represents the dimension of hope in the future and utopia in the study of Law, symbolized by the space still to be occupied in the center of the public trials. The methodology and theoretical perspective used in this paper is the one by Niklas Luhmann, which allows us to observe not only the relationship between the elements that the artist actually drew, but also between what he might have drawn and did not draw. Thus, this paper concludes that *Justicia* is a work essentially about the time of Law, where Bruegel places us as characters in the empty space of his work, not yet occupied, at the center of the image. It is the space of the public sphere and the possibility of democratic re-signification of Law that we want in the future.

**Keywords:** Law. Justice. Pieter Bruegel. Violence. Law and Art.

## 1 Introdução

Pintores renascentistas gostavam de representar diferentes temporalidades de um acontecimento em um mesmo enquadramento. Como uma história em quadros, distribuída e organizada em um mesmo espaço simbólico, na *Justicia* de Pieter Bruegel, o Velho narra a história de um processo judicial, mas não aquela dos ritos processuais idealizados pela dogmática do direito, tal como é contada nos manuais de direito processual, abstrata, metafísica, ascética e incorpórea. A narrativa visual de Bruegel se assemelha ao processo de Kafka: o acontecer dos rituais do direito sobre a carne humana.

A relação entre direito, discurso e corpo. Um lugar complexo, claustrofóbico, confuso e contraditório, no qual o corpo das leis se confunde com o corpo da Administração da Justiça, para inscrever seu regime de poder sobre o corpo humano.

À primeira vista, a obra de Bruegel parece ser um retrato complexo, caótico e agressivo de cenas de tortura, julgamento, execução e morte. Um retrato enciclopédico das diferentes formas de violência legal e da indiferença dos juristas sobre o destino dos condenados. E tudo isso acontecendo sob a imagem central de uma deusa, a Justiça, com uma venda nos olhos, vestida com roupas surpreendentemente antiquadas para a época, com chapéu de boba e posição de contrapeso. Uma Justiça que é deusa, mas estranhamente protegida por guardas armados, como se uma deusa precisasse de proteção. Isolada do restante dos personagens da cena, a Justiça aponta sua espada para o canto superior esquerdo da imagem, no qual se encontra a cena da crucificação de Cristo. Tudo isso em meio a imagens de burocracia, tortura, suplício e morte em uma praça pública marcada com os brasões, não mais do império, mas das oligarquias mercantes da Antuérpia do século XVI.

Comparada com a história das representações artísticas do direito ou da Justiça na cultura europeia, repleta de figuras glamorosas da deusa Themis subjungando o crime e as trevas ou de imagens bíblicas do poder do céu sobre o inferno, a *Justicia* de Bruegel apresenta-se subversiva, perigosa e satiricamente agressiva. Como obra artística, dificilmente poderíamos caracterizar esse desenho de Bruegel como “bonito” ou agradável ao olhar. Sua estética é obscura e seu conteúdo extremamente violento. Ele nos convida a experimentar a sensação de pesadelo em que se encontra a deusa da Justiça no centro da imagem, imóvel, paralisada e cega, em meio a um ritual de barbárie e vingança sobre o qual se define o direito no início da Modernidade. Um ritual de violência e crueldade instituído, paradoxalmente, em nome da Justiça que, no entanto, sequer é percebida pelos personagens da Lei.

Diferentemente de uma glorificação do direito e da justiça, Bruegel estabelece uma relação crítica entre direito e realidade. Sua obra retrata o direito não em um sentido abstrato de normas, leis, princípios. Ele desenha os efeitos do direito sobre o corpo das pessoas e sobre os modos de ocupação dos espaços físicos. Bruegel afirma, como fez em outros trabalhos, a diferença entre o



discurso e a realidade do direito. Não há nada de belo ou de sublime nisso. Essa é a realidade do direito tal como ele a enxergou em 1559, na cidade de Antuérpia, na Bélgica.

O século XVI foi um período de profundas transformações no direito e na forma da sociedade ocidental. O Mercantilismo sinalizava o início do capitalismo liberal. A Reforma Protestante substituiu os símbolos pelos textos religiosos. A Reforma Jurídica substituiu os costumes pelos textos legais. A sabedoria prudente dos nobres juristas foi substituída pela prática política dos legisladores do povo. Aurora do Estado Moderno: substituição do direito dos homens pelo direito das leis. A noção de lei escrita, como sinônimo de racionalidade e legitimidade do Estado moderno, estava nascendo ali.

Bruegel é um artista dessa época de transformações. Seu retrato do direito é o retrato das contradições, disparates e diferentes temporalidades do direito. Ele desenha os juristas obcecados com os textos ao lado dos funcionários da justiça, aparentemente obstinados trabalhadores de uma grande linha de distribuição mercante do direito, que começa com o indiciamento, a cura/tortura e termina com o suplício e morte dos seus “pacientes”. Em nome da Justiça, entretanto, ela sequer é olhada, sequer é notada pelos personagens. Todos a ignoram, embora façam tudo em nome dela. Um abismo entre o discurso e a prática do direito, uma segregação perversa entre retórica e realidade da prática jurídica.

No que segue, este artigo objetiva propor uma leitura jurídica da *Justicia* de Pieter Bruegel, o Velho (1559), como uma imagem tridimensional que reúne, em único enquadramento, três diferentes corporalidades do direito: o corpo das leis escritas, o corpo da Administração Judiciária e o corpo humano. Essas três corporalidades do direito se desdobram em três diferentes temporalidades: a) no presente, o tempo das leis (canto inferior direito), da instrução probatória (tortura no canto inferior esquerdo) e das execuções das penas (parte superior da imagem); b) no passado, o tempo dos fundamentos históricos do direito (Justiça cegada e Cristo crucificado); e c) no futuro, o tempo das consequências do direito (suplício e morte do canto superior esquerdo da imagem).

Além dessas três diferentes temporalidades do direito, que parecem tratar de três dimensões igualmente escatológicas, nossa proposta de leitura explícita, também, uma quarta dimensão, sutilmente sinalizada por Bruegel, que é d) a dimensão da esperança no futuro e

da utopia no direito. Uma dimensão, contudo, incompleta, não desenhada, apenas marcada por um espaço vazio, inacabado, diante do qual nós — eu, você, todos nós — somos convidados a participar da obra da *Justicia*, construindo, criativamente, o direito que queremos para o futuro. Um espaço não marcado pelo desenho que, justamente por isso, pode transformar as relações entre os elementos, personagens e a própria realidade do direito.

Para que tais resultados sejam alcançados, este trabalho assenta-se, como metodologia, na noção de forma de observação de Niklas Luhmann<sup>1</sup> e estabelece um diálogo com as pesquisas de Manderson<sup>2</sup>, do College of Law da Australian National University, e Resnik & Curtis<sup>3</sup>, da Yale Law School, que inauguraram um novo gênero de pesquisas na área do direito, baseado na análise e interpretação de obras de artes visuais para a compreensão e discussão de problemáticas jurídicas contemporâneas. A imagem, como a linguagem, também é uma forma de distinção que traça uma separação entre o que foi por ela indicado e o que por ela foi distinguido, como um enquadramento, diante do qual podemos entender não apenas a relação entre os elementos que o artista desenhou, mas também a relação entre o que ele poderia ter desenhado, mas não desenhado. Essa metodologia permite entender a imagem e suas relações pictóricas como uma referência discursiva dentro de um sistema de produção de sentido<sup>4</sup>. Não se trata, portanto, de uma pesquisa sobre a intenção do artista em representar o direito, mas sim de uma pergunta pela estrutura social da época que fez com que as formas e as relações escolhidas pelo artista fizessem sentido.

Entre burocracias e mitologias, violência e legitimação, condenação e punição, a *Justicia* de Bruegel revela a profunda transformação do direito medieval para o direito moderno. O direito dos juristas para o direito dos legisladores e o início dos processos de substituição da execução dramática e espetacular nas praças

<sup>1</sup> LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. México: Herder Editorial e Universidad Iberoamericana, 2005. p. 102.

<sup>2</sup> MANDERSON, Desmond. Blindness Visible: Law, Time and Bruegel's Justice. *ANU College of Law: Legal Studies Research Paper Series*, n. 18.1, p. 2-20, 2018. p. 2-20.

<sup>3</sup> RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. *Representing Justice: invention, controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*. New Haven and London: Yale University Press, 2011.

<sup>4</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A Jurisprudenz de Gustav Klimt: direito, esfera pública e violência soberana. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 5, n. 1, p. 37-68, jan./jun. 2019. p. 38.

públicas pela execução silenciosa e escondida no interior das penitenciárias modernas. Da mesma forma, a substituição da tortura e do suplício dos corpos pela ressocialização, educação e cura das almas. Antecipando quatro séculos de Realismo Jurídico, a *Justicia* de Bruegel desenha a distância que há entre o discurso jurídico e o gládio soberano, entre a retórica da legitimação da violência soberana e a realidade dessa violência inscrita nos corpos dos condenados do sistema legal.

Bruegel não deixa claro se os condenados são prisioneiros ou vítimas do sistema legal. Como os *homini sacri* de Giorgio Agamben<sup>5</sup>, seus condenados também apresentam aquela estranha ambivalência da vida nua, sacrificável, descartável, exterminável. Personagens que, diante da lei soberana, situam-se no limiar da indistinção entre *bios* e *zôé*, entre vida politicamente qualificada e vida animal desqualificada. Talvez eles sejam criminosos ou vítimas de um sistema de segregação biopolítica, talvez prisioneiros do poder soberano, mas, ao mesmo tempo, pacientes sob os cuidados da lei. Uma praça pública de realização do direito, mas também um campo de concentração simbólico de extermínio da vida nua. Bruegel é o gênio das ambivalências, como o direito moderno.

## 2 Stultitiae Laus, Das Narrenschiff, Gargantua, Pantagruel e Enchiridion Rerum Criminalium

Uma experiência visual míope talvez seja a sensação inicial que temos ao ver a *Justicia* de Bruegel pela primeira vez. Tantos elementos densamente relacionados tornam difícil entender do que se trata. O mistério por trás da sua densidade pictórica, todavia, desperta uma curiosidade, que mais parece uma aventura simbólica, de entender as relações entre os seus elementos. Como um diálogo entre literatura e teatro, os desenhos e pinturas de Bruegel são encruzilhadas nas quais se encontram cenas e encenações, crítica e sátira, paisagens e hiperatividade. É a linguagem da ambivalência, da ambiguidade.

A *Justicia* de Bruegel faz parte de uma série de gravuras encomendadas pela Editora Hieronymus Cock e impressas por Philip Galle, chamada de *As sete virtudes*<sup>6</sup>:

<sup>5</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi, 1995.

<sup>6</sup> FOOTE, Timothy. *The world of Bruegel. C. 1525-1566*. Alexandria:

prudência, caridade, fé, esperança, temperança, coragem e justiça<sup>7</sup>. Bruegel também desenhóu a série dos *Sete vícios*: preguiça, avareza, orgulho, raiva, gula, inveja e luxúria. Nas quatorze gravuras dessas duas séries, podem-se ver três importantes características do estilo de Bruegel: irreverência, ambivalência e o diálogo com a literatura da época.

Representante do Renascimento Nórdico, Bruegel viveu em Antuérpia no período em que o comércio marítimo de Portugal se expandia para as Índias e Américas. Tempo e lugar da urbanização no Norte da Europa, com a transformação das paisagens pastoris em paisagens mercantis<sup>8</sup>. Transformações nas formas de organização da religião, da política e dos modos de ocupação dos espaços públicos. Como se pode ver em *Justicia*, não há mais símbolos imperiais nos prédios públicos. No lugar deles se encontram os brasões das corporações mercantis as oligarquias mercantes pendurados no prédio da Administração Judiciária.

Bruegel é o artista de um tempo de profundas transformações. É um artista das multidões. Suas obras não versam sobre a vida de uma pessoa singular ou sobre um símbolo ou mitologema especial. Um traço marcante em sua trajetória artística é a representação das paisagens urbanizadas<sup>9</sup>, com o registro dos hábitos, mitos e culturas de uma nova forma de organização social, baseada na noção de multidão e seus processos de desidentidade, ou seja, processos de transformação dos indivíduos em populações, dos comerciantes em corporações, dos sacerdotes em ministérios e dos juizes em instituições. Todos os trabalhos de Bruegel retratam as transformações e a diversidade da vida no Norte da Europa<sup>10</sup>, entre elas visões panorâmicas das novas formas de ocupação dos espaços públicos, cartografias das

Time-Life Books, 1968, p. 80; MICHEL, Émile; CHARLES, Victoria. *Pieter Bruegel*. New York: Parkstone International, 2011, p. 14.

<sup>7</sup> O desenho original da *Justicia* de Bruegel se encontra no Print Room da Bibliothéque Royale Albert, em Bruxelas.

<sup>8</sup> GIBSON, Walter S. *Pleasant places: the rustic landscape from Bruegel to Ruisdael*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 2000, p. 18.

<sup>9</sup> GIBSON, Walter S. *Pieter Bruegel and the art of laughter*. Berkeley, Los Angeles e London: University of California Press, 2006, p. 25; ORENSTEIN, Nadine M. Pieter Bruegel, the Land, and the Peasants. In: AINSWORTH, Maryan W.; CHRISTIANSEN, Keith (org.). *From Van Eyck to Bruegel: Early Netherlandish Painting in The Metropolitan Museum of Art*. New York: The Metropolitan Museum of Art, 1988. p. 379-39. p. 379.

<sup>10</sup> MÜHLBERGER, Richard. *What makes a Bruegel a Bruegel?* New York: The Metropolitan Museum of Art e Viking, 1993, p. 20.

relações entre as pessoas e os espaços urbanos e catálogos iconográficos de tipos, atitudes e comportamentos sociais. *Justitia* também é um desses catálogos: uma enciclopédia das formas de violência legal.

As cenas de tortura e punição desenhadas por Bruegel surpreendem porque não se tratam, apenas, de procedimentos legais da Idade Média ou de uma ilustração de *Vigiar e punir* de Michel Foucault<sup>11</sup>. Uma cadeira elétrica, a injeção letal, a bomba atômica<sup>12</sup> ou a fotografia dos prisioneiros de Guantánamo, suspeitos de terrorismo contra os EUA, fazem parte do mesmo sistema de discursividade. Nem precisamos, por óbvio, lembrar da câmara de gás e dos campos de concentração nazistas ou das periferias das grandes cidades brasileiras. O desenho de Bruegel estabelece uma ressignificação do direito que está muito além do seu tempo. Comparado com o extermínio de crianças e demais inocentes nas guerras e favelas do nosso tempo, a obra de Bruegel parece ser um eufemismo da violência soberana.

Diferentemente das críticas subversivas de Bosch à moralidade religiosa<sup>13</sup>, Bruegel coloca em oposição o mito e a realidade, o mundo do ser e o do desejo de ser, as falsas idealizações e as experiências escondidas ou negadas por elas. Sua linguagem é a do humor satírico e da contradição entre o mundo dos ideais e o mundo real<sup>14</sup>. Não apenas seus personagens, mas sua obra toda se estabelece sob a imagem de um “enquadramento bipolar”<sup>15</sup>, um cruzamento entre literatura e teatro, cena e cenário, elemento e ambiente. Tudo em Bruegel é ambivalente e irreverente.

Na série das sete virtudes e dos sete vícios, Bruegel desenha imagens contraditórias, ambíguas. Na *Temperança*, ele retrata a prática das sete ciências liberais: Aritmética, Música, Retórica, Astronomia, Geometria, Lógica e Gramática. O que vemos em cada grupo, porém, é

justamente a ausência de temperança<sup>16</sup>. Os atores que representam a Retórica incluem pessoas com chapéus de tolos e se encontram isolados, por um toldo, de um mundo em decadência. Os filósofos falam ao mesmo tempo. Os músicos tocam todos os instrumentos ao mesmo tempo. Os astrônomos tentam medir, com instrumentos estáticos, um mundo em movimento. Os geômetras calculam o ângulo de uma torre que lembra a Torre de Pisa, na Itália. Os leitores leem cada um o seu próprio livro e, no centro, a Temperança ignorada, deslocada. Ninguém sequer olha para ela. Na *Temperança* de Bruegel o que reina de fato é a confusão.

O mesmo se aplica às gravuras dos sete vícios: em *Preguiça*, Bruegel retrata a desídia em uma imagem contraditoriamente hiperativa. Uma incrível contradição entre a sonolência e imobilidade dos seus personagens que, considerados em seu conjunto, formam uma cena repleta de ação. As demais virtudes e vícios seguem a mesma linguagem contraditória e ambivalente. Em *Justitia*, do mesmo modo, vemos a ambiguidade entre uma prática jurídica baseada na justiça que, na realidade, é uma brutal injustiça.

A linguagem pictórica de Bruegel dialoga com três importantes referências literárias da época: *Stultitiae Laus* de Erasmus, *Das Narrenschiff* de Brant, as histórias de *Gargantua e Pantagruel* de Rabelais e *Enchiridion Rerum Criminalium* de Damhoudere. Do *Stultitiae Laus* (Elogio da Loucura), de Erasmo de Roterdã<sup>17</sup>, originalmente publicado em 1511, Bruegel utiliza a linguagem da ambivalência do significado das coisas<sup>18</sup>. Essa ambiguidade é uma marca característica do seu olhar artístico<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.

<sup>12</sup> KLEIN, H. Arthur. *Graphic worlds of Pieter Bruegel the Elder*. Mineola: Dover Publications, 1963, p. 487.

<sup>13</sup> FOOTE, Timothy. *The world of Bruegel. C. 1525-1566*. Alexandria: Time-Life Books, 1968, p. 42; ORENSTEIN, Nadine M. *Pieter Bruegel, the Elder: Drawings and Prints*. New York e New Haven: Metropolitan Museum of Art e Yale University Press, 1981, p.14.

<sup>14</sup> DAVIS, Howard McParlin. Fantasy and irony in Peter Bruegel's prints. *The Metropolitan Museum of Art Bulletin*, n. 10, p. 291-295, 1943. p. 292; ANFAM, David. De Kooning, Bosch and Bruegel: some fundamental themes. *The Burlington Magazine*, v. 145, n. 1207, p. 705-715, out. 2003. p. 705.

<sup>15</sup> BOUCQUEY, Thierry. *Mirages de la farce: fête des fous, Bruegel et Molière*. Amsterdam; Philadelphia: John Benjamins, 1991. p. 14.

<sup>16</sup> TOLNAY, Charles De. *The Drawings of Pieter Bruegel the Elder*. London: Zwemmer, 1952, p. 61.

<sup>17</sup> ROTERDAM, Erasmo de. *Stultitiae Laus*. Basileia: Gottl. Beckerus, 1780, p. 95.

<sup>18</sup> Na tradução para a língua portuguesa do texto de Roterdã (1992, p. 56) podemos encontrar a chave da ambivalência da linguagem pictórica de Bruegel: “Todas as coisas humanas têm dois aspectos, à maneira dos Silenos de Alcebiades, que tinham duas caras completamente opostas. Por isso é que, muitas vezes, o que à primeira vista parece ser a morte, na realidade, observando com atenção, é a vida. E assim, muitas vezes, o que parece ser a vida é a morte; o que parece belo é disforme; o que parece rico é pobre; o que parece infame é glorioso; o que parece douto é ignorante; o que parece robusto é fraco; o que parece nobre é ignóbil; o que parece alegre é triste; o que parece favorável é contrário; o que parece amigo é inimigo; o que parece salutar é nocivo; em suma, virado o Sileno, logo muda a cena.” ROTERDAM, Erasmo de. *Stultitiae Laus*. Basileia: Gottl. Beckerus, 1780. p. 95.

<sup>19</sup> BERGAMASCHI, Giovanna et al. *Bruegel: regards sur la peinture*. Paris: Fabbri, 1988. p. 3.



Nada é o que parece ser. Tudo tem um duplo sentido, incerto, contingente. Nas *Sete virtudes* e nos *Sete Vícios*, mas também nos *Jogos infantis*, *Torre de Babel* e outros, os personagens estabelecem relações cotidianas e, ao mesmo tempo, fantásticas: bem e mal, paz e violência, prudência e fortuna, fé e servidão, temperança e loucura, justiça e violência, todos os valores antagônicos do seu tempo se encontram nas encruzilhadas dos seus desenhos e pinturas.

A sátira no olhar de Bruegel parece estabelecer um correlato à literatura irreverente de François Rabelais<sup>20</sup>. *Gargantua*<sup>21</sup> e *Pantagruel*<sup>22</sup>, originalmente publicadas em 1532, são duas obras que narram a história de gigantes bonachões, divertidos e glutões. São histórias que combinam feitos épicos com imagens grotescas, cômicas e delirantes. Porém, não é apenas a irreverência que se encontra presente em Bruegel e Rabelais. Como Bruegel, Rabelais também se divertia em compilar catálogos de práticas sociais e outras extravagâncias observacionais<sup>23</sup>. A referência ao folclore da sua época e a combinação entre mitos e verdades também é uma característica de Rabelais<sup>24</sup>, cujo correlato visual pode ser observado na obra de Bruegel. Rabelais, talvez, seja um dos primeiros romancistas do desencantamento do mundo, do abismo que separa nossos ideais da realidade social. As pinturas de Bruegel possuem a mesma característica. São formas de comunicação que se recusam a moralizar ou romantizar o mundo.

A venda nos olhos da deusa da Justiça foi uma grande novidade na época. Em toda a história da arte, talvez a primeira representação artística da Justiça cega seja a ilustração, realizada na forma de crítica, de uma Justiça com os olhos vendados por um bobo, publicada no *Das Narrenschiff, A Nau dos Insensatos*, de Sebastian Brant<sup>25</sup>, originalmente publicado em 1494. Inicialmente como sátira, a venda nos olhos da Justiça tornou-se o símbolo

de uma virtude, a virtude da imparcialidade. Na época de Bruegel, entretanto, a cegueira da justiça ainda era uma crítica, uma forma satírica de simbolizar a ignorância e a vulnerabilidade da Justiça dentro do sistema da Administração Judiciária.

A combinação entre o uso de figuras ambivalentes no estilo de Erasmus com a irreverência de Rabelais e a sátira de Brant permitirá a Bruegel diferenciar-se de outros artistas importantes do Renascimento Nórdico, como Van Eycks, Bosch, Dürer, Altdorfer, Layden e outros<sup>26</sup>. No caso específico de *Justicia*, além da presença dessas três chaves de leitura que marcam a linguagem pictórica de Bruegel, outra referência importante é a doutrina de direito penal da época nos Países Baixos, provavelmente a *Enchiridion Rerum Criminalium*<sup>27</sup> de Joost de Damhoudere, publicada originalmente em 1551 e em 1575 atualizada sob o título de *Praxis Rerum Criminalium*<sup>28</sup>. Damhoudere escreveu uma espécie de manual do direito criminal ilustrado, com gravuras que simbolizam os tipos penais da época, além de algumas cenas de tortura. Dentre elas, a gravura da “cura pela água”<sup>29</sup>, que pode ter sido uma referência visual importante para Bruegel<sup>30</sup>, dada a semelhança entre a forma de organização e as relações entre os elementos (Figura 2).

Ao mesmo tempo, a obra de Bruegel não se limita a estabelecer um diálogo ou um correlato visual da literatura da época. *Justicia* possui relações complexas e pelo menos quatro diferentes camadas de significação, as quais queremos organizar sob a forma de quatro diferentes temporalidades do direito: a) o tempo presente

<sup>20</sup> PAYRÓ, Julio E. El juicio del siglo XX. In: GROTE, Andreas; PAYRÓ, Julio E. *Bruegel: pinacoteca de los genios*. Buenos Aires: Editorial Codex, 1964. p. 28; MANDERSON, Desmond. Blindness Visible: Law, Time and Bruegel's Justice. *ANU College of Law: Legal Studies Research Paper Series*, n. 18.1, p. 2-20, 2018. p. 10.

<sup>21</sup> RABELAIS, François. *Gargantua*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1980.

<sup>22</sup> RABELAIS, François. *Pantagruel*: Rei dos Dipsodos. Lisboa, Frenesi, 1997.

<sup>23</sup> BAKHTIN, Mikhail. *Rabelais and His World*. Bloomington: Indiana University Press, 1984. p. 117.

<sup>24</sup> BAKHTIN, Mikhail. *Rabelais and His World*. Bloomington: Indiana University Press, 1984. p. 438.

<sup>25</sup> BRANT, Sebastian. *A nau dos insensatos*. São Paulo: Octavo, 2010, p. 71.

<sup>26</sup> CUTTLER, Charles D. *Northern painting: from Pucelle to Bruegel. Fourteenth, Fifteenth, and Sixteenth Centuries*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1968, p. 479; CAHAN, Claudia Lyn; RILEY, Catherine. *Bosch-Bruegel: and the Northern Renaissance*. New York: Avenel Books, 1980, p. 10; CHAPUIS, Julien. Early Netherlandish painting: shifting perspectives. In: AINSWORTH, Maryan W.; CHRISTIANSEN, Keith (org.). *From Van Eyck to Bruegel: Early Netherlandish Painting in The Metropolitan Museum of Art*. New York: The Metropolitan Museum of Art, 1988. p. 3-22. p. 9.

<sup>27</sup> DAMHOUDERE, Joost de. *Enchiridion Rerum Criminalium*. Louvain: Stephani Gualtheri & Ioannis Bathenii, 1554.

<sup>28</sup> DAMHOUDERE, Joost de. *Praxis rerum criminalium*: Gründtliche und rechte nderweysung welcher massen in Rechtfertigung peinlicher Sachen. Franckfurt am Mayn: N. Bassee, 1575.

<sup>29</sup> DAMHOUDERE, Joost de. *Enchiridion Rerum Criminalium*. Louvain: Stephani Gualtheri & Ioannis Bathenii, 1554, p. 103.

<sup>30</sup> RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. *Representing Justice: invention, controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*. New Haven and London: Yale University Press, 2011, p. 435; MANDERSON, Desmond. Blindness Visible: Law, Time and Bruegel's Justice. *ANU College of Law: Legal Studies Research Paper Series*, n. 18.1, p. 2-20, 2018. p. 4.

dos corpos da Lei, dos humanos e da Administração Judiciária; b) o tempo passado dos fundamentos mitológicos da Justiça e de Cristo; c) o futuro retrospectivo da ignorância e da (nossa) cegueira da Justiça; e d) o tempo (em aberto) do futuro do direito.

### 3 O presente dos corpos: da assinatura dos documentos aos corpos em sofrimento

Com um estilo pictórico que dialoga com a forma de organização enciclopédica das pinturas de Bosch<sup>31</sup>, Bruegel desenha uma obra que, cinco séculos depois, permanece atual, provocante e surpreendente. Uma cena de tortura na parte esquerda, conhecida na época como “a cura pela água”, usada na França e Países Baixos até o século XVII<sup>32</sup>. Na direita, advogados e juizes obcecados pelos textos jurídicos. Na parte superior, diversas formas de execução das penas. No centro inferior da imagem, uma deusa da Justiça isolada, cegada e ignorada tanto pelos juristas quanto pela população. Ela aponta sua espada para um Cristo crucificado, distante, despersonalizado, quase confundível com o cenário de morte daquele deserto de forcas, piras e rodas de despeçamento. No centro da imagem, todavia, um espaço vazio. Um lugar ainda a ser ocupado.

O que significam seus personagens? O que estão fazendo? Por que há sujeitos com chapéus e outros com suas cabeças descobertas? Por que há uma vela acesa no chão da cena de tortura se a imagem parece remeter a um acontecimento à luz do dia? O que significa o crucifixo nas mãos do condenado? Qual a relação entre o Cristo crucificado no canto superior esquerdo da imagem e a Justiça isolada, cegada e imobilizada no centro da imagem? Por que as correntes aos pés da Justiça estão quebradas?

O texto em latim inscrito na base da gravura é uma referência ao *Enchiridion Rerum Criminalium* de Damhoudere<sup>33</sup>, publicado originalmente em 1551, na Bélgica. A

frase significa, em uma tradução livre: “o objetivo da lei é corrigir aquele que é punido; ou melhorar os outros pelo seu exemplo; ou ainda remover os malfeitores para promover mais segurança para a população”<sup>34</sup>. A mensagem do texto, em contraste com a imagem do desenho, faz o discurso jurídico de justificação parecer um disparate. O texto afirma o discurso jurídico de legitimação da violência, enquanto o desenho afirma a barbárie, irracionalidade, caos e loucura daquilo que se faz em nome do direito e da justiça. O desenho ilustra um cenário de exercício da vingança, mas a frase afirma que não se trata de vingança, e sim da promoção da proteção da sociedade.

Seguindo uma ordenação temporal, pode-se começar pelo quadrante inferior direito: uma cena de julgamento. Um juiz, reconhecido pela vara que simboliza a autoridade, lê uma sentença condenatória. Seis jurados nobres encontram-se sentados na sala de audiência<sup>35</sup>. Embaixo de um dos bancos um cão dorme tranquilamente. Há cães na praça e chifres de alce pendurados no lustre, simbolizando o direito à caça da nobreza da época<sup>36</sup>. O campo do direito tem dono: é a nobreza. Suas marcas e símbolos ocupam os espaços da Administração Judiciária.

O acusado, sem chapéu, com a cabeça descoberta, segura um crucifixo, que simboliza uma sentença de morte: a pena capital<sup>37</sup>. Ao lado dele, alguém igual ao réu, talvez uma testemunha, talvez um familiar, suplica por clemência ao juiz. Todas as autoridades usam chapéus, de acordo com a dignidade da sua posição social. O acusado e seu companheiro são os únicos que não possuem chapéus. Os advogados, no canto inferior do desenho, encontram-se obcecados pelos textos jurídicos e sequer levantam os olhos para enxergar a realidade do que está acontecendo. Do mesmo modo, fixado nos textos jurídicos, o oficial escrevente toma nota da sentença prolatada pelo magistrado. Cinco pessoas curiosas observam o julgamento, enquanto um guarda armado de espada segura firme a corda que acabou de prender à

<sup>31</sup> DAVIS, Howard McParlin. Fantasy and irony in Peter Bruegel's prints. *The Metropolitan Museum of Art Bulletin*, n. 10, p. 291-295, 1943. p. 291.

<sup>32</sup> MANDERSON, Desmond. Blindness Visible: Law, Time and Bruegel's Justice. *ANU College of Law: Legal Studies Research Paper Series*, n. 18.1, p. 2-20, 2018. p. 5.

<sup>33</sup> DAMHOUDERE, Joost de. *Enchiridion Rerum Criminalium*. Louvain: Stephani Gualtheri & Ioannis Bathenii, 1554.

<sup>34</sup> No original em latim: “Scopus legis est; aut ut eum que[m] punit emendet, aut poena eius caeteros meliores reddet aut sublati malis caeteri securiores vivant.” Esta inscrição aparece tanto na impressão de Philip Gale, quanto no desenho original de Bruegel.

<sup>35</sup> BURMEISTER, Karl Heinz. “La Justicia” de 1559 de Pieter Brueghel el Viejo. *Pensamiento Jurídico*, n. 24, 2009. p. 23.

<sup>36</sup> BURMEISTER, Karl Heinz. “La Justicia” de 1559 de Pieter Brueghel el Viejo. *Pensamiento Jurídico*, n. 24, 2009, p. 26.

<sup>37</sup> KLEIN, H. Arthur. *Graphic worlds of Pieter Bruegel the Elder*. Mineola: Dover Publications, 1963, p. 490.

cintura e aos braços do condenado.

A rotina forense do direito, porém, não termina ali na sentença de morte. Ela continua no quadrante inferior esquerdo, com a prática da “cura pela água”<sup>38</sup>. A cena de tortura, na época, possuía uma estranha ambivalência: ela era tanto uma cura pelo castigo, quanto um meio de prova. Por isso, ela não deve ser lida como momento necessariamente posterior à sentença. Muitas vezes a tortura era uma prática utilizada na fase da instrução probatória do processo. As ordálias eram práticas comuns no direito medieval para comprovar a culpa ou inocência dos acusados de determinados crimes, especialmente dos crimes de difícil comprovação, como a bruxaria, heresia e outras anormalidades e subversões ao regime de verdade da época.

Na *Enchiridion Rerum Criminalium* de Joost Damhoudere<sup>39</sup> (Figura 2), encontra-se uma ilustração semelhante da “cura pela água” de Bruegel. Tanto em Damhoudere quanto em Bruegel, o acusado ou condenado encontra-se amarrado ao *parquet* para receber a água em seu estômago, em quantidade suficiente para inchar o corpo, mas sem comprometer a vida. Em ambos o juiz também pode ser identificado pela varinha que simboliza a autoridade. Ele dá instruções para o meirinho sobre o modo de cumprir a sentença, enquanto dois nobres jurados discutem sobre o futuro êxito do remédio processual para a cura/tortura do paciente.

<sup>38</sup> Segundo a leitura de Burmeister do texto holandês do *Enchiridion Rerum Criminalium*, que era o código penal vigente na época, promulgado em 1554, a cura pela água devia ser feita do seguinte modo: “deve-se despir o paciente, atar as duas mãos às costas e deitá-lo em um banco estreito, mais estreito que seu corpo, com as costas para baixo e o estômago para cima (apenas as partes vergonhosas devem ser cobertas com um pano de linho), o dedão de cada pé deve ser amarrado com uma corda, para que o corpo possa ser esticado com instrumentos parecidos a uma roda de pinhão. câmaras vio, lembrar das cdos no lustre, que simbolizam a nobreza da despedaçar. o cho deais da realidade social. Assim se pode introduzir uma pequena flange na boca para introduzir água fria até que o corpo esteja inchado, e isso com a frequência e a duração que o juiz e seus jurados acreditem que o corpo possa suportar sem grande perigo. BURMEISTER, Karl Heinz. “La Justicia” de 1559 de Pieter Brueghel el Viejo. *Pensamiento Jurídico*, n. 24, 2009. p. 24.

<sup>39</sup> DAMHOUDERE, Joost de. *Enchiridion Rerum Criminalium*. Louvain: Stephani Gualtheri & Ioannis Bathenii, 1554, p. 103.

Figura 2 – Joost Damhoudere, *Enchiridion Rerum Criminalium* (1554).



Em ambas representações, os funcionários da Justiça realizam com zelo suas sinistras atividades. Um traz o balde com água, outro segura o funil cuidadosamente encaixado na garganta do condenado, enquanto um terceiro despeja, com esmero, uma vasilha de água. No chão encontram-se objetos necessários para aquele tipo de tortura. Em Bruegel, entretanto, diferentemente de Damhoudere, há também uma vela acesa, a qual era utilizada para aquecer a gordura de toucinho fervente, que era pingada sobre a pele do torturado<sup>40</sup>. Observa-se que um dos funcionários da Justiça pinga um líquido quente sobre as pernas do prisioneiro. E não é só: a vela, em Bruegel, também simboliza que a tortura era uma prática furtiva, realizada às escondidas, nos porões escuros dos calabouços<sup>41</sup>.

Bruegel sinaliza, com essa estranha vela à luz do dia, que a prática da tortura não é, na realidade, uma cura,

<sup>40</sup> BURMEISTER, Karl Heinz. “La Justicia” de 1559 de Pieter Brueghel el Viejo. *Pensamiento Jurídico*, n. 24, 2009, p. 24.

<sup>41</sup> BURMEISTER, Karl Heinz. “La Justicia” de 1559 de Pieter Brueghel el Viejo. *Pensamiento Jurídico*, n. 24, 2009, p. 24.



e o acusado, sob os cuidados da lei, não é seu paciente. Ela é violência e crueldade. Na obra de Bruegel, essa violência acontece ao lado dos advogados e na frente do juiz e dos oficiais da Justiça. A barriga inchada da vítima sinaliza essa importante diferença em relação à xilogravura de Damhoudere: em Bruegel, o prisioneiro é vítima de tortura e não paciente da cura pela água. No nível dos discursos jurídicos, os acusados são pacientes e há remédios processuais. Sob os cuidados do direito, os acusados recebem sanções terapêuticas, condenações educativas. No nível da realidade do direito, contudo, Bruegel retrata a brutalidade dos dispositivos do direito sobre o corpo do prisioneiro.

Após a “cura pela água”, como uma história em quadrinhos, a narrativa visual parte para um eixo vertical e continua no quadrante central esquerdo, no qual o condenado, de joelhos e segurando o crucifixo com as duas mãos, receberá sua sentença de morte. O juiz e um médico observam enquanto um padre reza uma benção ao condenado a uma distância segura dos respingos de sangue<sup>42</sup>. Trata-se da jornada de um condenado na linha de produção do direito, de uma indústria administrativa em um tempo anterior à invenção da indústria.

Enquanto isso, os advogados continuam sem olhar ao redor. Não enxergam o que está acontecendo. Eles só olham para seus papéis. Documentos, contratos, escrituras, textos legais. Os advogados tornaram-se legalistas. No quadrante central à direita, em uma sala escura, outro condenado amarrado é conduzido coercitivamente para sua sentença, que se desdobra na cena ao lado, com sua mão amputada pela faca de açougueiro do oficial da Justiça. Também naquele julgamento, os advogados encontram-se com suas cabeças baixas, concentrados apenas nos textos jurídicos.

Continuando a saga do direito, um pouco para frente, no centro da imagem, um homem é pendurado em uma *mancuerda*<sup>43</sup>, que na Baixa Idade Média era utilizada para elevar o corpo de um criminoso no alto de uma viga de madeira com as mãos e os tornozelos amarrados às costas, por meio de uma corda que ao mesmo tempo sustentava o corpo. Deixava-se o corpo cair em queda livre, mas sem atingir o chão, travando a corda a uma altura adequada para deslocar todos os membros

do seu corpo. Ainda mais adiante, à esquerda, outro tipo de punição: a flagelação. O delinquente fica amarrado ao pelourinho, com o corpo nu, para ser chicoteado por um verdugo. No chão encontram-se suas roupas e um chicote reserva, para o caso de um deles se despedaçar.

Nos quadrantes superiores, acontece o desdobramento de outras formas de condenação: pira, forcas e rodas de despedaçamento. A intensidade dos castigos aumenta. No fundo, uma multidão sem identidade, sem rostos, comandada por soldados em meio a um campo de extermínio, com executados agora sem rostos, sem identidades, indistintos sob a distância dos nossos olhos e dos olhos da Administração Judiciária. Soldados e indivíduos estão de costas e caminham em direção ao futuro, movimentam-se em direção a uma terra deserta, marcada pelo caos, morte e corvos. Se compararmos a *Justicia* de Bruegel com a utopia dos *Effetti del buon Governo in città* de Ambrogio Lorenzetti<sup>44</sup>, a narrativa pictórica de Bruegel parece ser um inferno. Um processo que começa com a assinatura de documentos e termina com corpos em sofrimento.

## 4 O passado dos mitos: justiça cega e Cristo crucificado

A deusa da Justiça, no centro da imagem, como uma figura totêmica, parece estar absolutamente deslocada, cega, paralisada. Ninguém olha para ela. Todos a ignoram. Ela parece representar apenas o papel de um discurso antiquado no teatro da loucura do direito. Um recurso puramente retórico para legitimar a violência e a brutalidade do poder. A figura da Justiça nos faz sentir a experiência de um pesadelo freudiano, no qual ficamos paralisados ou deslocados, enquanto todos estão surdos ou cegos para nós.

Barnouw<sup>45</sup> percebeu que a espada da Justiça aponta para o Cristo crucificado. Ela podia apontar para qualquer lugar da cena, mas Bruegel escolheu um alvo: Jesus Cristo crucificado. Qual a relação entre Justiça e Cristo? O que isso significa? Por que Bruegel conectou essas duas figuras, isoladas e ignoradas, por meio de uma linha imaginária comandada pela espada da Justiça?

<sup>42</sup> KLEIN, H. Arthur. *Graphic worlds of Pieter Bruegel the Elder*. Mineola: Dover Publications, 1963, p. 491.

<sup>43</sup> BURMEISTER, Karl Heinz. “La Justicia” de 1559 de Pieter Bruegel el Viejo. *Pensamiento Jurídico*, n. 24, 2009, p. 26.

<sup>44</sup> LORENZETTI, Ambrogio. *Effetti del buon Governo in città*. Siena: Palazzo Pubblico de Siena, 1338-1340.

<sup>45</sup> BARNOUW, Adrian J. *The fantasy of Pieter Bruegel*. New York: Lear Publishers, 1947. p. 32.

Cristo foi uma fonte e também vítima da Justiça de sua época. Ele transformou o conceito da justiça antiga, baseada na vingança, na *Lex Talionis*, em um novo conceito de justiça baseado no amor e no perdão. Redenção e sofrimento, culpa e perdão. A posição de Cristo e das duas mulheres em luto ao pé da cruz conecta seu olhar aos executados no campo de morte e não aos funcionários do direito. Situado em uma posição distante da praça dos julgamentos, Cristo parece ser uma figura do passado, um fundamento antigo do direito, uma memória destruída pelos textos jurídicos. Ao mesmo tempo, entretanto, Cristo está de costas para nós, simbolizando o futuro. Como um paradoxo iconográfico, Cristo representa o passado e o futuro ao mesmo tempo. Futuro pretérito, “futuro anterior”<sup>46</sup>, futuro retrospectivo: uma relação entre passado e futuro que apenas se dá na simultaneidade do presente.

De modo semelhante à ambiguidade temporal do Cristo crucificado, a Justiça também é desenhada por Bruegel como uma figura absolutamente anacrônica. Suas roupas são antiquadas para a época. Seu chapéu bicórneo é um chapéu de tolos ou de cortesãos<sup>47</sup>. Sob seus pés, todavia, uma corrente com elos quebrados simboliza a ruptura com o passado, a destruição da memória<sup>48</sup>. A corrente ao pé da Justiça simboliza as correntes da lei. A união do presente com o passado, da lei com a justiça, do mundo prático com a experiência histórica. Bruegel desenhou a corrente quebrada: a ruptura do direito escrito com o direito consuetudinário, a transformação dos referentes do direito no final da Idade Média, a substituição dos fundamentos históricos do direito pelos textos legais.

Porém, a Justiça, tal como Cristo, também apresenta um paradoxo iconográfico: por um lado, ela é apresentada como antiquada, uma figura do passado, substituída pela autossuficiência dos textos jurídicos e pela racionalidade burocrática da Administração da Justiça, por outro lado, a sua posição é de contrapeso, como quando

estamos prestes a realizar um movimento. Observa-se que a posição dos pés da Justiça não é a posição de alguém que está parado, mas de alguém que está prestes a se movimentar, como se a imagem fosse uma fotografia do exato momento anterior à realização de uma ação: um golpe de espada? Um passo em direção à vítima da tortura? Ou apenas a descida do degrau no qual se encontra? A Justiça é apresentada como uma figura anacrônica ao direito, mas ao mesmo tempo está com as correntes da memória quebradas e prestes a realizar alguma coisa, prestes a construir futuro.

As figuras de Cristo e da Justiça são ambas representações anacrônicas nesse mundo do direito. São duas figuras que parecem estar “fora de moda” no novo regime de verdade do direito, que é o regime das leis escritas. Cristo e Justiça tornaram-se discursos fora do mundo, isolados do mundo do direito, como se não pertencessem mais a esse mundo das leis escritas, sem passado e sem história. Direito Canônico e Direito Natural tornaram-se meros discursos e recursos retóricos no jogo das práticas jurídicas.

Há uma encruzilhada simbólica na *Justicia* de Bruegel: a origem do direito não dialoga mais nem com sua finalidade, tampouco com o que estamos fazendo dele hoje. Cristo está de costas para a praça dos julgamentos. E a Justiça, do mesmo modo, também não a enxerga, porque seus olhos estão vendados. Nenhum dos outros personagens também olha para Cristo ou para a Justiça. Eles tornaram-se indiferentes no mundo do direito. Eles estão ali, no processo, presentes e conectados entre si, mas são figuras anacrônicas, retóricas e totêmicas que não desempenham mais um papel fundamental sobre a prática jurídica.

O verdadeiro fundamento do direito em Bruegel é a própria organização judiciária, a Administração da Justiça, a máquina administrativa gigantesca que faz seu trabalho sem sequer perguntar por que e para que. Indivíduos são torturados e mortos pelo espetáculo dos rituais do direito e não por Justiça ou Redenção. O suplício tornou-se a materialização do gládio que simbolizava o poder soberano. Não há mais nenhuma finalidade racional nessa prática jurídica, tampouco um fundamento que a legitime como prática justa. Tal como o seu *Jogos infantis*, *Justicia* também constitui a enciclopédia visual dos jogos instrumentais e irracionais<sup>49</sup>,

<sup>46</sup> DERRIDA, Jacques. *De la grammatologie*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1967, p. 14; DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le “Fondement mystique de l’autorité”*. Paris: Galilée, 1994, p. 88.

<sup>47</sup> RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. *Representing Justice: invention, controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*. New Haven and London: Yale University Press, 2011, p. 72; SNOW, Edward. *Inside Bruegel: The play of images in Children’s Game*. New York: North Point Press e Farrar, Straus and Giroux, 1997, p. 164.

<sup>48</sup> MANDERSON, Desmond. *Blindness Visible: Law, Time and Bruegel’s Justice*. *ANU College of Law: Legal Studies Research Paper Series*, n. 18.1, p. 2-20, 2018. p. 10.

<sup>49</sup> SNOW, Edward. *Inside Bruegel: The play of images in Children’s Game*. New York: North Point Press e Farrar, Straus and Giroux,

sem uma finalidade que não seja a pura diversão. Enquanto, em *Jogos infantis*, os brinquedos são inofensivos, em *Justícia* os brinquedos são letais, para o prazer lúdico e sádico da Lei soberana.

Contra a fundamentação teológica da violência soberana de Jean Bodin, mas também contra a correlação pagã entre *virtu* e *fortuna* de Maquiavel, a *Justícia* de Bruegel demonstra que a sorte dos corpos é comandada não pela *fortuna*, tampouco pela *virtu* soberana ou uma vontade divina, mas pela Administração da Justiça. A virtude do sujeito se desloca para a virtude da organização judiciária. *Opus operatum* e *opus operantis*<sup>50</sup>. E, antecipando-se em quase um século à fundamentação do Poder Soberano de Hobbes, Bruegel ressignifica a violência soberana, não no estado de natureza selvagem ou de barbárie, e sim nos procedimentos, rituais, instrumentos, aparelhos e dispositivos da racionalidade burocrática da Administração. A violência soberana é uma violência que se exerce administrativamente e não anarquicamente.

As figuras de Cristo crucificado e da Justiça com os olhos vendados permite a Bruegel estabelecer, também, uma oposição entre justiça e verdade no direito. Uma contradição entre o que as pessoas e instituições dizem e o que realmente fazem, em nome da Justiça, nos corpos humanos e nos espaços públicos das instituições jurídicas. Como uma grande fábrica de violência soberana, a Justiça não é mais uma unidade coerente, mas uma diversidade incoerente: uma multidão. Ela não é mais o fruto de um ideal mitológico ou de uma autoridade divina, e sim o produto de uma multidão de pessoas, rituais e instituições: fábricas, dispositivos, operadores maquínicos<sup>51</sup> de violência soberana.

Cada personagem está preocupado, apenas, com os detalhes do seu próprio trabalho<sup>52</sup>, da sua própria atribuição funcional, sua competência. É o estereótipo da repartição pública, do Estado burocrático. Os advogados, também, estão totalmente absorvidos nos textos, contratos e escrituras. Eles, também, não enxergam a

realidade. Ninguém a enxerga.

Bruegel mostra que a violência não brota do estado selvagem ou da barbárie que iria fundamentar, sob a metáfora do Leviatã de Hobbes, o Estado moderno, mas da capacidade do homem de se organizar em procedimentos e instrumentos racionais de administração e controle da violência soberana. A violência não é anárquica. Pelo contrário, ela é burocrática, racional, administrativa, manipulada pelos discursos que os homens da lei fazem a respeito da Justiça e de Cristo. Por trás das aparências dos símbolos da Justiça e de Cristo, o direito é violência. Violência racionalizada, administrada, burocratizada. Cristo e Justiça tornaram-se, apenas, duas figuras anacrônicas: o novo mundo do direito é o mundo das leis escritas, sem passado, sem memória, sem história. Cristo crucificado e a Justiça tornaram-se símbolos do passado, diante dos quais a indiferença dos personagens representa a negação da história.

## 5 O futuro retrospectivo: a venda nos olhos da Justiça (e nos nossos)

Cristo crucificado está de costas para nós. Ele não nos olha. Seu olhar está voltado aos campos de extermínio. Ele olha para o futuro. Do mesmo modo, a Justiça também não olha, nem para nós, tampouco para o que está acontecendo ao seu redor. Seus olhos estão vendados. Ignorante e ignorada por todos, a Justiça, como Cristo, encontra-se isolada e distante da realidade. A venda nos olhos da Justiça, diferentemente da representação simbólica de hoje, não significava imparcialidade ou qualquer outra virtude do direito. Pelo contrário, a venda foi pensada, em suas origens, como crítica à ignorância da Administração Judiciária diante da manipulação e má-fé dos advogados.

Albrecht Dürer, pintor do Renascimento Nórdico, talvez tenha sido um dos primeiros artistas a representar a Justiça com os olhos vendados. Publicada em 1494, essa xilogravura (Figura 3), a ele atribuída, realizada para ilustrar o *Das Narrenschiff* de Sebastian Brant<sup>53</sup>, apresenta a Justiça sendo vendada por um tolo. Trata-se de uma sátira, pensada como crítica ao que os advogados fazem em nome da Justiça<sup>54</sup>. Uma simbolização da má-fé ou

1997, p. 166.

<sup>50</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Opus operatum e opus operantis*: quando a validade do direito se desconecta da virtude de quem o aplica. *Estudos de Religião*, v. 32, n. 2, p. 139-161, maio/ago. 2018. p. 141.

<sup>51</sup> DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia 1*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 17.

<sup>52</sup> MANDERSON, Desmond. *Blindness Visible: Law, Time and Bruegel's Justice*. *ANU College of Law: Legal Studies Research Paper Series*, n. 18.1, p. 2-20, 2018. p. 12.

<sup>53</sup> BRANT, Sebastian. *A nau dos insensatos*. São Paulo: Octavo, 2010, p. 71.

<sup>54</sup> ROCKENBERGER, Annika. *Albrecht Dürer, Sebastian Brant*



malandragem dos advogados em cegar a justiça para atingirem seus objetivos<sup>55</sup>. Observa-se que o chapéu do tolo de Dürer é semelhante ao chapéu da Justiça de Bruegel.

Figura 3 – Albrecht Dürer, *Das Narrenschiff* (1494).



Cortesia de Beinecke Rare Book and Manuscript Library, Yale University.

Da janela pode-se ver uma paisagem urbana, a qual estabelece um diálogo crítico com a paisagem utópica dos *Effetti del buon Governo in città* de Ambrogio Lorenzetti<sup>56</sup>. Enquanto a paisagem urbana de Lorenzetti é movimentada e ocupada por pessoas dignas e bens valiosos, a de Dürer é deserta e geométrica, como se o

und die Holzschnitte des Narrenschiff - Erstdrucks (Basel, 1494). *Gutenberg-Jahrbuch*, n. 86, p. 312-329, 2011. p. 321; RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. *Representing Justice: invention, controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*. New Haven and London: Yale University Press, 2011, p. 67.

<sup>55</sup> Advogados e tabeliães também são ironizados no verbete dos Bandoleiros e Amanuenses, onde se pode ler: “Amanuenses [advogados e tabeliães] e bandoleiros [ladroes] também são ridicularizados por integrar a turba dos néscios. Sua fonte de sustento é quase a mesma: um esfola furtivamente, o outro às claras. Um arrisca a vida, faça chuva ou faça sol; o outro coloca sua alma no tinteiro.” BRANT, Sebastian. *A nau dos insensatos*. São Paulo: Octavo, 2010. p. 90.

<sup>56</sup> LORENZETTI, Ambrogio. *Effetti del buon Governo in città*. Siena: Palazzo Pubblico de Siena, 1338-1340.

tolo preparasse a Justiça para um novo tempo, um novo papel, um novo mundo, em uma sala privada que ele comanda. A Justiça de Dürer não foi apenas cegada pelo tolo: sua autonomia também lhe foi usurpada.

Cinco anos depois, contrastando aquela visão satírica, Dürer<sup>57</sup> apresenta outro conceito de Justiça (Figura 4), não só com os olhos abertos, mas com o olhar iluminado e onisciente dos deuses. Sentada sob um leão e com elementos andrógenos que não permitem identificar com certeza se é uma figura masculina ou feminina, seus olhos de deusa encontram-se totalmente abertos e oniscientes.

Figura 4 – Albrecht Dürer, *Sol Iustitiae* (1499).



Cortesia do The Metropolitan Museum of Art, New York.

Entretanto, de modo surpreendente na história da arte, a cegueira que, tradicionalmente, estava associada à ignorância e ao mal, começa a ser associada à imparcialidade, como uma virtude da Justiça. Durante o século XVI, os artistas começaram a construir estátuas, pinturas e gravuras de uma Justiça cega. Antes, nada escapava aos olhos da Justiça. Em menos de meio século, a cegueira tornou-se símbolo de imparcialidade e abstração, símbolo da ignorância formal às questões pessoais. A

<sup>57</sup> DÜRER, Albrecht. *Sol Iustitiae*. New York: The Metropolitan Museum of Art, 1499.

venda nos olhos da Justiça, antes, era uma crítica, agora é uma virtude. Em 1559, a imagem de Bruegel encontrava-se na transição da questão, na ambivalência dos dois significados.

Bruegel desenha uma Justiça diante da qual todos nós somos cegos. Todos estamos com nossos olhos igualmente vendados. Em meio a uma hiperatividade caótica de personagens, cheios de detalhes e que combinam uma dimensão linear com outra tridimensional, a *Justitia* de Bruegel não apenas representa nossa cegueira: ela nos cega de verdade. No primeiro olhar lançado a ela, não vemos nada além de um caos complexo e absurdo. Por meio dessa densidade visual sufocante, Bruegel demonstra exatamente nossa cegueira, nossa incapacidade de enxergar a realidade do direito em suas diversas temporalidades e contradições. É uma obra difícil de ser lida e não é prazerosa. Ela não é uma representação “bonita” ou agradável do direito. Bruegel nos convida a participar da experiência de uma perspectiva míope do direito. A experiência dos seus próprios personagens.

Bruegel não apenas desenha uma representação da justiça e do direito da sua época. Ele nos coloca na posição de um dos seus personagens. Ele nos inclui no próprio objeto da observação, demonstrando como nós também somos igualmente cegos a respeito da realidade do direito. Ele demonstra que vendamos os olhos da Justiça para justificar nossa própria cegueira. “*Justitia’s blindness lulls and tricks us into not seeing our own blindness*”<sup>58</sup>. Ela simboliza e justifica o fato de vivermos em um país com índices brutais de desigualdades e injustiça sociais, acontecendo cotidianamente ao nosso redor, sem que enxerguemos isso.

Nós somos a Justiça de Bruegel. Deslocados, ignorantes e ignorados. Com vestes antiquadas e chapéus de bobo. Um mundo de violência, dor, sofrimento e morte acontecendo ao nosso redor e não o enxergamos, porque nossos olhos estão vendados. Todos estamos, nós e os personagens de Bruegel, igualmente indiferentes aos horrores da violência soberana. Reconhecemos a singularidade dos corpos como um valor importante dos direitos humanos, como a Justiça em um pedestal de correntes quebradas, mas nossa existência não passa de um discurso, de uma retórica humanista ou, como poderíamos dizer hoje, de estatística. Tornamo-nos cegos e por isso cegamos, igualmente, a Justiça.

<sup>58</sup> CAPERS, I. Bennett. Blind Justice. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 24, n. 1, p. 179-189, 2012. p. 184.

## 6 O futuro do direito: um espaço vazio na praça dos julgamentos

Bruegel deixa um espaço vazio no centro da imagem. A praça dos julgamentos ainda possui espaço. Ainda há lugares a serem ocupados nessa odisseia escatológica do direito. Lugares centrais que, por se situarem exatamente no meio da imagem, podem permitir o estabelecimento de relações diferentes, criativas, inovadoras. Bruegel nos convida a ocupar esse espaço em branco. Chama-nos a continuar seu desenho. Transformar o direito. Criar um novo futuro para o direito.

O espaço vazio na praça simboliza a permanente incompletude do direito. Por mais enciclopédico que seja o esforço descritivo dos atos jurídicos, do processo e das consequências do direito, sempre há ausências, sempre resta um espaço não marcado<sup>59</sup>. Rastos de significação à sombra dos discursos. Potências que não se tornaram atos. Sempre há tempo para cruzar a linha de fronteira que nos separa do objeto, para nele inscrevermos uma nova história, um novo tempo, um novo sentido do direito. Não podemos apagar a barbárie e a violência, tampouco as roupas anacrônicas, o chapéu de tola e a venda nos olhos da Justiça, mas podemos, depois de cinco séculos, completar o desenho de Bruegel com aquilo que pensamos ser importante para o futuro que queremos para o direito.

Bruegel poderia, como fez nos desenhos das outras *Setes Virtudes*, completar os espaços de resignificação da obra com um conteúdo definido por ele mesmo. Como Autor, ele poderia ter usado seu poder soberano e definido, ele mesmo, a completude da sua representação soberana do direito e da justiça. Todavia, o artista criou uma exceção soberana em sua obra: um espaço de indistinção, uma praça pública com lugares não marcados e ainda não ocupados pela Administração Judiciária da sua época. Como soberano do seu próprio desenho, Bruegel institucionaliza, simbolicamente, um espaço vazio no meio da hiperatividade, complexidade e da alta densidade dos elementos. É a esfera pública, o espaço reservado para nossa participação, não apenas como destinatários, funcionários ou expectadores do direito, mas sobretudo como autores do nosso direito.

Nem *polis*, tampouco *oikos*. Nem *civitas*, tampouco

<sup>59</sup> ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 17.

*domus*. O espaço vazio na praça de Bruegel simboliza aquele limiar entre o público e o privado, entre Estado e sociedade civil. Um espaço que Habermas<sup>60</sup> identificou como uma nova esfera política, cujo surgimento se deu justamente no século XVI, o século de Bruegel. É a esfera pública, o lugar no qual nos encontramos para discutir, interagir e formar nossa opinião e vontade a respeito das coisas do mundo. É o espaço da imprensa, das escolas, universidades, clubes, igrejas, no qual, obviamente, nem todos são convidados a participar, mas é também o espaço da democracia.

O espaço não marcado no centro do desenho simboliza a) a incompletude do direito; b) a possibilidade de transformação; e c) a consequente responsabilidade que temos na participação democrática do direito. Bruegel enxergou um direito essencialmente incompleto, inacabado, com fissuras regulatórias e espaços de ressignificação a serem ocupados. Tal como Ésquilo<sup>61</sup>, a incompletude do direito, contudo, não é a sua maldição, mas, pelo contrário, é sua salvação. São justamente as incompletudes do direito que permitem a construção criativa das soluções jurídicas e a criam os motivos para a transformação do direito, para a ruptura com seu passado histórico, de modo a inaugurar novas possibilidades de futuro. Bruegel, como Ésquilo, subverte a maldição da incompletude do direito e demonstra que é justamente ela que possibilita a sua transformação.

Assim Bruegel representa o direito e a justiça sob um olhar transtemporal. Ele utiliza os símbolos da Justiça de sua época, mas estabelece relações que antecipam movimentos políticos de cinco séculos. Mobilizando espaços densamente preenchidos, combinados com espaços vazios, Bruegel não apenas define a Justiça da sua época: ele a coloca em posição de contrapeso, de preparação, aguardando nossa entrada em cena para realizá-la efetivamente.

Talvez esse seja o motivo pelo qual Bruegel desenhava uma falange de guardas armados protegendo ou capturando<sup>62</sup> — ou segregando — a Justiça. Os guardas estão posicionados exatamente como uma barreira que separa a Justiça do espaço a ser ocupado. A posição de

contrapeso da Justiça vendada simboliza a ansiedade, a espera paradoxalmente hiperativa de que nós façamos algo para mudar essa realidade brutal das práticas jurídicas. Um apelo silencioso pela nossa participação democrática.

## 7 Considerações finais

A arte constrói imaginários e formas de representação da realidade que se inscrevem na estrutura da nossa cultura jurídica. A arte interroga, surpreende, desestabiliza as estruturas dogmáticas do pensamento jurídico. Sua linguagem estética possui uma potência crítica, reflexiva e inovadora para se pensar o direito, a política e a sociedade. Tão interessante quanto o direito da arte, a arte do direito desafia o pensamento jurídico a compreender novas formas de significação e novos modos de construção do sentido do direito.

As artes visuais conseguem conectar, em um mesmo espaço de significação, ideias e sentimentos, conceitos e objetos, objetividades e subjetividades, mas também conseguem conectar diferentes temporalidades. *Justicia* de Pieter Bruegel é uma obra genial sobre a relação entre passado, presente e futuro do direito.

*Justicia* é essencialmente uma obra sobre o tempo do direito, ou melhor, sobre as diferentes temporalidades do direito: o presente de um processo judicial que começa com a assinatura de documentos e termina com os corpos em sofrimento; o passado dos fundamentos místicos do direito nas figuras de Cristo crucificado e da Justiça vendada; o futuro retrospectivo que todos nós eu, você e todos os demais personagens da *Justicia* não podemos enxergar e que se encontra simbolizado na relação entre a venda dos olhos da Justiça e a indiferença dos demais personagens; e o futuro não retrospectivo do direito, isto é, o futuro em aberto, o horizonte de possibilidades de transformação ou de ressignificação das nossas práticas jurídicas, simbolizado por um espaço vazio, ainda a ser ocupado, no centro da imagem, no centro da praça dos julgamentos.

O desenho de Bruegel não é apenas um objeto do mundo físico que representa uma visão interessante do direito. É um desenho que nos inclui como um dos seus personagens principais. Ao olharmos a *Justicia* de Bruegel, experimentamos a mesma cegueira dos seus personagens. A densidade e complexidade das relações

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere: an Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge: MIT Press, 1991. p. 57.

<sup>61</sup> ÉSQUILO. *A trilogia de Orestes*. São Paulo: Ediouro, 1988.

<sup>62</sup> SNOW, Edward. *Inside Bruegel: The play of images in Children's Game*. New York: North Point Press e Farrar, Straus and Giroux, 1997, p. 164.



que ele estabeleceu entre os elementos da imagem nos colocam sob a mesma perspectiva míope dos seus personagens. Assim Bruegel nos mostra que não apenas a Justiça se tornou cega, mas todos nós estamos igualmente cegos a respeito da realidade do direito. Cegos em relação ao passado histórico dos seus fundamentos, cegos em relação à violência do direito no presente e cegos também em relação ao futuro retrospectivo, ao significado que nossas práticas e símbolos de hoje terão no futuro que nos é desconhecido.

Bruegel fala das transformações do direito, especialmente da perda dos seus fundamentos tradicionais o Direito Natural e a cosmologia cristã e sua substituição pelos textos jurídicos – leis, contratos, escrituras e documentos. A Justiça e Cristo tornaram-se apenas figuras retóricas do discurso jurídico, isoladas do mundo do direito e distantes das pessoas. Na realidade, o fundamento da violência jurídica repousa em uma prática administrativa, burocrática, racionalizada e autorreferente, que define a Administração Judiciária. A violência soberana é uma violência que se exerce administrativamente e não anarquicamente.

Nem juristas, tampouco legisladores. Bruegel contraria, antecipadamente, tanto o paradigma jusnaturalista do direito dos juristas, quanto o liberal-positivista do direito dos legisladores. Na verdade, ele deixa, inteligentemente, um espaço em branco, um lugar vazio na praça dos julgamentos, convidando-nos a continuar seu desenho, inscrevendo nele novas relações, novas possibilidades de ressignificação do direito e da justiça. Está sob nossa responsabilidade continua-lo ou deixá-lo como está. Por isso podemos afirmar que, sob uma leitura jurídica, a *Justitia* de Bruegel é um diálogo sobre os fundamentos históricos do passado do direito, a violência soberana do presente e o futuro da nossa responsabilidade pela ressignificação do direito.

Cinco séculos depois, François Ost<sup>63</sup>, para citar um jurista belga, também resgata a discussão das diferentes temporalidades do direito: memória, perdão, promessa e questionamento. De um lado, o passado como memória: para não esquecermos os fundamentos da nossa prática; mas também como perdão: para desconectarmos o passado e abrirmos a possibilidade de um futuro diferente. Por outro lado, o futuro como promessa, para criarmos vínculos com nossos valores e objetivos, mas também como questionamento, para desconectarmos

a noção de um futuro como destino e abrirmos a possibilidade do diferente. Mais do que uma discussão sobre a venda nos olhos da Justiça, a gravura de Bruegel nos convida a experimentar nossa própria cegueira sobre as relações entre essas diferentes temporalidades do direito.

Bruegel nos coloca na posição de um observador que não está na terra. Não estamos no chão. Vemos tudo do alto, no mesmo nível que Cristo crucificado. O espaço vazio no centro da imagem é o nosso lugar. É o espaço ainda a ser ocupado. O direito de Bruegel não está completo, nunca está completo. Podemos ocupar aquele espaço em meio à barbárie, violência e irracionalidade dos rituais do direito. Como artistas não necessariamente como juristas, podemos continuar a obra de Bruegel e desenhar um novo futuro do direito.

## Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi, 1995.
- AINSWORTH, Maryan W.; CHRISTIANSEN, Keith (org.). *From Van Eyck to Bruegel: Early Netherlandisch Painting in The Metropolitan Museum of Art*. New York: The Metropolitan Museum of Art, 1988.
- ANFAM, David. De Kooning, Bosch and Bruegel: some fundamental themes. *The Burlington Magazine*, v. 145, n. 1207, p. 705-715, out. 2003.
- BAKHTIN, Mikhail. *Rabelais and His World*. Bloomington: Indiana University Press, 1984.
- BARNOUW, Adrian J. *The fantasy of Pieter Bruegel*. New York: Lear Publishers, 1947.
- BERGAMASCHI, Giovanna et al. *Bruegel: regards sur la peinture*. Paris: Fabbri, 1988.
- BOUCQUEY, Thierry. *Mirages de la farce: fête des fous, Bruegel et Molière*. Amsterdam; Philadelphia: John Benjamins, 1991.
- BRANT, Sebastian. *A nau dos insensatos*. São Paulo: Octavo, 2010.
- BRUEGEL, Pieter. *Justicia*. Washington, DC: National Gallery of Art, 1559.

<sup>63</sup> OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.

- BURMEISTER, Karl Heinz. “La Justicia” de 1559 de Pieter Brueghel el Viejo. *Pensamiento Jurídico*, n. 24, p. 19-37, 2009.
- CAHAN, Claudia Lyn; RILEY, Catherine. *Bosch-Bruegel: and the Northern Renaissance*. New York: Avenel Books, 1980.
- CAPERS, I. Bennett. Blind Justice. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 24, n. 1, p. 179-189, 2012.
- CHAPUIS, Julien. Early Netherlandish painting: shifting perspectives. In: AINSWORTH, Maryan W.; CHRISTIANSEN, Keith (org.). *From Van Eyck to Bruegel: Early Netherlandish Painting in The Metropolitan Museum of Art*. New York: The Metropolitan Museum of Art, 1988. p. 3-22.
- CUTTLER, Charles D. *Northern painting: from Pucelle to Bruegel. Fourteenth, Fifteenth, and Sixteenth Centuries*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1968.
- DAMHOUDERE, Joost de. *Enchiridion Rerum Criminalium*. Louvain: Stephani Gualtheri & Ioannis Bathenii, 1554.
- DAMHOUDERE, Joost de. *Praxis rerum criminalium: Gründtliche und rechte nderweysung welcher massen in Rechtfertigung peinlicher Sachen*. Franckfurt am Mayn: N. Bassee, 1575.
- DAVIS, Howard McParlin. Fantasy and irony in Peter Bruegel’s prints. *The Metropolitan Museum of Art Bulletin*, n. 10, p. 291-295, 1943.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia 1*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- DERRIDA, Jacques. *De la grammatologie*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1967.
- DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le “Fondement mystique de l’autorité”*. Paris: Galilée, 1994.
- DÜRER, Albrecht. *Das Narrenschiff*. New Haven: Beinecke Rare Book and Manuscript Library, Yale University, 1494.
- DÜRER, Albrecht. *Sol Iustitiae*. New York: The Metropolitan Museum of Art, 1499.
- ÉSQUILO. *A trilogia de Orestes*. São Paulo: Ediouro, 1988.
- FOOTE, Timothy. *The world of Bruegel: C. 1525-1566*. Alexandria: Time-Life Books, 1968.
- FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.
- GIBSON, Walter S. *Pieter Bruegel and the art of laughter*. Berkeley, Los Angeles e London: University of California Press, 2006.
- GIBSON, Walter S. *Pleasant places: the rustic landscape from Bruegel to Ruisdael*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere: an Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge: MIT Press, 1991.
- KLEIN, H. Arthur. *Graphic worlds of Pieter Bruegel the Elder*. Mineola: Dover Publications, 1963.
- LORENZETTI, Ambrogio. *Effetti del buon Governo in città*. Siena: Palazzo Pubblico de Siena, 1338-1340.
- LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. México: Herder Editorial e Universidad Iberoamericana, 2005.
- MANDERSON, Desmond. Blindness Visible: Law, Time and Bruegel’s Justice. *ANU College of Law: Legal Studies Research Paper Series*, n. 18.1, p. 2-20, 2018.
- MICHEL, Émile; CHARLES, Victoria. *Pieter Bruegel*. New York: Parkstone International, 2011.
- MÜHLBERGER, Richard. *What makes a Bruegel a Bruegel?* New York: The Metropolitan Museum of Art e Viking, 1993.
- ORENSTEIN, Nadine M. *Pieter Bruegel, the Elder: Drawings and Prints*. New York e New Haven: Metropolitan Museum of Art e Yale University Press, 1981.
- ORENSTEIN, Nadine M. Pieter Bruegel, the Land, and the Peasants. In: AINSWORTH, Maryan W.; CHRISTIANSEN, Keith (org.). *From Van Eyck to Bruegel: Early Netherlandish Painting in The Metropolitan Museum of Art*. New York: The Metropolitan Museum of Art, 1988. p. 379-391.
- OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.
- PAYRÓ, Julio E. El juicio del siglo XX. In: GROTE, Andreas; PAYRÓ, Julio E. *Bruegel: pinacoteca de los genios*. Buenos Aires: Editorial Codex, 1964.
- RABELAIS, François. *Gargantua*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1980.
- RABELAIS, François. *Pantagruel: Rei dos Dípsodos*. Lisboa, Frenesi, 1997.

- RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis. *Representing Justice: invention, controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*. New Haven and London: Yale University Press, 2011.
- ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.
- ROCKENBERGER, Annika. Albrecht Dürer, Sebastian Brant und die Holzschnitte des Narrenschiff - Erstdrucks (Basel, 1494). *Gutenberg-Jahrbuch*, n. 86, p. 312-329, 2011.
- ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da loucura*. São Paulo: Ediouro, 1992.
- ROTTERDAM, Erasmo de. *Stultitiae Laus*. Basileia: Gottl. Beckerus, 1780.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A Jurisprudenz de Gustav Klimt: direito, esfera pública e violência soberana. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 5, n. 1, p. 37-68, jan./jun. 2019.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Opus operatum e opus operantis: quando a validade do direito se desconecta da virtude de quem o aplica. *Estudos de Religião*, v. 32, n. 2, p. 139-161, maio/ago. 2018.
- SNOW, Edward. *Inside Bruegel: The play of images in Children's Game*. New York: North Point Press e Farrar, Straus and Giroux, 1997.
- TOLNAY, Charles De. *The Drawings of Pieter Bruegel the Elder*. London: Zwemmer, 1952.



**ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais**

**International duties and socioenvironmental obligations for multi and transnational companies**

Luísa Cortat Simonetti Gonçalves

Adriano Sant'Ana Pedra

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais\*

## International duties and socioenvironmental obligations for multi and transnational companies

Luísa Cortat Simonetti Gonçalves\*\*

Adriano Sant'Ana Pedra\*\*\*

### Resumo

A lacuna de governança relativamente a empresas multi e transnacionais no contexto internacional é um ponto constante de preocupações quando o assunto é proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente. Isso ocorre, principalmente, devido à dificuldade de impor obrigações por meio do direito internacional, no qual a autoridade é compartilhada entre as nações — portanto, onde nenhuma delas exerce soberania — e no qual as empresas não são sujeitos de direito. Tal dificuldade vem sendo superada por meio de diferentes estratégias, embora ainda escassas e sem enquadramento específico na Teoria do Direito internacional. No presente artigo, analisam-se três dessas estratégias, relacionando-as à possibilidade de imposição de deveres humanos internacionais às empresas, posto que pode significar caminho para o robustecimento das obrigações socioambientais corporativas. Questiona-se, portanto: é possível estabelecer obrigações de proteção socioambiental para empresas multi e transnacionais a partir do Direito Internacional Público e da teoria dos deveres fundamentais? Para se responder à pergunta de pesquisa, aplica-se o método dialético, passando pela análise de três casos específicos: (i) potencial aplicabilidade da teoria da horizontalidade aos deveres humanos; (ii) possíveis consequências *hard* para *soft law*; (iii) a Convenção da Basileia como exemplo de previsão de obrigações a empresas em um instrumento *hard law*. As análises permitem concluir pela possibilidade de se falar em horizontalidade na aplicação dos deveres humanos; pela possibilidade de vincular as empresas, internacionalmente, relativamente aos compromissos ambientais por ela assumidos, ainda que *soft*; e pela possibilidade de impactar empresas privadas através de normas internacionais originariamente dirigidas aos Estados. Portanto, o artigo inova ao demonstrar avanços, efetivos e potenciais, rumo à imposição de deveres humanos a empresas privadas no âmbito jurídico internacional.

**Palavras-chave:** deveres humanos; responsabilidade corporativa; direito internacional; proteção socioambiental.

\* Recebido em 17/07/2020  
Aprovado em 06/04/2021

\*\* Doutora em Direito pela Universidade de Maastricht (Holanda), com bolsa da CAPES, e Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (CAPES 5). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, bolsista do Fundo de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Especialista em Economia e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduada em Direito pela FDV. Membro do METRO - Institute for Transnational Legal Research (Holanda) e membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais da FDV. Coordenadora e professora universitária da FDV.  
E-mail: luisacs@gmail.com

\*\*\* Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV e em Física Quântica pela UFES. Bacharel em Direito e em Física pela UFES. Realizou pós-doutorado na Universidade de Coimbra. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública - Mestrado Profissional - da UFES. Professor do Curso de Direito da FDV. Procurador Federal.  
E-mail: adrianopedra@fdv.br



## Abstract

The governance gap related to multi and transnational companies in the international context is an aspect of constant concerns when the subject is the protection to human rights and to the environment. This happens mainly because of the difficulty on imposing obligations through the international law, in which the authority is shared between nations — thus, in which none of them has sovereignty — and in which the companies are not subjects of law. Such a difficulty is being overcome with different strategies, although still scarce and without specific framing in the in the international law theory. This paper analyzes three of those strategies, relating them to the possibility of imposing international human duties to companies, once it may mean a path to the strengthening of the corporate socio-environmental obligations. It asks, then: is it possible to establish obligations of socio-environmental protection to multi and transnational companies from the Public International Law and the theory of fundamental duties? To answer the research question, the dialectic method is used, going through the analysis of three specific cases: (i) potential applicability of the horizontality theory to human duties; (ii) possible hard consequences of soft law; (iii) the Basel Convention as an example of obligation provisions to companies in a hard law instrument. The analysis enable to conclude for the possibility of horizontality in the application of human duties; for the possibility of internationally binding companies regarding the environmental commitments undertaken by them, even if soft ones; As análises permitem concluir pela possibilidade de se falar em horizontalidade na aplicação dos deveres humanos; pela possibilidade de vincular as empresas, internacionalmente, relativamente aos compromissos ambientais por ela assumidos, ainda que soft; e pela possibilidade de impactar empresas privadas através de normas internacionais originariamente dirigidas aos Estados. Portanto, o artigo inova ao demonstrar avanços, efetivos e potenciais, rumo à imposição de deveres humanos a empresas privadas no âmbito jurídico internacional.

**Keywords:** human duties; corporate responsibility; international law; socio-environmental protection.

## 1 Introdução

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos possui origens na redefinição dos paradigmas clássicos do Direito Internacional, embasados no protagonismo exclusivo dos Estados. Principalmente, a partir das discussões no período pós-guerras, preocupadas em operacionalizar a proteção da pessoa humana, passa-se a reconhecer o indivíduo como um sujeito de direito internacional e surgem discussões sobre a possibilidade de reconhecimento da personalidade jurídica internacional de empresas transnacionais.

Principalmente após a II Guerra Mundial, muito se evoluiu em termos de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional. Já as discussões sobre proteção ambiental, são mais recentes. Estas são inseridas na agenda internacional principalmente a partir de 1972, com a Conferência de Estocolmo, ensejada pelas constatações do Relatório *Os Limites do Crescimento*<sup>1</sup>, do Clube de Roma. Desde então, muito também se evoluiu, ainda que sem o escopo de proteção de que se cercou os direitos humanos, por exemplo.

Apesar de todo o avanço, sabe-se que ainda há diversos desafios a serem superados. Muitos deles decorrentes da própria atuação estatal, porém muitos também em virtude da ação de atores privados, dentre os quais indivíduos e empresas. Nesse sentido a discussão sobre deveres fundamentais ganha destaque, embora, ainda assim, pouco se reflita acerca de seus contornos, consequências, e sobre sua teoria em geral.

Pesquisa anterior recente<sup>2</sup> já delimitou os contornos de uma Teoria de Direito Internacional dos deveres humanos, em especial no que se refere aos atores privados. Relativamente às empresas multinacionais, impõem-se desafios adicionais, como estabelecer deveres para atores que não são sujeitos de direito internacional. Entretanto, as respostas necessárias aos impactos causados por tais atores urgem ações mais rápidas do que a evolução natural dos mecanismos do direito internacional.

A literatura acadêmica de diferentes áreas já demonstra algumas ferramentas com potencial de gerar obrigações para empresas no âmbito internacional, mas

<sup>1</sup> MEADOWS Dennis *et. al.* *Os Limites do Crescimento*. Massachusetts: Donella Meadows, 1972.

<sup>2</sup> GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Direito Internacional dos Deveres Humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo atores privados*. 2019. (prelo)

esses conhecimentos ainda não foram consolidados e analisados sob a perspectiva dos deveres fundamentais. Por isso, o presente estudo enfrenta a seguinte questão: é possível estabelecer obrigações de proteção socioambiental para empresas multi e transnacionais a partir do Direito Internacional Público e da Teoria dos Deveres Fundamentais?

A fim de se chegar a uma resposta para questão tão complexa neste momento tão inicial das teorias, mostra-se necessário um corte mais próximo de casos específicos. Por isso, a partir de conceitos como deveres fundamentais, deveres humanos e responsabilidade corporativa — deslindados ao longo do texto —, enfrentaremos três questões secundárias: (i) pode-se falar em horizontalidade de aplicação dos deveres humanos? (ii) seria possível derivar análogos internacionais de aplicações que têm sido utilizadas no âmbito nacional para vincular empresas a seus compromissos ambientais, como por meio do direito consumerista e do direito contratual? (iii) é possível impactar regras impostas às empresas privadas por meio de normas dirigidas aos Estados, como normas de comércio internacional?

A metodologia empregada é a dialética, que se caracteriza justamente por analisar as questões em foco no contexto em que se manifestam, observando suas complexidades, dualidades e até aparentes contradições, em busca da síntese que permita apresentar soluções, ainda que provisórias, aos problemas apresentados. A adequação desse método se mostra mais evidente posto que a situação a ser enfrentada se desenha enquanto um movimento, o qual é formado por continuidades e descontinuidades e perante o aparecimento de choques e contradições. Além disso, a temática parece perpassar, necessariamente, a construção por meio de saltos qualitativos e superação.

O artigo estrutura-se, então, em quatro tópicos. No tópico 1, serão introduzidas as teorias internacionais e de deveres fundamentais relevantes para o estudo. Nos tópicos 2 a 4, serão analisadas, respectivamente, as três perguntas secundárias. A conclusão segue, indicando que todos esses caminhos apresentam potencial para a imposição de deveres humanos a empresas privadas no âmbito jurídico internacional.

## 2 Direito internacional ambiental e deveres humanos

A investigação tem pontos de partida de duas construções teóricas distintas: o Direito Internacional dos Deveres Humanos e Responsabilidade Corporativa<sup>3</sup>.

Em verdade, o campo do Direito Internacional dos Deveres Humanos ainda não é um campo reconhecido do Direito. Trata-se de proposta elaborada em artigo anterior<sup>4</sup>. Tal artigo remonta às origens do Direito Internacional dos Direitos Humanos para compreender o atual estado da arte nesse campo.<sup>5</sup> A partir daí, analisa-se a escalada de complexidade<sup>6</sup> das relações, política e direito internacionais, para uma melhor compreensão dos desafios reais que se colocam.

Diversos são os pontos em comum entre os direitos e os deveres fundamentais nesse contexto global, como o *gap* de governança<sup>7</sup>, e compreender a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos permitiu verificarem-se as condições para a proposição do referido Direito Internacional dos Deveres Humanos. Em termos conceituais, então, passou-se à adaptação do conceito de deveres fundamentais construído no contexto brasileiro, para o contexto internacional.

O conceito original é: “dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidarie-

<sup>3</sup> A expressão Responsabilidade Corporativa é utilizada neste projeto em sentido amplo, considerando-se como sinônimo de expressões como Responsabilidade Social Corporativa e Responsabilidade Socioambiental Corporativa.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Direito Internacional dos Deveres Humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo atores privados*. 2019. (prelo)

<sup>5</sup> A partir de autores como DUDEK, Wãnilton. Teoria do Estado Moderno: Leituras Econômicas e Culturalistas. *Ensino e Pesquisa*. Paraná, Maio 2008, v.1, n.5, pp. 6-16.

BOBBIT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

CASTELO BRANCO, Patrícia Martins; DA SILVA, Fábio Luiz. *História Moderna II*. 1. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda* (7. ed. ed.). Rio de Janeiro: Editora Record, 1980.

<sup>6</sup> Disponível em, e.g.: EBBESON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. *Global Environmental Change* 20(2010). pp. 414-422. p. 420.

<sup>7</sup> SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guido. Globalization and Corporate Social Responsibility. In: CRANE, A.; MCWILLIAMS, A.; MATTEN, D.; MOON, J.; SIEGEL, D.J. (eds). *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 413-431.

dade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais”.<sup>8</sup> <sup>9</sup> A proposta conceitual de

<sup>8</sup> GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury César. Dever Fundamental: a construção de um conceito. In: DE MARCO, Christian Magnus; et al. *Série Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha - tomo I*. Joaçaba: editora Unoesc, 2013. p. 92.

<sup>9</sup> A construção coletiva desse conceito se deu a partir de uma revisão de literatura. Para algumas das discussões consideradas, disponível em, e.g.:

ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á. Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 23, 2009.

BAYÓN MOHINO, J. C. Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés). *Doxa*, n. 3, 1986.

DÍAZ REVORIO, F. J. Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, v. 5, n. 28, 2011.

DI COSIMO, G. Doveri di difesa della patria, servizio militare, servizio civile. *Archivio Pace Diritti Umani*, Padova, p. 55-66, 09 nov. 2011.

GARZÓN VALDÉS, E. Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta. *Doxa*, v. 3, 1986a.

GARZÓN VALDÉS, E. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, v. 3, 1986b.

KOUBI, M. G. La déférence, un devoir sans droit? *Communications*, v. 69, p. 201-214, 2000.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

LANCHESTER, F. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, v. 7, n. 13, 2010.

LAPORTA, F. J. Algunos problemas de los deberes positivos generales (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés). *Doxa*, n. 3, 1986.

MEYER-BISCH, P. *Les devoirs de l'homme: de la réciprocité dans les droits de l'homme*. Fribourg: Éditions Universitaires, 1989.

NABAIS, J. C. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 3, n. 2, p. 11-30, 2002.

NABAIS, J. C. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007.

PALOMBELLA, G. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines. *Derechos y Libertades*, n. 17, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. Los deberes fundamentales. *Doxa*, n. 4, 1987.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Importância dos Deveres Humanos na Efetivação de Direitos. In: ALEXY, Robert; et al. (org.) *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Civis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. pp. 281-301.

ROCA, V. ¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial). *Doxa*, n. 25, 2002.

RUBIO LLORENTE, F. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 21, n. 61, 2001.

VARELA DÍAZ, S. La idea de deber constitucional. *Revista Española*

base para a construção de uma teoria de Direito Internacional dos Deveres Humanos é que um dever humano internacional é “a categoria normativa internacional fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos à ordem democrática internacional, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais”.<sup>10</sup>

As construções então não somente confirmaram a possibilidade de uma teoria de Direito Internacional dos Deveres Humanos como também permitiram certo otimismo na utilização dos organismos e estruturas já existentes para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por outro lado, apesar de a proposta cumprir os requisitos de considerar os novos atores de direito internacional e de pautar-se nos princípios e valores de direito internacional, uma das principais dificuldades que ela levanta é “a identificação e o âmbito de extensão do reconhecimento dos sujeitos privados de deveres internacionais, em especial no que tange às corporações”.<sup>11</sup> Justamente daí advém o presente estudo.

Diante da dificuldade de lidar com as empresas privadas no âmbito internacional, uma das preocupações centrais da literatura acadêmica e das organizações civis são os desafios em lidar com as externalidades negativas que elas causam. Nesse sentido, são particularmente relevantes os impactos aos direitos humanos e ao meio ambiente, sendo este central nas análises deste artigo.

Portanto, importa a análise pretendida no presente artigo, no sentido de se identificar a viabilidade ou não de imposição de obrigações acessórias a estes que não são sujeitos de direito internacional, com base em teoria de um Direito Internacional dos Deveres Humanos. Os tópicos a seguir enfrentam justamente três potenciais situações internacionais em que emergem obrigações para empresas. No tópico a seguir, a discussão é se se pode falar em horizontalidade de aplicação dos deveres humanos. No que se segue, a análise é de viabilidade de derivar análogos internacionais de aplicações que têm sido utilizadas no âmbito nacional para dar força co-

*de Derecho Constitucional*, n. 4, 1982.

VERNENGO, R. J. Deberes prescriptivos y deberes descriptivos. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, p. 263-273, 1993.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Direito Internacional dos Deveres Humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo atores privados*. 2019. (prelo) p. 19.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Direito Internacional dos Deveres Humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo atores privados*. 2019. (prelo) p. 27.



gente a compromissos não vinculantes assumidos pelas empresas, como por meio do direito consumerista e do direito contratual. No tópico seguinte, analisa-se a possibilidade de surgimento de regras às empresas privadas por meio de normas dirigidas aos Estados, como normas de comércio internacional. Para tanto, utiliza-se o exemplo da Convenção da Basileia.

### 3 Horizontalidade dos deveres humanos internacionais

Discutir uma possível horizontalidade desses deveres humanos internacionais significa aplicar uma teoria nacional de direitos humanos ao conceito internacional de deveres. Assim, cumpre inicialmente destacar alguns aspectos da evolução internacional da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental, bem como algumas de suas interrelações, antes de ser possível analisar possíveis paralelos. Para isso, baseia-se em reflexões de Gonçalves.<sup>12</sup>

Conforme mencionado, soluções puramente estatais parecem ser ineficientes principalmente em dois níveis. O primeiro refere-se à falha no reconhecimento dos novos atores no cenário político, especialmente indivíduos e corporações. O segundo à inadequação do desenho e do alcance das instituições para lidar com uma nova, e mais complexa, ordem. Algumas dessas falhas ficaram particularmente evidentes durante a Segunda Guerra Mundial, levando a mudanças no Direito Internacional que visavam a uma maior proteção dos direitos humanos.<sup>13</sup> Após o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais serem efetivados em 1976, os três documentos passaram a formar a chamada Declaração Internacional dos Direitos Humanos (DUDH). A DUDH é considerada a linha jurídica basilar para o direito internacional dos direitos humanos moderno,<sup>14</sup> e

sua declaração lançou a proteção universal dos direitos humanos sob o Estado de Direito.<sup>15</sup>

Embora a DUDH tenha sido o primeiro instrumento da ONU listando direitos humanos internacionalmente reconhecidos,<sup>16</sup> não é surpresa que o direito ao meio ambiente equilibrado não esteja entre eles, já que as discussões internacionais relacionadas à proteção ambiental apenas ganharam corpo da década de 1970 em diante.

Abordagens iniciais para uma regulação internacional de questões ambientais emergiram muito antes, desde fins do séc. XIX, “nomeadamente as regras regendo a exploração de certos recursos, dano transfronteiriço e o uso de recursos hídricos compartilhados”.<sup>17</sup> No entanto, a atenção internacional para problemas ambientais apenas foi catalisada durante a década de 1960,<sup>18</sup> culminando no importante marco que é o relatório Os Limites do Crescimento,<sup>19</sup> elaborado pelo Clube de Roma em 1972. Nele, um grupo de especialistas do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) explorou diferentes cenários, demonstrando as contradições inerentes ao comportamento exploratório, e destacou possibilidades para a sociedade reconciliar progresso (sustentável) com limites ambientais.

A partir dessas reflexões,

debates sobre as conexões entre a economia global, crescimento populacional e mudança ambiental de um lado, e o senso de interdependência mútua e vulnerabilidade de outro, estiveram no núcleo da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia, em junho de 1972.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. Legal Remedies against the Plastic Pollution of the Oceans: an analysis of the attempts from public international law and private initiatives to face the plastic soup. *Bilt: Proefschriftmaken*, 2020. p. 74-82.

<sup>13</sup> ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p.139.

<sup>14</sup> BADERIN, Mashood A.; SSENIONJO, Manisuli. Development of International Human Rights Law Before and After the UDHR. In: BADERIN, Mashood A.; SSENIONJO, Manisuli (eds.). *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*. Farnham: Ashgate, 2010. pp. 3-27. p. 3.

<sup>15</sup> GLENDON, M.A. The Rule of Law in the Universal Declaration of the Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2(1), 2004, article 5 [online]. Available on: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=njihr>. Accessed on February 26, 2020. p. 2.

<sup>16</sup> BADERIN, Mashood A.; SSENIONJO, Manisuli. Development of International Human Rights Law Before and After the UDHR. In: BADERIN, Mashood A.; SSENIONJO, Manisuli (eds.). *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*. Farnham: Ashgate, 2010. pp. 3-27. p. 8.

<sup>17</sup> DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 4.

<sup>18</sup> DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 8.

<sup>19</sup> MEADOWS Dennis *et. al.* *Os Limites do Crescimento*. Massachusetts: Donella Meadows, 1972.

<sup>20</sup> Tradução livre. No original: “Debates over the links between the global economy, population growth, and environmental change on the one hand, and the sense of mutual interdependence and vulner-

Ainda assim, apenas em 1987, a expressão desenvolvimento sustentável foi forjada, no documento Nosso Futuro Comum, também conhecido como Relatório Brundtland, baseado na Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92). Essa conferência foi um passo essencial para abraçar um desenvolvimento que “atenda às necessidades das presentes gerações sem comprometer a capacidade das futuras gerações de atender às suas próprias necessidades”,<sup>21</sup> principalmente por meio da adoção da Agenda 21<sup>22</sup> e da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.<sup>23</sup>

“Desde Estocolmo, as instituições globais vêm se tornando cada vez mais ativas na promoção global da proteção ambiental”.<sup>24</sup> Dentre elas há, por exemplo, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável (CDS) e várias outras, todas dentro ou conectadas às Nações Unidas. Com isso, voltamos à importância da ONU e da estrutura do DIDH.

“O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos — forma-se, assim, o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas”.<sup>25</sup> Tal sistema, atualmente, inclui não apenas organismos das Nações Unidas em si, mas também sistemas regionais — Interamericano, Europeu e Africano — e diversas normas de diferentes

naturezas e tanto no nível internacional quanto no regional. Independentemente das interconexões entre direitos humanos e proteção ambiental, o direito ao meio ambiente equilibrado<sup>26</sup> ainda não é considerado um direito humano no direito internacional.

Apesar da evolução paralela ao longo de 60 anos, desde as declarações feitas em Estocolmo, em 1972, há uma busca por base jurisprudencial para conectar o DIDH e o Direito Internacional Ambiental (DIA).<sup>27</sup> A própria ONU reconhece tal interconexão:

é crescentemente reconhecido que os direitos humanos são essenciais para se alcançar um Desenvolvimento Sustentável. Os Objetivos do Milênio (ODMs) servem como representantes para certos direitos sociais e econômicos, mas ignoram outras conexões importantes com os direitos humanos. Em contraste, os princípios e padrões de direitos humanos são agora fortemente refletidos em uma nova referência global de desenvolvimento, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.<sup>28</sup>

Em 1994, Fatma-Zohra Ksentini, relatora especial da ONU sobre resíduos tóxicos, apresentou seu relatório<sup>29</sup> sobre direitos humanos e meio ambiente, expondo a importância de se reconhecer o direito ao meio ambiente saudável como um direito humano. O Relatório Ksentini, como ficou conhecido, propôs um rascunho de princípios em direitos humanos e meio ambiente. Mais tarde, a discussão foi intensificada nos organismos da ONU, a ponto de ser indicado um relator especial — John Knox — pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2015, após ter sido Especialista Indepen-

ability on the other, were at the core of the United Nations Conference on the Human Environment, held in Stockholm, Sweden, in June 1972”.

CLAPP, Jennifer; DAUVERGNE, Peter. Brief History of International Environmental Cooperation. In: NICHOLSON, Simon; WAPNER, Paul (eds.). *Global Environmental Politics: from person to planet*. New York: Routledge, 2016, pp. 121-136. p. 124.

<sup>21</sup> UNITED NATIONS – UN. Report of the World Commission on Environment and Development, Our Common Future (UN Doc. A/42/427, 4 August 1987), Annex. Available at: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987ourcommonfuture.pdf>. Accessed on September 23, 2018.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS. *Agenda 21*. 1992.

<sup>23</sup> UNITED NATIONS. *The Rio Declaration on Environment and Development*. 1992.

<sup>24</sup> CLAPP, Jennifer; DAUVERGNE, Peter. Brief History of International Environmental Cooperation. In: NICHOLSON, Simon; WAPNER, Paul (eds.). *Global Environmental Politics: from person to planet*. New York: Routledge, 2016, pp. 121-136. p. 134.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2001. Available at: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/piovesan\\_sip.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf). Accessed on: October 26, 2016.

<sup>26</sup> Também chamado de: direito ao meio ambiente saudável, direito ao meio ambiente, e similares.

<sup>27</sup> ANTON, Donald K.; SHELTON, Dinah L. *Environmental Protection and Human Rights*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 118-119.

<sup>28</sup> Tradução livre. No original: “It is increasingly recognized that human rights are essential to achieve Sustainable Development. The Millennium Development Goals (MDGs) served as a proxy for certain economic and social rights but ignored other important human rights linkages. By contrast, human rights principles and standards are now strongly reflected in an ambitious new global development framework, the 2030 Agenda for Sustainable Development”.

United Nations – UN. Human Rights and the 2030 Agenda for Sustainable Development. 2016. Available at: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/MDG/Pages/The2030Agenda.aspx>. Accessed on 1 August 2016.

<sup>29</sup> United Nations: Economic and Social Council. *Review of Further Developments in Fields with which the Sub-Commission Has Been Concerned – Human Rights and the Environment*. Final report prepared by Mrs. Fatma Zohra Ksentini, Special Rapporteur. 6 July 1994. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/226681>. Accessed on February 28, 2020.

dente desde 2012. Isso resultou na proposição de princípios para direitos humanos e meio ambiente<sup>30</sup> e em conclusões tais como: há vários esforços, nacionais e internacionais, reconhecendo, ou encaminhando para o reconhecimento, do direito humano ao meio ambiente equilibrado; uma conexão inerente entre direitos humanos tais como vida e saúde e o direito ao meio ambiente equilibrado; e um movimento rumo ao reconhecimento internacional, como com o Pacto Global para o Meio Ambiente.<sup>31</sup>

Tais interconexões já permitem a utilização de parte da estrutura construída para o DIDH, por meio dos organismos da ONU ou até mesmo por meio de decisões judiciais. No que diz respeito a cortes, entretanto, há várias especificidades, principalmente decorrentes do fato de que o direito humano ao meio ambiente equilibrado não é ainda internacionalmente reconhecido. Consequentemente, as cortes internacionais, de modo geral, não têm competência — a qual precisa ser explícita — para analisar violações ambientais. Isso levanta várias e interessantes discussões, tais como as em andamento nas cortes regionais de proteção dos direitos humanos<sup>32</sup>. O debate sobre a nacionalização do Direito

Internacional também é muito importante para a implementação das previsões internacionais. Eles são similares aos processos em andamento nas cortes internacionais de direitos humanos, evoluindo rumo a uma maior proteção ambiental, conforme demonstram os casos de litigância climática<sup>33</sup>.

Dessa síntese percebe-se, portanto, que a primeira dificuldade em se aplicar uma teoria de direitos humanos a deveres humanos de proteção ambiental no contexto internacional é a falta de reconhecimento explícito do direito ao meio ambiente equilibrado como direito humano. Propõe-se neste artigo, no entanto, a compreensão de que, mesmo que ainda implicitamente — o que impõe diversas restrições —, o direito ao meio ambiente equilibrado já é, para diversos efeitos, um direito humano. Para aqueles ainda desconfortáveis em aceitar essa compreensão, propõe-se, alternativamente, a antecipação de que tal reconhecimento é iminente.

Partindo-se dessa compreensão, então, o passo seguinte é analisar a viabilidade de adaptação da Teoria da Horizontalidade dos Direitos Humanos para os deveres humanos.

Conforme já consolidado na doutrina jurídica nacional, a Teoria da Horizontalidade dos Direitos Fundamentais confere aplicabilidade aos direitos fundamentais entre os particulares, isto é, para além da relação vertical entre Estado e indivíduos. Essa expansão operacional foi essencial para uma maior eficácia dos direitos fundamentais.<sup>34</sup>

No que tange à horizontalidade dos deveres fundamentais no âmbito nacional, a compreensão tampouco é difícil. A própria construção do conceito<sup>35</sup> de deveres

<sup>30</sup> United Nations Human Rights Special Procedures. Framework Principles on Human Rights and the Environment: the main human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. 2018. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FrameworkPrinciplesUserFriendlyVersion.pdf>. Accessed on February 27, 2020.

<sup>31</sup> KNOX, John. The Global Pact for the Environment: At the crossroads of human rights and the environment. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 28(1), 2019, pp. 40-47.

<sup>32</sup> A Corte Interamericana, por exemplo, não tem competência explícita, mas tem decidido em casos com repercussões ambientais, principalmente por meio do argumento do dano em ricochete. Para jurisprudência, veja, e.g.: *Afro-Descendant Communities Displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) V. Colombia* (2013); *Kichwa Indigenous People of Sarayaku V. Ecuador* (2012); *Case of the Saramaka People v. Suriname* (2007); *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (2001). Veja também: Mazzuoli and Teixeira (2013) De modo semelhante, na Corte Europeia de Direitos Humanos, veja e.g.: *López Ostra vs. Spain* (1994); *Öneriyildiz v. Turkey* (2004); *Guerra and Others v. Italy* (1998); *Taşkın and Others V. Turkey* (2004); *Powell and Rayner V. The United Kingdom* (1990); *Hatton and Others V. The United Kingdom* (2003); *Fadeyeva v. Russia* (2005); *Dzemyuk v. Ukraine* (2014). O caso do sistema africano é um pouco diferente, já que o artigo 21 da Carta Africana dos Direitos das Pessoas prevê o direito humano à utilização dos recursos naturais. Embora com uma abordagem antropocêntrica, isso permite que a Comissão e a Corte avaliem questões ambientais diretamente. Assim foi, por exemplo, com o caso *Ogoni People v. Nigéria* (2002).

<sup>33</sup> Disponível em, e.g.:

*Urgenda Case* (Supreme Court of the Netherlands, 2019) ESPINER, Tom. *Climate campaigners win Heathrow expansion case*. 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-51658693>. Acesso 27 fev. 2020.

CARRINGTON, Damian. *Heathrow third runway ruled illegal over climate change*. 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2020/feb/27/heathrow-third-runway-ruled-illegal-over-climate-change>. Acesso em: 27 fev. 2020.

<sup>34</sup> Sobre a discussão acerca de eficácia dos direitos fundamentais, disponível também em: RODRIGUES, Leandro Nascimento; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do STF: análise crítica do RE 201. 819-8 e ADI 4815. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n.2 (2018). pp. 11-42.

<sup>35</sup> GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury César.



fundamentais foi pensada justamente para a imposição de deveres a particulares. Isso quer dizer, naturalmente, deveres perante o Estado<sup>36</sup>, mas também deveres perante outros indivíduos<sup>37</sup> e deveres perante a coletividade<sup>38</sup>, como é o caso dos deveres de proteção ambiental<sup>39</sup>. E isso quer dizer deveres impostos não apenas a particulares individuais, mas também empresas<sup>40</sup>. Duque e

Pedra<sup>41</sup> inclusive descrevem a necessidade de horizontalidade nos deveres fundamentais como meio de concretização da solidariedade jurídica.

Não haveria também, assim, nenhum impedimento à eficácia horizontal dos deveres humanos. No entanto, assim como para os direitos humanos, essa horizontalidade ganha uma formatação distinta no âmbito internacional, onde as cadeias de relações são diferentes. Então, “a horizontalidade das normas do direito internacional reflete a inexistência de uma cadeia tal de valores, de modo que cada esfera constrói sua própria escala de valores para aplicação nos casos concretos de acordo com os mecanismos de governança prevalentes entre os atores que dela fazem parte”<sup>42</sup>.

Por fim, resta apenas o óbice da situação ainda incerta das empresas multinacionais no Direito Internacional. Por exemplo, elas são, sem dúvidas, atores de direito internacional, mas não são sujeitos de direito internacional. Em grande parte, é justamente por essa dicotomia que a possibilidade de imposição de obrigações internacionais às empresas ainda é muito controversa. Controversa, mas não impossível, conforme se verá nos tópicos a seguir.

Portanto, conclui-se que a eficácia horizontal dos deveres fundamentais é, sim, uma forma mediata de imposição de obrigações às empresas no âmbito internacional.

## 4 Inesperadas consequências *hard* para instrumentos *soft*

É impossível tratar da possibilidade de imposição de deveres humanos a empresas no Direito Internacional sem se falar da responsabilidade corporativa<sup>43</sup> (CSR, na sigla em inglês). Inicia-se esse tópico, então, com um breve intercurso histórico no tratamento jurídico dado à CSR pelo direito internacional.<sup>44</sup>

Dever Fundamental: a construção de um conceito. In: DE MARCO, Christian Magnus; et al. *Série Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha* - tomo I. Joaçaba: editora Unoesc, 2013.

<sup>36</sup> Por exemplo, deveres tributários:

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, 2013. pp. 250-269.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Accessory Tax Obligations from the Perspective of the Fundamental Duties Theory. *Congresso IVR*. Belo Horizonte, 2013 (disponibilizado pelos autores).

<sup>37</sup> Por exemplo, deveres dos descendentes para com os ascendentes:

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury César. A medida do binômio necessidade-possibilidade no dever fundamental dos descendentes de proverem os ascendentes. *Derecho y Cambio Social*, n. 31, 2013.

<sup>38</sup> No que se inserem, por exemplo, o dever de colaborar com a Justiça

BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Recusa das Partes à Audiência Preliminar no Novo Código de Processo Civil: Necessidade de Motivação ante o Dever de Cooperação com a Justiça. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 72, 2016. pp. 112-123.

e até mesmo o dever de desobediência civil

PEDRA, Adriano Sant'Ana; BERGER, Rosa Elena Krause. O dever fundamental de desobedecer diante de um governo corrupto e opressivo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 116, 2018. pp. 11-62. GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Obediência ou Proteção? O que exigir do servidor público em caso de norma ambiental menos protetiva. *Revista Direito e Liberdade*, v. 22, n. 1, 2020.

<sup>39</sup> Disponível em, e.g.:

BRIOSCHI, Livia; GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Dever Internacional de Reciclagem dos Resíduos Plásticos pelos Navios. *Revista Foz*, v.2, n. 2, 2019. pp. 71-88.

ABREU, Ivy de Souza; FABRIZ, Daury César. O Dever Fundamental de Proteção do Meio Ambiente e seu Fundamento na Solidariedade: uma análise à luz do holismo ambiental. *Derecho y Cambio Social*, n. 31, 2014. pp. 1-13.

<sup>40</sup> Disponível em, e.g.:

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. Empreendedorismo Particular e Dever Fundamental de Diagnosticar e Planejar: uma análise no contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 89, 2018.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los Deberes de los Proveedores de Servicios de Internet en el Medio Ambiente Digital: el caso del derecho de réplica en el Brasil. *Estudios Constitucionales*, n. 2, 2016. pp. 347-364.

<sup>41</sup> DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os Deveres Fundamentais e a Solidariedade nas Relações Privadas. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, 2013. pp. 147-161.

<sup>42</sup> SILVA, Elaine Cristina Gonzaga. *A Expansão do Direito Internacional: Uma Questão de Valores*. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 31.

<sup>43</sup> Também tratada como Responsabilidade Social Corporativa, Responsabilidade Ambiental Corporativa ou Responsabilidade Socioambiental Corporativa, todas consideradas sinônimos neste estudo.

<sup>44</sup> A *soft law* tem importantíssimo papel também na formação do

Já na década de 1950, definiu-se que “CSR se refere à obrigação dos empresários de buscar as políticas, tomar as decisões, ou seguir as linhas de ação que são desejáveis em termos dos objetivos e valores da nossa sociedade”.<sup>45</sup> É o início do entendimento de que as empresas têm obrigações para além das exigências estritamente legais, principalmente no cenário internacional, em que os desafios para a criação de obrigações diretamente para elas são maiores. É também o Princípio da Superação de Percepção de que o propósito de lucro das empresas é incompatível com preocupações socioambientais. Na década de 1970, Friedman<sup>46</sup> fez a discussão retroagir um pouco, afirmando que a responsabilidade dos negócios é maximizar lucros em conformidade com as regras básicas da sociedade, tanto aquelas provenientes de lei quanto as de costumes éticos.

O direito internacional direcionou os primeiros esforços relativamente às empresas multinacionais em 1972, quando as Nações Unidas convocaram “a formação de um grupo de pessoas eminentes para estudar o impacto das corporações multinacionais no desenvolvimento econômico e nas relações internacionais”<sup>47</sup>. Em 1982, o grupo entregou uma versão preliminar de um código de regulação de investimentos internacionais endereçados a Estados e a empresas transnacionais (TNCs). No entanto, a ideia foi oficialmente abandonada em 1993.<sup>48</sup>

direito ambiental. Nesse sentido, disponível em, *e.g.*: SOUZA, Leonardo da Rocha de Souza; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 767-784.

<sup>45</sup> Tradução livre. No original: “CSR refers to the obligation of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society”.

BOWEN, Harold R. *Social responsibility of the businessman*. New York: Harper & Row, 1953.

<sup>46</sup> FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *The New York Times Magazine*, September 13, 1970. Disponível em: <https://www.colorado.edu/student-groups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html> Acesso em: 13 abr. 2018.

<sup>47</sup> “calling for the formation of a Group of Eminent Persons ‘to study the impact of multinational corporations on economic development and international relations’”.

MORAN, Theodore H. The United Nations and transnational corporations: a review and a perspective. *Transnational Corporations*. Ago. 2009, Vol. 18, No. 2. p. 91-112.

Disponível também em:

SAGAFI-NEJAD, Tagi. *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2008.

<sup>48</sup> BERNAZ, Nadia. International soft law initiatives on business

Por isso, a primeira medida mais concreta veio apenas quase três décadas depois dos primeiros esforços, em 1996. No Pacto Global da ONU, as empresas signatárias assumem o compromisso de seguir dez princípios nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção. Eles foram derivados<sup>49</sup> da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho,<sup>50</sup> da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento,<sup>51</sup> e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Por isso, são princípios considerados universais.

O Pacto Global não é se pretende regulatório, mas sim uma plataforma para diálogo entre companhias. “Além dos compromissos feitos pela empresa de respeitar os princípios, e o leve mecanismo de monitoramento [...], o ponto central do Pacto Global é oferecer uma plataforma para as companhias trocarem boas práticas”<sup>52</sup>. Portanto, mesmo com esse passo adiante, a discussão sobre um rascunho sobre as responsabilidades das TNCs continuou suspensa.

Em 1997 surgiu uma subcomissão (atual Conselho de Direitos Humanos), “com a tarefa de preparar um documento sobre a questão da relação entre o gozo dos direitos humanos e os métodos de trabalho e as atividades das companhias transnacionais”.<sup>53</sup> A subcomis-

and human rights. In: BERNAZ, Nadia (ed.). *Business and Human Rights*. London: Routledge, 2017. pp. 164 – 207.

<sup>49</sup> UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *The power of principles: Sustainability begins with a principles-based approach to doing business*. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 11 abr. 2018.

<sup>50</sup> OIT – Organização Internacional do Trabalho. Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 1998. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf) Acesso em: 30 abr. 2019.

<sup>51</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Carta do Rio). 1992. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf> . Acesso em: 27 maio 2019.

<sup>52</sup> Tradução livre. No original: “Besides the commitment made by the company to respect the principles, and the light monitoring mechanism [...], the main point of the Global Compact is to provide a platform for companies to exchange good practices”.

BERNAZ, Nadia. International soft law initiatives on business and human rights. In: BERNAZ, Nadia (ed.). *Business and Human Rights*. London: Routledge, 2017. pp. 164 – 207. p. 179.

<sup>53</sup> Tradução livre. No original: “with the task of preparing a document on the question of the relationship between the enjoyment of human rights and the working methods and activities of transnational companies”.

são elaborou as chamadas Normas, mas, apresentadas em 2004, não foram aceitas pela Comissão de Direitos Humanos, já que embasaram-se na controversa ideia de que empresas poderiam ter obrigações perante o direito internacional.

Em 2005, a Secretaria Geral da ONU apontou, então, um representante especial para negócios e direitos humanos. John Ruggie, que também participou da equipe que estruturou o Pacto Global, conduziu um extenso processo consultivo, buscando consenso a respeito do tópico.<sup>54</sup> O resultado foi o quadro de referência “Proteger, Respeitar, Remediar”,<sup>55</sup> em 2008, embasado nesses três pilares interrelacionados unanimemente aceitos pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU.<sup>56</sup>

A continuidade do processo consultivo com base nos pilares permitiu a elaboração dos “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando o Quadro de Referência das Nações Unidas ‘Proteger, Respeitar e Remediar’”, endossados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011. Eles são considerados parte da *soft law* no que tange às previsões destinadas às empresas e parte da *hard law* para as previsões destinadas aos Estados. A Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) incorporou tais diretrizes por meio do anexo à Declaração sobre Investimento Internacional e as Empresas Multinacionais — as linhas diretrizes da OCDE para empresas multinacionais. Em 2011, essas diretrizes foram atualizadas e passaram a ter um foco mais abrangente em direitos humanos e a se alinhar com os princípios orientadores da ONU.

Percebe-se, então, que as questões em torno da responsabilidade se tornaram mais evidentes a partir da evolução do conceito de CSR. De uma perspectiva ju-

rídica, o uso desse termo traria consigo uma série de definições correlatas e de consequências. No entanto, o próprio Ruggie<sup>57</sup> esclareceu que o uso do termo responsabilidade no contexto da CSR na verdade criou uma nova categoria de normas. Entre a moral clássica e as normas jurídicas haveria as normas sociais. Em síntese, a palavra responsabilidade não deveria ser interpretada em seu conceito jurídico, mas em seu sentido social, usual.

Da mesma forma, abordagens mais recentes<sup>58</sup> consideram que normas voluntárias são, apenas, uma parte da CSR, e que o formato da norma é, na verdade, irrelevante. Conforme estruturado por McBarnet,<sup>59</sup> a CSR pode significar agir além da lei, por meio da lei, pela lei, ou até mesmo contra a lei. A CSR “além da lei” incorpora as pressões da sociedade civil, mudanças de expectativas de consumidores e investidores, reações pós-escândalo, valores e cultura organizacionais, ou casos de negócio com vantagens competitivas. CSR “por meio da lei” é a implementação da CSR por meio das várias formas de regulação oficiais<sup>60</sup>. CSR “pela lei” também pode ir “além da lei”, mas significa cumprir com seu espírito e complementar o campo jurídico da CSR, o qual tem suas limitações. A CSR “contra a lei” é defendida em sistemas jurídicos nos quais a CSR pode ser vista como contrária à lei por ser interpretada como um descumprimento do dever administrativo de maior lucratividade.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> RUGGIE, John Gerard. The Social Construction of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Corporate Responsibility Initiative Working Paper No. 67. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. Jun. 2017. p. 13-15.

<sup>58</sup> Sobre as discussões conceituais e de implementação da CSR, disponível também em:

FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020 p.324-339.

MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de. O papel do direito no contexto do desenvolvimento sustentável: uma avaliação qualitativa de programas corporativos de responsabilidade socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 141-158.

<sup>59</sup> MCBARNET, Doreen. Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability. In: MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora; and CAMPBELL, Tom (eds). *The New Corporate Accountability*. Corporate Social Responsibility and the Law, Cambridge: Cambridge University Press 2007. pp. 1-56.

<sup>60</sup> Por exemplo, *hard law* nacionais e internacionais, *soft law* nacionais e internacionais, auto-regulação, ou meta-regulação.

<sup>61</sup> Empresas anglo-americanas tendem a usar essa perspectiva, enquanto a abordagem dos stakeholders

BERNAZ, Nadia. International soft law initiatives on business and human rights. In: BERNAZ, Nadia (ed.). *Business and Human Rights*. London: Routledge, 2017. pp. 164 – 207. p. 185.

<sup>54</sup> BERNAZ, Nadia. International soft law initiatives on business and human rights. In: BERNAZ, Nadia (ed.). *Business and Human Rights*. London: Routledge, 2017. pp. 164 – 207. p. 191.

<sup>55</sup> RUGGIE, John Gerard. *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development – Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*. April 7 th, 2008. Disponível em: <https://www.businesshumanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2018.

<sup>56</sup> BERNAZ, Nadia. International soft law initiatives on business and human rights. In: BERNAZ, Nadia (ed.). *Business and Human Rights*. London: Routledge, 2017. pp. 164 – 207. p. 193.



Uma das principais críticas aos modelos de CSR é a uma suposta ausência de consequências ao descumprimento. Ela advém do fato de que os documentos sobre CSR bem como os desenvolvimentos teóricos acerca do tema ainda constituem a chamada *soft law* no direito internacional. Isso significa a manutenção do caráter não vinculante, apesar de toda a evolução ocorrida. Entretanto, isso não significa, necessariamente, ineficácia.

A essência da crítica contra essa natureza não vinculante é que ela leva à inexistência de consequências jurídicas: “embora os modelos de CSR ainda sejam muito populares, sua eficiência é questionada na perspectiva jurídica, já que não são juridicamente executáveis e contam simplesmente com a boa vontade das empresas”.<sup>62</sup> Tais abordagens, normalmente, andam em conjunto com as críticas contra as iniciativas que dependem de relatórios feitos pelas empresas, já que esse é o formato normativo voluntário mais comum. Relatórios, mesmo quando obrigatórios, se embasam na conscientização e na regulação por meio de atores de mercado. Assim, mesmo quando obrigatórios, os relatórios constituem ferramenta muito parecida com as voluntárias. Nesse sentido alguns autores dizem que “já que todas essas iniciativas ainda são seletivas e os critérios para elaboração dos relatórios ainda são vagos, elas não são formas eficientes de forçar as empresas a agir responsabilmente”.<sup>63</sup>

alemães levanta questões diferentes.

MCBARNET, Doreen. Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability. In: MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora; and CAMPBELL, Tom (eds). *The New Corporate Accountability*. Corporate Social Responsibility and the Law, Cambridge: Cambridge University Press 2007. pp. 1-56. p. 23.

<sup>62</sup> Tradução livre. No original: “even though the CSR models are still very popular, the efficiency of these models is questioned from a legal perspective, as they are not legally enforceable and simply rely on the goodwill of the companies”.

EROGLU, Yrd. Doç Dr. Muzaffer. How to Achieve Sustainable Companies: Soft Law (Corporate Social Responsibility and Sustainable Investment) or Hard Law (Company Law). *Kadin Has Universitesi, Hukuk Fakultesi Dergisi*, Haziran 2014, Cilt: 2 – Say 1:1. pp. 87-108. p. 89.

<sup>63</sup> Tradução livre. No original: “since almost all these initiatives are still selective and reporting criterias are vague, it is not an efficient ways to force companies to act responsible” (sic).

EROGLU, Yrd. Doç Dr. Muzaffer. How to Achieve Sustainable Companies: Soft Law (Corporate Social Responsibility and Sustainable Investment) or Hard Law (Company Law). *Kadin Has Universitesi, Hukuk Fakultesi Dergisi*, Haziran 2014, Cilt: 2 – Say 1:1. pp. 87-108. p. 94.

Há alguns problemas com essa linha de argumentação crítica, os quais são divididos em três principais. O primeiro é que a CSR vem como uma crítica contra o formato legal tradicional e positivista, que já se mostrou incapaz de lidar com as externalidades globais. Portanto, usar o mesmo formato para criticar a CSR cria um paradoxo difícil de ser superado, já que significa uma impossibilidade lógica. Partir dessa perspectiva poderia significar adentrar em uma argumentação circular e, logo, infrutífera. O segundo problema é que essa crítica adota, implicitamente, um conceito que está sendo progressivamente superado, isto é, o conceito que entende a CSR como conjunto de normas voluntárias. Conforme discutido anteriormente, nem todas as ferramentas e abordagens de CSR são voluntárias e/ou não vinculantes. Consequentemente, endereçar uma crítica contra tal natureza como uma crítica contra a própria CSR é uma falácia de composição<sup>64</sup>. O terceiro problema é que essa crítica parece esquecer a razão básica pela qual a CSR foi concebida: a existência de uma lacuna de governança. Isso significa que a lei ou regulações puramente estatais carecem das ferramentas para enfrentar a questão das externalidades transnacionais. Nesse sentido, é ilógico encarar essas mesmas ferramentas insuficientes dentro da regulação estatal, sem auxílio externo. Ademais, a principal razão para essa lacuna é a complexidade do contexto. Uma das razões para essa complexidade é a carência de informações técnicas, que muitas vezes apenas as empresas detêm. Logo, convidar as corporações para, voluntariamente, se unir aos esforços é, também, uma estratégia para acessar as informações faltantes.

Independentemente desses problemas estruturais identificados na crítica contra a não vinculatividade da CSR, mesmo se a meta for uma abordagem mais tradicional do direito, com antecedentes e consequentes claramente definidos, a crítica não é totalmente verdadeira. A literatura acadêmica e alguns estudos de caso indicam um movimento rumo a mecanismos que transformam instrumentos inicialmente voluntários em instrumentos exequíveis.<sup>65</sup> Uma das formas de fazer cumprir a CSR é

<sup>64</sup> Uma falácia de composição acontece quando o argumento considera uma característica verdade para o todo só porque ela é verdade para uma parte.

<sup>65</sup> Sobre os progressivos efeitos *hard* de documentos *soft*, disponível também em: NIEUWENKAMP, Roel. The OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct: Soft Law with Hard Consequences. *DQ*. December 2013, No. 4. NOLAN, Justine. Hardening soft law: are the emerging corporate

por meio do direito privado, a qual é justamente o foco deste tópico<sup>66</sup>.

Um caminho são previsões contratuais, por exemplo em contratos unilaterais com fornecedores. Este permite, inclusive, efeitos transfronteiriços, posto que compõem o direito internacional privado e criam normas entre as partes, independentemente de sua localização geográfica. Outro caminho é considerar como prática comercial desleal no direito do consumidor o momento em que uma empresa anuncia práticas autorregulatórias de CSR, mas não as cumpre.<sup>67</sup> Este, apesar de aplicável exclusivamente pelo direito nacional, pode ser indiretamente aproveitado pelo direito internacional público ao estabelecer diretrizes para que os Estados as transponham nacionalmente, ou até mesmo pelo direito internacional privados, por meio dos contratos, conforme descrito no caminho anterior. Por fim, há possibilidades dentro do direito penal, se descumprido o dever de cuidado. Esse último caminho não parece, no entanto, abrir possibilidades para o direito internacional.

Depreende-se desse tópico, em breve síntese, que,

---

social disclosure laws capable of generating substantive compliance with human rights? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018 p. 64-83.

<sup>66</sup> Nesse sentido, disponível em, *e.g.*:

MITKIDIS, Katerina. Peterkova. Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements. *Nordic Journal of Commercial Law* 2014/1, pp. 1-30.

PONCIBO, Cristina. The Contractualization of Environmental Sustainability. *European Review of Contract Law*, (2016) Vol. 12, No. 4, pp. 335-355.

BECKERS, Anna. *Enforcing corporate social responsibility codes: On global self-regulation and national private law* (International studies in the theory of private law, volume 12). Oxford: Hart Publishing, 2015.

BECKERS, Anna. The Regulation of Market Communication and Market Behaviour: Corporate Social Responsibility and the Directives on Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms. *Common Market Law Review* (2017) Vol. 54, No. 2.

EIJSBOUTS, Jan. Corporate Codes as Private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and Their Enforcement. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2017, 24(1), pp. 181-205.

DAM, Cees van. *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer's Business*. Inaugural Lecture Rotterdam School of Management, Erasmus University, 18 September 2015.

<sup>67</sup> Diferentes países já possuem jurisprudência considerando como prática comercial desleal quando as empresas descumprem compromissos assumidos em seus códigos de conduta. Disponível em, por exemplo, *Kasky vs. Nike* (EUA - Suprema Corte da Califórnia), *Verbraucherzentrale Hamburg vs. Lidl* (Alemanha), e decisões de autoridades consumeristas contra Volkswagen na Itália, na Holanda e nos EUA.

apesar da clássica divisão do direito internacional entre normas vinculantes (*hard law*) e normas não vinculantes (*soft law*), cada vez mais, as normas não vinculantes que envolvem obrigações para empresas produzem efeitos vinculantes inicialmente não planejados ou previstos. Em se tratando de empresas, essas consequências se tornam ainda mais interessantes, pois, conforme visto, ainda há resistência à imposição de obrigações a esses entes por meio do direito internacional, sem que sejam reconhecidos como sujeitos de direito internacional. No que tange, especificamente, à constituição de deveres humanos internacionais, tais obrigações podem ser assim classificadas em virtude de seu conteúdo e dos bens que visam proteger, visto que, ao tratarmos de CSR, estamos falando da responsabilidade das empresas relativamente aos direitos humanos dos *stakeholders* e à proteção ambiental.

## 5 Previsão de obrigações para empresas em instrumentos internacionais *hard law*: o exemplo da convenção da basileia

Apesar de toda a controvérsia e da falta de definição teórico-jurídica para a imposição de obrigações — e deveres humanos — a empresas no âmbito internacional, há iniciativas que se lançam ao largo dessas discussões.<sup>68</sup> Um exemplo recente é a emenda sobre plásticos à Convenção da Basileia.

A Convenção da Basileia é a única convenção internacional vinculante referente ao movimento global de resíduos.<sup>69</sup> Ela entrou em vigor no dia 5 de março de 1992 e tem 187 partes. Enquanto instrumento clássico do direito internacional público, a Convenção vincula, logicamente, os Estados que dela são signatários. Um de seus aspectos mais relevantes é a abordagem opera-

---

<sup>68</sup> A análise aqui em questão vai além dos efeitos produzidos após a transposição das normas de direito internacional para o direito interno. No sentido dessa última questão, disponível em, *e.g.*:

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 341-354.

<sup>69</sup> GROSZ, Mirina. *Sustainable Waste Trade Under WTO Law: Chances and Risks of the Legal Frameworks' Regulation of Transboundary Movements of Wastes*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 20.

cional<sup>70</sup> da definição de resíduos que traz, em seu artigo 2(1): “por ‘resíduos’ se entendem as substâncias ou objetos, cujo depósito se procede, se propõe proceder-se, ou se está obrigado a proceder-se em virtude do disposto na legislação nacional”.<sup>71</sup> Ela segue categorizando os resíduos em perigosos e outros, desde que a Convenção surgiu no contexto de um crescimento avassalador dos resíduos perigosos gerados anualmente no planeta.<sup>72</sup> O foco não é somente nos resíduos perigosos, mas também nos impactos que os seus movimentos globais poderiam ter no mundo em desenvolvimento. Essa preocupação está presente no preâmbulo (parágrafo 7), embora acrescida em 1995, durante a COP 3: “reconhecendo também o desejo crescente de proibir movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito em outros Estados, especialmente nos países em desenvolvimento”.<sup>73</sup>

Há diversos aspectos interessantes sobre o conteúdo e a eficácia da Convenção, mas, para o presente estudo, importa destacar que os signatários e, portanto, legalmente vinculados, da Convenção são os países dela signatários. No entanto, emenda recentemente aprovada para combater a poluição plástica trouxe inovação instigante para as discussões sobre imposição de deveres internacionais a empresas.

Em junho de 2018, o governo norueguês propôs uma emenda sobre o tratamento de plásticos, que foi adotada na COP14, em maio de 2019. As mudanças entrarão em vigor em 1º de janeiro de 2021 e estabelecem cuidados especiais para o comércio transfronteiriço de rejeitos plásticos. “Após a entrada em vigor desses Ane-

xos emendados, se uma empresa em qualquer um dos países membros pretender exportar tais resíduos, será necessária a obtenção de consentimento prévio e informado do país destinatário”.<sup>74</sup> Na tabela 1, apresenta-se um resumo das mudanças aprovadas:

Anexos	Detalhes	Destques dos anexos emendados
Anexo II (resíduos plásticos controlados no âmbito da Convenção)	Lista de “Outros Rejeitos” a serem controlados no âmbito da Convenção	Nova listagem dos rejeitos plásticos, com exceção dos listados nos Anexos VIII e IX.
Anexo VIII (resíduos plásticos controlados no âmbito da Convenção)	Lista de exemplos de resíduos perigosos	Nova listagem de resíduos plásticos como resíduos perigosos que têm características perigosas identificadas, com base no processo de descarte ou características químicas
Anexo IX (resíduos plásticos controlados no âmbito da Convenção)	Lista de exemplos de rejeitos perigosos não controlados pela Convenção	Esclarecimentos adicionais do escopo de resíduos plásticos limpos, que são apropriados para reciclagem

**Tabela 1 – resumo das emendas adotadas na COP14 (maio, 2019)<sup>75</sup>**

Além disso, a COP14 estabeleceu novas iniciativas para buscar soluções para a poluição plástica: (i) um

<sup>70</sup> GROSZ, Mirina. *Sustainable Waste Trade Under WTO Law: Chances and Risks of the Legal Frameworks’ Regulation of Transboundary Movements of Wastes*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 21.

<sup>71</sup> United Nations Environmental Program – UNEP. *Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*. 1989. Disponível em: <https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-e.pdf> Acesso em: 28 set. 2019.

UNEP – Basel Convention. *Milestones*. 2019. Available at: <http://www.basel.int/TheConvention/Overview/Milestones/tabid/2270/Default.aspx>. Accessed on September 29, 2019.

<sup>72</sup> HACKETT, David P. An Assessment of the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal. *American University Journal of International Law and Policy*, 5(2), 1990, pp. 291-324. p. 294.

<sup>73</sup> Convenção da Basileia Sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (transposta pelo decreto n. 875/1993). 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0875.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0875.htm) Acesso em: 18 maio 2020.

<sup>74</sup> Japan Ministry of Economy, Trade and Industry – METI. *Fourteenth Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention (COP14) Held*. May 14<sup>th</sup>, 2019. Available at: [https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514\\_002.html](https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514_002.html). Accessed on September 29, 2019.

<sup>75</sup> Japan Ministry of Economy, Trade and Industry – METI. *Fourteenth Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention (COP14) Held*. May 14<sup>th</sup>, 2019. Available at: [https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514\\_002.html](https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514_002.html). Accessed on September 29, 2019.



grupo de trabalho deveria “discutir sobre a revisão das Diretrizes para Gerenciamento Ambientalmente Saudável de Resíduos Plásticos”;<sup>76</sup> e (ii) uma Parceria sobre Resíduos Plásticos, para encorajar países membros a gerenciar os resíduos plásticos de uma forma ambientalmente correta,<sup>77</sup> que participará de atividades para coletar dados e conscientizar o público, a partir de 2020.

Chama atenção, em especial, o estabelecimento de obrigação às empresas exportadoras de resíduos plásticos. Ela abre, inclusive, a possibilidade de estruturação de outras previsões no mesmo sentido após as discussões do grupo de trabalho e da parceria. No caso aqui descrito, ao contrário das discussões anteriores relativamente à criação de instrumentos específicos para vinculação de empresas em âmbito internacional sobre CSR, a emenda não levantou, pelo menos por enquanto, nenhuma resistência. Trata-se, portanto, de exemplo que demonstra a possibilidade de criação de obrigações — e, consequentemente, deveres humanos — para empresas no bojo do direito internacional, independentemente dos debates sobre seu *status* jurídico. Adicionalmente, as normas de comércio internacional parecem constituir meio particularmente propício para essa estruturação.

## 6 Considerações finais

O presente estudo enfrentou o questionamento se é possível estabelecer obrigações de proteção socioambiental para empresas multi e transnacionais com base no Direito Internacional Público e da teoria dos deveres fundamentais.

A fim de se chegar a uma resposta para questão tão complexa neste momento tão inicial das teorias, optamos por um corte mais próximo, por meio de casos específicos. Por isso enfrentamos três questões secundárias: (i) pode-se falar em horizontalidade de aplicação dos deveres humanos? (ii) seria possível derivar análo-

gos internacionais de aplicações que têm sido utilizadas no âmbito nacional para vincular empresas a seus compromissos ambientais, como por meio do direito consumerista e do direito contratual? (iii) É possível impactar regras impostas às empresas privadas por meio de normas dirigidas aos Estados, como normas de comércio internacional?

Para todas as três perguntas secundárias, a resposta foi afirmativa e demonstrou significativos avanços recentes no sentido de passos progressivos rumo à imposição de deveres humanos a empresas no âmbito jurídico internacional.

No caso da horizontalidade, o próprio conceito dos deveres fundamentais já foi construído — primeiramente no contexto nacional brasileiro e depois expandido para o contexto internacional — voltando-se à aplicabilidade aos particulares. Assim, torna-se imediata e simples também a transposição da Teoria da Horizontalidade.

Já a utilização de contratos e do direito consumerista — e principalmente esta última — pode depender de auxílio do direito nacional. Entretanto, seu potencial chega ao núcleo deste estudo. Isto é, esse caminho detém potencial para influenciar o estabelecimento de deveres humanos às empresas no direito internacional.

Por fim, o exemplo da Convenção da Basileia demonstrou que, em algumas situações, pode até mesmo ser possível passar ao largo das discussões e resistências teóricas a essas imposições e inserir obrigações a empresas em instrumentos internacionais de *hard law*. Nesse caso, entretanto, ainda há de se aguardar a efetividade que o dispositivo demonstrará. Raciocínio semelhante pode ser empregado a normas de comércio internacional, as quais, embora tenham como destinatário os Estados, afetam, também, as partes privadas aí inseridas.

Por todo o exposto, a principal contribuição deste estudo é analisar — até onde sabemos, de forma inédita — as interconexões entre as potencialidades do direito internacional para imposição da CSR e os deveres humanos. Espera-se, assim, estar contribuindo para a formulação teórica das possibilidades de proteção internacional dos direitos humanos e do meio ambiente frente à atuação corporativa.

<sup>76</sup> Japan Ministry of Economy, Trade and Industry – METI. *Fourteenth Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention (COP14) Held*. May 14<sup>th</sup>, 2019. Available at: [https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514\\_002.html](https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514_002.html). Accessed on September 29, 2019.

<sup>77</sup> Japan Ministry of Economy, Trade and Industry – METI. *Fourteenth Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention (COP14) Held*. May 14<sup>th</sup>, 2019. Available at: [https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514\\_002.html](https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514_002.html). Accessed on September 29, 2019.

## Referências

- ABREU, Ivy de Souza; FABRIZ, Daury César. O Dever Fundamental de Proteção do Meio Ambiente e seu Fundamento na Solidariedade: uma análise à luz do holismo ambiental. *Derecho y Cambio Social*, n. 31, 2014. pp. 1-13.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á. Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 23, 2009.
- ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ANTON, Donald K.; SHELTON, Dinah L. *Environmental Protection and Human Rights*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- BADERIN, Mashood A.; SSENIONJO, Manisuli. Development of International Human Rights Law Before and After the UDHR. In: BADERIN, Mashood A.; SSENIONJO, Manisuli (eds.). *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*. Farnham: Ashgate, 2010. pp. 3-27.
- BAYÓN MOHINO, J. C. Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés). *Doxa*, n. 3, 1986.
- BECKERS, Anna. Enforcing corporate social responsibility codes: On global self-regulation and national private law (International studies in the theory of private law, volume 12). Oxford: Hart Publishing, 2015.
- BECKERS, Anna. The Regulation of Market Communication and Market Behaviour: Corporate Social Responsibility and the Directives on Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms. *Common Market Law Review* (2017) Vol. 54, No. 2.
- BERNAZ, Nadia. International soft law initiatives on business and human rights. In: BERNAZ, Nadia (ed.). *Business and Human Rights*. London: Routledge, 2017. pp. 164 – 207. p. 175.
- BOBBIT, Philip. A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- BOWEN, Harold R. *Social responsibility of the businessman*. New York: Harper & Row, 1953.
- BRIOSCHI, Livia; GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Dever Internacional de Reciclagem dos Resíduos Plásticos pelos Navios. *Revista Foz*, v.2, n. 2, 2019. pp. 71-88.
- BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant’Ana. A Recusa das Partes à Audiência Preliminar no Novo Código de Processo Civil: Necessidade de Motivação ante o Dever de Cooperação com a Justiça. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 72, 2016. pp. 112-123.
- CASTELO BRANCO, Patrícia Martins; DA SILVA, Fábio Luiz. *História Moderna II*. 1. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.
- CLAPP, Jennifer; DAUVERGNE, Peter. Brief History of International Environmental Cooperation. In: NICHOLSON, Simon; WAPNER, Paul (eds.). *Global Environmental Politics: from person to planet*. New York: Routledge, 2016, pp. 121-136.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Los Deberes de los Proveedores de Servicios de Internet en el Medio Ambiente Digital: el caso del derecho de réplica en el Brasil. *Estudios Constitucionales*, n. 2, 2016. pp. 347-364.
- Convenção da Basileia Sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (transposta pelo decreto n. 875/1993). 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0875.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0875.htm) Acesso em: 18 maio 2020.
- DAM, Cees van. *Enhancing Human Rights Protection: A Company Lawyer’s Business*. Inaugural Lecture Rotterdam School of Management, Erasmus University, 18 September 2015.
- DÍAZ REVORIO, F. J. Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, v. 5, n. 28, 2011.
- DI COSIMO, G. *Dovere di difesa della patria, servizio militare, servizio civile*. *Archivio Pace Diritti Umani*, Padova, p. 55-66, 09 nov. 2011.
- DUDEK, Wanilton. *Teoria do Estado Moderno: Leituras Econômicas e Culturalistas*. Ensino e Pesquisa. Paraná, Maio 2008, v.1, n.5, pp. 6-16.

- DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os Deveres Fundamentais e a Solidariedade nas Relações Privadas. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, 2013. pp. 147-161.
- EBBESON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. *Global Environmental Change* 20(2010). pp. 414-422. p. 420
- EHLE, Géssica Adriana; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A internacionalização do direito e o binômio “vida e morte”: reflexões à luz da dignidade humana e de uma cultura cosmopolita. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n.2 (2017). pp. 227-246.
- EIJSBOUTS, Jan. Corporate Codes as Private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and Their Enforcement. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2017, 24(1), pp. 181-205.
- EROGLU, Yrd. Doç Dr. Muzaffer. How to Achieve Sustainable Companies: Soft Law (Corporate Social Responsibility and Sustainable Investment) or Hard Law (Company Law). *Kadin Has Universitesi, Hukuk Fakultesi Dergisi*, Haziran 2014, Cilt: 2 – Say 1:1. pp. 87-108.
- FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *The New York Times Magazine*, September 13, 1970. Disponível em: <https://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html> Acesso em: 13 abr. 2018.
- GARZÓN VALDÉS, E. Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta. *Doxa*, v. 3, 1986a.
- GARZÓN VALDÉS, E. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, v. 3, 1986b.
- GLENDON, M.A. The Rule of Law in the Universal Declaration of the Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2(1), 2004, article 5 [online]. Available on: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=njihr>. Accessed on February 26, 2020.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. Empreendedorismo Particular e Dever Fundamental de Diagnosticar e Planejar: uma análise no contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 89, 2018.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. Legal Remedies against the Plastic Pollution of the Oceans: an analysis of the attempts from public international law and private initiatives to face the plastic soup. *Bilt: Profeschriftmaken*, 2020.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury César. Dever Fundamental: a construção de um conceito. In: DE MARCO, Christian Magnus; et al. *Série Direitos Fundamentais Civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha - tomo I*. Joaçaba: editora Unoesc, 2013.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury César. A medida do binômio necessidade-possibilidade no dever fundamental dos descendentes de proverem os ascendentes. *Derecho y Cambio Social*, n. 31, 2013.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Obediência ou Proteção? O que exigir do servidor público em caso de norma ambiental menos protetiva. *Revista Direito e Liberdade*, v. 22, n. 1, 2020.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Direito Internacional dos Deveres Humanos: reflexões para uma teoria internacional envolvendo atores privados*. 2019. (prelo)
- GROSZ, Mirina. *Sustainable Waste Trade Under WTO Law: Chances and Risks of the Legal Frameworks' Regulation of Transboundary Movements of Wastes*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- HACKETT, David P. An Assessment of the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal. *American University Journal of International Law and Policy*, 5(2), 1990, pp. 291-324.
- Japan Ministry of Economy, Trade and Industry – METI. Fourteenth Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention (COP14) Held. May 14th, 2019. Available at: [https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514\\_002.html](https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0514_002.html). Accessed on September 29, 2019.
- KNOX, John. The Global Pact for the Environment: At the crossroads of human rights and the environment. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 28(1), 2019, pp. 40-47.
- KOUBI, M. G. La déférence, un devoir sans droit? *Communications*, v. 69, p. 201-214, 2000.



- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia Científica*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- LANCHESTER, F. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, v. 7, n. 13, 2010.
- LAPORTA, F. J. Algunos problemas de los deberes positivos generales (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés). *Doxa*, n. 3, 1986.
- MCBARNET, Doreen. Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability. In: MCBARNET, Doreen; VOICULESCU, Aurora; and CAMPBELL, Tom (eds). *The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007. pp. 1-56.
- MEADOWS Dennis et. al. *Os Limites do Crescimento*. Massachusetts: Donella Meadows, 1972.
- MENEZES NETO, Elias Jacob. As novas configurações da soberania em uma sociedade hiperconectada. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n.3 (2018). pp. 65-98.
- MEYER-BISCH, P. *Les devoirs de l'homme: de la réciprocité dans les droits de l'homme*. Fribourg: Éditions Universitaires, 1989.
- MITKIDIS, Katerina. Peterkova. Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements. *Nordic Journal of Commercial Law* 2014/1, pp. 1-30.
- MORAN, Theodore H. The United Nations and multinational corporations: a review and a perspective. *Transnational Corporations*. Ago. 2009, Vol. 18, No. 2. p. 91-112.
- NABAIS, J. C. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 3, n. 2, p. 11-30, 2002.
- NABAIS, J. C. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- OIT - Organização Internacional do Trabalho. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. 1998. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf) Acesso em: 30 abr. 2019.
- ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Carta do Rio)*. 1992. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf> . Acesso em: 27 maio 2019.
- PALOMBELLA, G. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines. *Derechos y Libertades*, n. 17, 2007.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. Los deberes fundamentales. *Doxa*, n. 4, 1987.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Importância dos Deveres Humanos na Efetivação de Direitos. In: ALEXY, Robert; et. al. (org.) *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. pp. 281-301.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana; BERGER, Rosa Elena Krause. O dever fundamental de desobedecer diante de um governo corrupto e opressivo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 116, 2018. pp. 11-62.
- PIOVESAN, Flávia. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. I Colóquio Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Brasil, 2001. Available at: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/piovesan\\_sip.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf). Accessed on: October 26, 2016.
- PONCIBÒ, Cristina. The Contractualization of Environmental Sustainability. *European Review of Contract Law*, (2016) Vol. 12, No. 4, pp. 335-355.
- ROCA, V. ¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial). *Doxa*, n. 25, 2002.
- RODRIGUES, Leandro Nascimento; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do STF: análise crítica do RE 201. 819-8 e ADI 4815. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n.2 (2018). pp. 11-42.
- RUBIO LLORENTE, F. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 21, n. 61, 2001.
- RUGGIE, John Gerard. *The Social Construction of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Corporate Responsibility Initiative Working Paper No. 67. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. Jun. 2017.

- RUGGIE, John Gerard. Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development – Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights. April 7<sup>th</sup>, 2008. Disponível em: <https://www.businesshumanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- SAGAFI-NEJAD, Tagi. The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2008.
- SCHERER, Andreas Georg; PALAZZO, Guido. Globalization and Corporate Social Responsibility. In: CRANE, A.; MCWILLIAMS, A.; MATTEN, D.; MOON, J.; SIEGEL, D.J. (eds). The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility, Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 413-431.
- SILVA, Elaine Cristina Gonzaga. A Expansão do Direito Internacional: Uma Questão de Valores. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.w
- SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 3, n. 2, 2013. pp. 250-269.
- TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Accessory Tax Obligations from the Perspective of the Fundamental Duties Theory. Congresso IVR. Belo Horizonte, 2013 (disponibilizado pelos autores).
- TOFFLER, Alvin. A terceira onda (7. ed. ed.). Rio de Janeiro: Editora Record, 1980.
- UNITED NATIONS. Agenda 21. 1992a.
- UNITED NATIONS. The Rio Declaration on Environment and Development. 1992b.
- UNEP – Basel Convention. Milestones. 2019. Available at: <http://basel.int/TheConvention/Overview/Milestones/tabid/2270/Default.aspx>. Accessed on September 29, 2019.
- United Nations – UN. Human Rights and the 2030 Agenda for Sustainable Development. 2016. Available at: . Accessed on 1 August 2016.
- UNITED NATIONS – UN. Report of the World Commission on Environment and Development, Our Common Future (UN Doc. A/42/427, 4 August 1987), Annex. Available at: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987ourcommon-future.pdf>. Accessed on September 23, 2018.
- United Nations: Economic and Social Council. Review of Further Developments in Fields with which the Sub-Commission Has Been Concerned – Human Rights and the Environment: Final report prepared by Mrs. Fatma Zohra Ksentini, Special Rapporteur. 6 July 1994. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/226681>. Accessed on February 28, 2020.
- United Nations Environmental Program – UNEP. Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal. 1989. Available at: <https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConvention-Text-e.pdf> Accessed on September 28, 2019.
- UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. The power of principles: Sustainability begins with a principles-based approach to doing business. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- United Nations Human Rights Special Procedures. Framework Principles on Human Rights and the Environment: the main human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. 2018. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FrameworkPrinciplesUserFriendlyVersion.pdf>. Accessed on February 27, 2020
- VARELA DÍAZ, S. La idea de deber constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 4, 1982.
- VERNENGO, R. J. Deberes prescriptivos y deberes descriptivos. Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid, p. 263-273, 1993.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Maternidade por substituição:**  
perspectivas da Conferência da  
Haia e suas potenciais influências  
no regramento brasileiro

**Surrogate motherhood:**  
perspectives from the Hague  
Conference and its potential  
influences in brazilian law

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Fernanda Rezende Martins

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# Maternidade por substituição: perspectivas da Conferência da Haia e suas potenciais influências no regramento brasileiro\*

## Surrogate motherhood: perspectives from the Hague Conference and its potential influences in brazilian law

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff\*\*

Fernanda Rezende Martins\*\*\*

### Resumo

O desenvolvimento tecnológico propiciou a criação e aperfeiçoamento de técnicas de reprodução medicamente assistidas, entre elas a gestação por substituição. Caracterizada pelo fato de uma mulher que não pretende assumir a maternidade ceder seu corpo para gestar uma criança para outrem, a técnica, ainda, carece de diálogo, controle e regulamentação no Brasil e em âmbito internacional. Logo, o presente artigo tem como objetivo observar como as discussões em curso na Conferência de Direito Internacional Privado da Haia (HCCH) podem influenciar a forma como o Brasil trata o assunto. Afinal, no âmbito do Direito Internacional Privado, ainda não há tratado internacional sobre o tema, forte nas divergentes posições entre os países. Assim, utilizando-se do método dedutivo de abordagem e, segundo os modelos descritivo e explicativo de análise dos objetivos, este artigo destaca os efeitos da tecnologia na maternidade, a variedade de abordagens sobre o tema no mundo, incluindo o Brasil, e como a HCCH vem se posicionando a respeito do assunto. Para tanto, consultam-se a doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, e os principais documentos já editados sobre o assunto, em especial, do Conselho Federal de Medicina e da HCCH. Por fim, os resultados apontam que os diálogos, até então realizados, estão fornecendo princípios básicos e consolidando regras de caráter de *soft law*. Logo, a busca por um instrumento multilateral pode instigar o Brasil, que ainda não possui regulamentação própria, a discutir e se posicionar para que os direitos básicos de todos os envolvidos na gestação por substituição sejam preservados.

**Palavras-chave:** Conferência de Direito Internacional Privado da Haia. Gestação por substituição. Maternidade. Sub-rogação.

### Abstract

Technological development led to the creation and improvement of medically assisted reproductive techniques, including surrogate maternity. It is characterized by the fact that a woman who does not intend to assume motherhood gives her body to give birth to another child, the technique

\* Recebido em 23/07/2020  
Aprovado em 05/04/2021

\*\* Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade federal de Uberlândia (UFU), onde também é professora adjunta na Graduação. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito Público pela UNISINOS, com bolsa capes e período de estudos junto à University of Toronto, com fomento DFAIT. Especialista em Relações Internacionais (UFRGS/PPGEEI), em Direito Internacional (UFRGS/PPGD) e em Língua Inglesa (Unilasalle).  
E-mail: tatiafrcardoso@gmail.com

\*\*\* Mestranda na Universidade Federal de Uberlândia, na Linha de Pesquisa: "Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais" (2019-2021). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela PUC-Minas. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.  
E-mail: fernandarm@hotmail.com

still lacks debate, control and regulation in Brazil and around the globe. Therefore, this article aims to observe how the ongoing discussions at the Hague Conference on Private International Law (HCCH) could influence the way Brazil deals with the subject. After all, under the Private International Law, there is not yet an international treaty on the subject, due to the divergent positions of nations worldwide. Thus, using the deductive method of approach and in accordance with the descriptive and explanatory models of object analysis, this research highlights the effects of technology on maternity, the variety of approaches on the subject in the world, including Brazil, and how the HCCH has been positioning itself over it. For this end, foreign and domestic doctrine over the subject are analyzed, just as the main documents enacted over this topic, especially those by the Brazilian Medical Federal Council and HCCH. At the end, the results show that the debates previously conducted are providing basic principles and consolidating soft laws. Thus, the search for a multilateral instrument may prompt Brazil, which does not yet have its own regulation, to discuss and position itself so that the fundamental rights of all those involved in substitution pregnancies are preserved.

**Keywords:** Hague Conference on Private International Law. Surrogate motherhood. Motherhood. Surrogacy.

## 1 Introdução

A criação e o aperfeiçoamento das técnicas de reprodução medicamente assistida obtiveram um importante papel para a remodelagem do corpo familiar. Definir e fazer com que sejam reconhecidas a maternidade, a paternidade, a filiação e a composição de uma família atualmente esbarram em premissas não mais adequadas. A pós-modernidade, assim, coloca em xeque conceitos tradicionais e basilares frente ao desenvolvimento tecnológico e aos novos anseios sociais.

Dentre as diversas técnicas desenvolvidas, a gestação por substituição, também chamada de maternidade por sub-rogação ou substituição, é uma alternativa em alta entre aqueles que buscam realizar o sonho da maternidade/paternidade. Apesar de cada vez mais preterida em detrimento do procedimento de adoção, a gestação não é objeto de nenhum documento internacional que

harmonize questões de contratação da técnica de reprodução em situações que envolvam mais de um país.

Desse modo, presencia-se uma variedade de tratamentos quanto à temática, que vão desde sua expressão proibição, possibilidade do uso da técnica de forma comercial até mesmo a falta de regulamentação, como é o caso do Brasil. A ausência de regulação nacional, bem como a de um instrumento multilateral, pode deixar vulneráveis os direitos fundamentais básicos do bebê oriundo da gestação, da mãe substituta e dos pretensos pais. Apenas o diálogo entre nações no âmbito do Direito Internacional Privado pode garantir que os procedimentos de gestação por substituição garantam a dignidade da pessoa humana a todos os envolvidos.

Por essa razão, o presente artigo analisa como as discussões em curso na Conferência da Haia podem influenciar a forma com que o Brasil trata a temática da maternidade por substituição. Tal investigação no Direito Internacional Privado se justifica em razão dos conflitos e lides propostas para o reconhecimento da nacionalidade de crianças oriundas dos procedimentos de maternidade substitutiva, haja vista que cada país legisla de acordo com a sua realidade nacional.

Para tanto, por meio do método dedutivo de abordagem, o presente texto divide-se em duas partes, as quais desenvolvem-se com base nas técnicas documental e bibliográfica de pesquisa, selecionadas qualitativamente desde o objetivo geral de pesquisa. Assim, na primeira parte, segundo os modelos descritivo e explicativo, aponta-se os efeitos produzidos pela evolução das técnicas medicamente assistidas sobre a maternidade, além de apresentar um panorama quanto ao tratamento do uso dessa técnica em países selecionados, incluindo-se o Brasil, consultando-se não apenas a doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, como também os principais documentos já editados sobre o assunto, especialmente do Conselho Federal de Medicina, sem o condão, porém, de esgotá-los. Já na segunda parte, de maneira analítica, discorre-se sobre os desafios enfrentados por aqueles que buscam contratar a gestação por substituição ou fazer parte do procedimento, bem como os posicionamentos da Conferência de Direito Internacional Privado da Haia (HCCH) e suas possíveis influências no tratamento brasileiro acerca do tema, examinando-se, para tal fim, não apenas a doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, como também os principais documentos emanados da HCCH.

## 2 O contexto atual da maternidade por substituição no Brasil e no exterior

As técnicas de reprodução assistida estão cada vez rotineiras na pós-modernidade<sup>1</sup>, haja vista a constante reconfiguração de ideais perseguidos pelo homem. Dessa forma, realizar o sonho da maternidade ou paternidade não se restringe mais, apenas, a formas convencionais de reprodução. A maternidade por substituição, enfoque deste artigo, é uma das técnicas em que a geração de uma criança pode envolver mais de duas pessoas, constatando o desenvolvimento médico na seara da reprodução na sociedade atual.

As consequências oriundas dessa prática se mostram pouco conhecidas, principalmente ao se considerar o direito comparado e os variados sistemas de abordagem sobre o tema no mundo. Desse modo, conhecer o panorama da gestação por substituição mostra-se essencial para compreender a complexidade da temática e as implicações jurídicas que esta pode causar no embate entre realidades diferentes ao redor do globo.

### 2.1 As técnicas de reprodução “medicamentosa” assistidas e os efeitos desta sobre a maternidade

Na atualidade, o novo redimensionamento social vem transformando a composição familiar em diversos aspectos. A emancipação da mulher e sua entrada no âmbito do trabalho, a afirmação e conquista de espaço das relações homoafetivas, bem como a consolidação da ideia de maternidade/paternidade sem a necessária presença de um(a) companheiro(a) convergiram em um mesmo ideal: o desejo de escolher quando e como ter filhos, independentemente das barreiras físicas impostas em cada uma das situações.

Nesse sentido, as técnicas de reprodução medicamentosa assistida<sup>2</sup> ocorrerão

<sup>1</sup> Sobre o cenário introduzido pela pós-modernidade, em especial pelo impacto do biopoder na otimização da vida. ZENNI, Alessandro Severino V. Os “ruídos” da ciência e o retorno ao direito clássico: única via à dignidade da pessoa humana. *Universitas Ius*, Brasília, v. 27, n. 3, p. 128-144, 2016. p. 133-135.

<sup>2</sup> Para melhor compreensão, observa-se que essas técnicas de reprodução podem ser classificadas em: a) intracorpóreas: método por meio do qual a fecundação ocorre no interior do corpo da mulher, no qual é inserido o gameta masculino no aparelho genital

sempre que houver qualquer tipo de interferência médica para viabilizar ou facilitar a procriação, não abrangendo tão somente os procedimentos de inseminação artificial ou fertilização *in vitro* (e suas variações), mas também outros métodos nos quais há a relação sexual, como a administração de medicamentos para estimular a ovulação.<sup>3</sup>

Com isso, percebe-se que a busca por uma forma não convencional de reprodução não se limita, apenas, a casais estéreis ou com problemas de fertilidade. Hoje, as técnicas de reprodução são utilizadas em diversas demandas, seja de casais homoafetivos<sup>4</sup>, pessoas solteiras ou casais com idade mais avançada que decidam ter filhos. Tal estágio atual de medicalização da procriação marca, de acordo com Sandel<sup>5</sup>, o rompimento entre reprodução humana e sexualidade.

Discutir essa temática no âmbito do Direito se torna importante a partir do momento em que o evento que tradicionalmente definia legalmente a maternidade, isto é, o parto, não mais se amolda a todos os casos. As biotecnologias passaram a alterar papéis, permitindo identificar a gestante como mãe biológica, a doadora do material como mãe genética e, ainda, a autora do projeto de maternidade como mãe afetiva.

Esse fenômeno é chamado [...] de maternidade cindida ou *split motherhood*. Dessa forma, o conceito de que a maternidade não é mais uma, na medida em que há possibilidade de ter até três pretensões de maternidade: uma ancorada na gestação, outra

feminino tal como a inseminação artificial; b) extracorpóreas: tratase da fertilização *in vitro* (FIV), procedimento em que o óvulo e o espermatozoide são fecundados fora do corpo da mulher, em um tubo de ensaio ou mídia de cultivo, para, posteriormente, o óvulo fecundado ser transferido para o útero; c) homólogas: quando é utilizado o material genético (óvulo e espermatozoide) do próprio casal; e d) heterólogas: quando é utilizado o material genético de doadores, seja o óvulo, o espermatozoide ou ambos. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 22, p. 177- 200, 2016. p. 180.

<sup>3</sup> SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e paternidade: bioética. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010. p. 350.

<sup>4</sup> STARK, Barbara. Transnational surrogacy and international human rights law: transnational surrogacy and international human rights law. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 18, n. 2, p. 369-386, 2011-2012.

<sup>5</sup> SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 34.



na origem genética e outra, ainda, no projeto parental.<sup>6-7</sup>

Tal situação pode ser mais bem observada na gestação por substituição, caracterizada quando uma mulher que não pretende assumir a maternidade cede seu corpo para gestar uma criança para outrem<sup>8</sup>. Essa técnica é conhecida por diversas denominações, tais como útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação por substituição, gestação sub-rogada, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração, barriga de aluguel, cessão temporária de útero, dentre outras tantas que a identificam.<sup>9</sup>

Apesar de o termo adequado, ainda, ser discutido e suas conseqüências pouco conhecidas, o aumento na busca por essa alternativa para se ter filhos é notório. Araújo, Vargas e Martel<sup>10</sup> afirmam que o crescimento dos casos internacionais de gestação por substituição

está diretamente ligado à maior rigidez na concessão de adoções internacionais, principalmente após a regulamentação da Conferência da Haia. As possibilidades de se proceder a uma adoção internacional diminuíram com os novos sistemas de proteção legal, além de serem procedimentos longos e custosos.<sup>11</sup> Nesse cenário, a maternidade por substituição aparece como uma alternativa mais rápida e simples à adoção<sup>12</sup>, e com a vantagem de que a criança pode ser geneticamente ligada aos autores do projeto parental.

Inserida no contexto da pós-modernidade, em que as incertezas e a falta de segurança assomam diversos âmbitos da vida social, Martinho lembra que “a procriação artificial coloca questões que ultrapassam o campo da terapêutica e da ciência que as fez nascer. Põem em causa o estado das pessoas, as estruturas familiares e as liberdades individuais do ser humano”.<sup>13</sup> Dessa forma, os inúmeros desdobramentos jurídicos que podem advir do uso dessa técnica, seja na sua forma gratuita ou onerosa, tornam-se, ainda, mais complexos ao analisar as diferentes formas com que a temática é tratada no mundo.

## 2.2 A gestação por substituição no âmbito global

Quando a temática da maternidade por substituição é vista por um âmbito global, é comum encontrar classificações que agrupam o uso da técnica em três siste-

<sup>6</sup> ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 499. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wpcontent/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83o-desubstitui%C3%87%C3%83o-regramento-no-direito-brasileiro-e-seus-aspectos-de-direito-internacional-privado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>7</sup> Acerca dessa nova visão de maternidade, Swennen vai além, expondo *quatro* grandes desenvolvimentos que motivariam tal divisão: (a) a bifurcação entre a maternidade biológica e a genética; (b) a evolução da maternidade genética, englobando doações que vão além de óvulo (*egg cell*), mas de mitocôndria (*mitochondrial*); (c) a intenção legal de maternidade, englobando casais homoafetivos; e (d) a maternidade social, sobre o desenvolvimento de vínculos afetivos que não necessariamente derivam de um status parental. SWENNEN, Frederik. *Motherhoods and the Law*. In: WILLEKENS, Harry et al. (ed.). *Motherhoods and the Law*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2019. p. 101-118. p. 103-105.

<sup>8</sup> CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017.

<sup>9</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação por substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*. Guarulhos, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.

<sup>10</sup> ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 482. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wpcontent/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83o-de-substitui%C3%87%C3%83o-regramento-no-direito-brasileiro-e-seus-aspectos-de-direito-internacional-privado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019

<sup>11</sup> “There has been a resistance to likening surrogacy to adoption in part because the restrictions on inter-country adoption often resulted in discrimination against LGBT parents, single parents, and parents that did not otherwise fit the mold of the ideal adoptive parents. [...] [B]oth adoption and surrogacy target the same market. [...] [L]ittle regulation exists in the surrogacy context. However, adoption is highly regulated”. MOHAPATRA, Seema. Adopting an international convention on surrogacy: a lesson from intercountry adoption. *Loyola University Chicago International Law Review*, v. 13, n. 1, p. 24-55, 2015. p. 37-38.

<sup>12</sup> Essa afirmativa não pode ser generalizada, porquanto ela depende de vários fatores. Engel, por exemplo, defende justamente o oposto, tecendo que a maternidade por substituição é “anything but quick and easy” no contexto europeu, pois, “[i]n the vast majority of jurisdictions, motherhood is initially attached to the woman who carried the child. Furthermore, many surrogate mothers are married, which makes the laws of most countries presume her husband to be the father. This impedes the child in getting the same passport as his intended parents who thus have to challenge the parenthood of the surrogate or her husband”. ENGEL, Martin. Cross-border surrogacy: time for a convention? In: BOELE-WOELKI, Katharina et al. *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*. Cambridge: CUP, 2014. p. 199-216. p. 205.

<sup>13</sup> SILVA, Paula Martinho da. *A procriação artificial: aspectos jurídicos*. Lisboa, Portugal: Moraes, 1986. p.107.

mas diversos<sup>14</sup>. Os países do primeiro grupo são aqueles que permitem a gestação por substituição sem ou com poucas restrições, inclusive em contratos comerciais, denominados barriga de aluguel. Algumas províncias do Canadá, Reino Unido, Ucrânia e Holanda são exemplos de países nessa classificação. Já no segundo grupo estão os países que proíbem, expressamente, a prática em qualquer condição, sendo a Alemanha e a Espanha exemplos dessa condição. Por último, há países que permitem, de forma bastante restritiva, como é o caso do Brasil, Argentina e Chile.<sup>15</sup>

Não obstante, a classificação descrita representa, apenas, um panorama quase simplista da forma como a gestação por substituição é abordada no mundo. A realidade relativa a cada agrupamento é mais complexa. Em cada país é possível encontrar uma peculiaridade. É adequado, portanto, atentar-se para as disparidades que podem existir em uma mesma classificação, considerando-se fatores políticos, culturais ou históricos que influenciam cada país.

Nessa perspectiva, com base na primeira classificação, países que permitem a gestação por substituição sem ou com poucas restrições, inclusive em seu aspecto comercial, é possível perceber a diferença de abordagem entre o Canadá, Israel e Ucrânia, apesar de inseridos no mesmo grupo. No Canadá, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é legalizado, além de ser permitida a adoção, reprodução medicamente assistida e a maternidade por substituição por pessoas

de qualquer orientação sexual, residentes no país ou estrangeiro. Além do mais, o país adota o modelo de gestação por substituição voluntária, não podendo a mãe de aluguel auferir lucros com a gestação, apenas receber o reembolso de uma quantia limitada de despesas relacionadas à gravidez.

Uma realidade completamente diferente, e que, ainda sim, se encontra agrupada na classificação mais permissiva é a de Israel. Até 2018, apenas casais heterossexuais eram contemplados pela lei de barriga de aluguel existente no país.<sup>16</sup> Ocorre que uma modificação legislativa em tal ano introduziu mulheres solteiras na possibilidade de acesso à maternidade por substituição, excluindo os homens.<sup>17</sup> Com isso, casais formados por homens foram impossibilitados de fazer o uso da técnica no país<sup>18</sup>, gerando diversas manifestações. Salienta-se que a prática é permitida, apenas, para os cidadãos daquele país e deve ocorrer na forma voluntária.<sup>19</sup>

Já na Ucrânia, a forma comercial de gestação por substituição foi permitida a partir do ano 2000, inclusive para cidadãos estrangeiros, desde que sejam heterossexuais e casados.<sup>20</sup> Nota-se que, na utilização em sua forma comercial, o contrato da barriga de aluguel possui várias prerrogativas, como a impossibilidade de a mãe de aluguel ter contato ou ver a criança após o nascimento, sendo permitidas, apenas, informações como comprimento e peso com que o bebê nasceu<sup>21</sup>. Tal questão está relacionada ao próprio Código de Família

<sup>14</sup> ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 501-502. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wpcontent/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83o-de-substitui%C3%87%C3%83o-regramento-no-direito-brasileiro-e-seus-aspectos-de-direito-internacional-privado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019; CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017.

<sup>15</sup> ARMOUR, Kim L. Surrogacy Around the World: trends, questions and ethical issues. *Nursing for Women's Health*, v. 16, n. 3, p. 231-236, 2012. p. 234; Torres, Gloria; Shapiro, Anne; Mackey, Tim K. A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy Childbirth*, v. 19, n. 46, p. 1-12, 2019; PIERSANTI, Valeria et al. Surrogacy and "Procreative Tourism": what does the future hold from the ethical and legal perspectives? *Medicina*, v. 57, n. 1, p. 47-63, 2021. p. 50-53.

<sup>16</sup> BENSUSHAN, Abraham; SCHENKER, Joseph G. Legitimizing surrogacy in Israel. *Human Reproduction*, v. 12, n. 8, p. 1832-1834, 1997.

<sup>17</sup> BIRENBAUM-CARMELI, Daphna; MONTEBRUNO, Piero. Incidence of surrogacy in the USA and Israel and implications for women's health: a quantitative comparison. *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, v. 36, p. 2459-2469, 2019. p. 4. Disponível em: [https://mpr.ub.uni-muenchen.de/101454/1/MPPA\\_paper\\_101454.pdf](https://mpr.ub.uni-muenchen.de/101454/1/MPPA_paper_101454.pdf) Acesso em: 03 mar. 2021.

<sup>18</sup> Esse fato fez com que houvesse um deslocamento do local de realização da maternidade por substituição por esse grupo para os Estados Unidos e para o sudeste asiático. Tsfat, Maya et al. Fatherhood as a Spatial-contextual phenomenon: Israeli gay fathers through surrogacy. *Men and Masculinities*, p.1-21, jan. 2020. p. 3-5.

<sup>19</sup> ISRAEL tem protestos por lei de "barriga de aluguel" que exclui homens. *Exame*, São Paulo, jul. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/israel-tem-protestos-por-lei-de-barriga-de-aluguel-que-exclui-homens/> Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>20</sup> KIRSHNER, Shany Noy. Selling a Miracle? Surrogacy Through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy. *Journal of International Business and Law*, v. 14, n. 1, p. 77-97, jan. 2015. p. 84-86.

<sup>21</sup> BIOTEXCOM. *Home*. Disponível em: <http://mother-surrogate.info/> Acesso em: 20 jun. 2019.

Ucraniano, que estabelece que, no caso de gestação por substituição, os pais genéticos serão considerados os genitores do bebê.<sup>22</sup>

No que tange à classificação apresentada, um quadro completamente oposto às realidades até então apresentados é a segunda, relacionada aos países que proíbem a maternidade por substituição expressamente, em qualquer condição. Na Alemanha, o Código Civil considera a parturiente a mãe para todos os efeitos, mesmo no caso de doação de óvulos e maternidade por substituição.<sup>23-24</sup> Cervi e Camera<sup>25</sup> entendem que esse posicionamento pode ser interpretado como uma medida de cautela em razão do histórico de violação dos direitos humanos na Segunda Guerra Mundial. Dessa maneira, o país criminaliza a técnica, não deixando abertura e possibilidade para que alemães busquem essa alternativa dentro do país.

Na Espanha, além da restrição há, também, norma expressa no sentido de que a mãe é aquela que dá à luz.<sup>26</sup> Como resposta ao grande número de espanhóis que buscam a gestação por substituição em outros países, admitiu-se a possibilidade de reconhecimento da paternidade ou maternidade biológica e a adoção pelo outro cônjuge<sup>27</sup>. No entanto, contornar a discussão da

maternidade por substituição com essas alternativas parece não diminuir o número de espanhóis que buscam resolver essa questão contratando barriga de aluguel no exterior.<sup>28</sup>

### 2.3 A regulação da técnica no ordenamento brasileiro

Para apresentar a realidade do terceiro grupo da classificação *supra* realizada, quanto aos países que permitem a maternidade por substituição de forma bastante restritiva, passa-se a observação dos aspectos envolvendo o Brasil. No país, apesar de o primeiro bebê de proleta ter nascido há mais de três décadas (07 de outubro de 1984), ainda não há uma legislação específica para a prática de reproduções medicamente assistidas, tampouco para a técnica da gestação por substituição. No entanto, alguns pontos existentes no ordenamento jurídico podem ajudar a explicitar a visão que o legislador brasileiro e a sociedade adotam como premissas para o tema.

Há quem sustente<sup>29</sup> que o acesso à gestação por substituição estaria indiretamente garantido na legislação brasileira com base em leitura conjunta entre o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, a qual aborda o direito de um indivíduo ter filhos, de maneira responsável, competindo ao Estado propiciar o exercício desse direito, o qual, em função disso, dialogaria com os arts. 196 e 198 da Constituição, que versam sobre o dever do Estado à saúde e à prestação de serviço público por intermédio do Sistema Único de Saúde, e com a Lei Federal n. 9.263/1996, que dispõe sobre o planejamento familiar, cujo conceito abrange o conjunto de ações para a

<sup>22</sup> Art. 123(3) do citado Código: “Whenever an ovum conceived by the husband with another woman is implanted to his wife, the child is considered to be affiliated to the spouses”. Ainda, interessante o art. 139 o qual impede que se conteste a filiação maternal no caso do art. 123(3). UKRAINE. *Family Code*. 2004. Disponível em: [jafbase.fr/docEstEurope/FAMILY\\_CODE\\_OF\\_UKRAINE.pdf](http://jafbase.fr/docEstEurope/FAMILY_CODE_OF_UKRAINE.pdf). Acesso em: 03 mar. 2021.

<sup>23</sup> EUROPEAN UNION. *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. Brussels: European Parliament, 2013. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). Acesso em: 03 mar. 2021.

<sup>24</sup> Para o texto legal penal alemão, que pune as técnicas de reprodução assistida em casos de maternidade por substituição com pena privativa de liberdade, assim como a de outros países cuja legislação cível não foi explicitada no texto, como França e Grécia. XAVIER, João Proença. Biomedicina reproductiva e direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 2, p. 19-28, 2020. p. 22-23

<sup>25</sup> CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017.

<sup>26</sup> EUROPEAN UNION. *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. Brussels: European Parliament, 2013. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). Acesso em: 03 mar. 2021.

<sup>27</sup> PUEYO, Manuel José M. Maternidad subrogada y prestación de maternidad. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Madrid, n. 116, p. 21-56, 2015; EMALDI-CIRION, Aitziber. Implicaciones

éticas y jurídicas de la maternidad subrogada: Aproximación a una visión europea. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 23, n. 2, p. 227-235, jul. 2017. p. 228.

<sup>28</sup> “The Swiss-based International Social Security Association estimates that every year, surrogate mothers give birth to around 20,000 children worldwide. Agencies and parents estimate that between 800 and 1,000 go on to live with Spanish parents, but there are no official figures. There are numbers, however, for international adoptions undertaken by Spaniards, and these have fallen from 5,541 in 2004 to 799 in 2015. Several reasons explain this drop, says the Spanish Health Ministry, including better child protection in the countries of origin”. BLANCO, Silvia. Spain struggles with surrogate pregnancy issue. *El País*, fev. 2017. Disponível em: [https://english.elpais.com/elpais/2017/02/21/inenglish/1487696447\\_837759.html](https://english.elpais.com/elpais/2017/02/21/inenglish/1487696447_837759.html). Acesso em: 03 mar. 2021.

<sup>29</sup> CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa; SCHWARTZ, Germano. Gestação de substituição na sociedade de informação: situação fática e legal no Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018. p. 7.



regulação da fecundidade. Outrossim, em nenhum momento, a barriga de aluguel está expressamente referida, sendo este um esforço argumentativo que, ao cabo, não regula a técnica ou os desdobramentos da maternidade via reprodução assistida.

O Código Civil de 2002, ao seu turno, no inciso II do art. 1597, localizado na parte de Relações de Parentesco, elucida que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homogênea, mesmo que falecido o marido<sup>30</sup>. Desse dispositivo, há a presunção, apenas, da paternidade e no âmbito matrimonial. Não há uma preocupação no que diz respeito à configuração da maternidade em casos que envolvem fertilização assistida. Além dessa omissão, a forma como está redigido o artigo leva à conclusão de que o ordenamento brasileiro entende como mãe a parturiente. Observa-se que, ao nascer o bebê, a Declaração de Nascido Vivo (DNV) deve ser preenchida com o nome da mãe que deu à luz, não havendo outra possibilidade no documento.<sup>31</sup>

Todavia, o fato de que as normas acompanham o movimento de remodelação da sociedade ficou evidente com a I Jornada de Direito Civil, de 2002, em que se tratou da filiação no que tange à maternidade em reproduções medicamente assistidas. O enunciado 129<sup>32</sup> aprovado na Jornada propõe que, nos casos de utilização de técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Ao proteger as mulheres que podem gestar, as que produzem seus óvulos regularmente e as estéreis, o enunciado coloca em xeque um dos mais tradicionais princípios do Direito: *mater semper certa est*.<sup>33</sup> Tal princípio prevê que a mãe da criança seja estabelecida, de forma conclusiva, no momento do nascimento, pelo seu papel

no evento. Contudo, o avanço da medicina e a remodelagem familiar não permitem que essa ideia permaneça intacta.

Consoante justificativa do enunciado, foi frisado que, em hipótese alguma, será permitido fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada. Esse posicionamento, também, é observado nos Projetos de Lei que a tramitaram e tramitam no Congresso Nacional, conforme observado por Del'Olmo<sup>34</sup>. Entre eles, podem-se citar o PL n. 3.638/1993, o PL n.º 2.855/1997, o PL n.º 4.655/2001, o PL n.º 1.135/2003, o PL n.º 1.184/2003, o PL n.º 2.061/2003, o PL n.º 4.892/2012 e o PL n.º 115/2015. Em sua maioria, eles proíbem a gestação por sub-rogação na sua forma comercial. Tal proibição certamente tem como embasamento a Constituição Federal Brasileira, que, em seu art. 199, § 4º, proíbe a comercialização do corpo ou parte dele.<sup>35</sup>

Os documentos que versam, de forma mais direta, a respeito da reprodução medicamente assistida e da gestação por substituição no Brasil são aqueles produzidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que estabelecem resoluções para direcionar condutas médicas em todo o território nacional. Apesar de as normas em questão possuírem caráter deontológico, dirigidas à sociedade médica, conhecer as bases em que estas se fundamentam pode auxiliar a compreensão de um futuro posicionamento do legislador ao regular especificamente o tema.

Dentre as cinco Resoluções existentes<sup>36</sup>, a de n. 2.121 de 2015, possui uma dupla importância a ser destacada.

<sup>30</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>31</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de Instruções para o preenchimento da Declaração de Nascido Vivo*. Brasília, 2011. Disponível em: [http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/08/inst\\_dn.pdf](http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/08/inst_dn.pdf). Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>32</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*: enunciados aprovados. 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>33</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 22, p. 177- 200, 2016. p. 181.

<sup>34</sup> DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 22, p. 177- 200, 2016. p. 181.

<sup>35</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>36</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n.º 1.358/1992*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm). Acesso em: 30 jun. 2019; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n.º 1.957/2010*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm) Acesso em: 30 jun. 2019; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n.º 2.013/2013*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf) Acesso em: 30 jun. 2019; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n.º 2.121/2015*. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>. Acesso em 30 jun. 2019; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n.º 2.168/2017*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362> Acesso em: 03 mar. 2021. Para um debate acerca das resoluções mais antigas, vide: CAVALLANTI, Ana Elizabeth Lapa; SCHWARTZ, Germano. Gestação de substituição na sociedade de informação: situação fática e legal no

A primeira refere-se ao fato de que, em seu texto, são apresentados princípios e condutas a serem seguidos pelos médicos no manuseio de técnicas de reprodução medicamente assistida. Dentre essas diretrizes, pode-se observar a impossibilidade de usar a técnica para a escolha do sexo ou de qualquer característica biológica do futuro filho; a proibição de caráter lucrativo comercial na doação de gametas e o limite de quatro óvulos fertilizados a serem implementados por mulher. Ademais, o documento de 2015 trouxe também duas novidades em relação às resoluções anteriores: a primeira refere-se à possibilidade de gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não haja infertilidade, e a segunda discorre sobre a possibilidade excepcional de que mulheres, com mais de 50 anos, possam utilizar essas técnicas.<sup>37</sup>

De forma mais direta, a citada Resolução de 2015 aborda a gestação por substituição ao determinar três requisitos a serem preenchidos.<sup>38</sup> O primeiro trata da possibilidade do uso da técnica nos casos em que houver algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. Observa-se a necessidade de um laudo médico contraindicando a gestação. Além disso, a cedente do útero deve pertencer à família de um dos genitores do projeto parental, tendo parentesco consanguíneo até o quarto grau (isto é, mãe, avó, irmã, tia e prima). Caso não exista esse parentesco, o procedimento somente será possível após aprovação do Conselho Regional de Medicina. Por último, frisa-se a impossibilidade de cessão temporária do útero com caráter comercial ou lucrativo.

Outrossim, essa norma foi revogada em 2017 pela Resolução de n. 2.168 do CFM, mas as regras previstas em tal Resolução não foram totalmente alteradas.<sup>39</sup> Em

relação aos preceitos estipulados pela medida de 2015, na verdade, podem-se avultar três pontos comparativos: um ampliativo, um modificativo e um explicativo. Quanto ao primeiro, destaca-se a possibilidade de cessão temporária do útero para familiares em grau de parentesco consanguíneo descendente não limitado mais ao quarto grau, também abrangendo, agora, na Resolução de 2017, filha e sobrinha. Quanto ao segundo, se na Resolução de 2015 os embriões com mais de cinco anos poderiam ser descartados se esta fosse a vontade dos envolvidos, esse prazo hoje restou reduzido para três. Por fim, em relação ao último, restou definida no texto a já permitida gestação compartilhada para casos de união homoafetiva feminina.

Logo, em função da inexistência de legislação federal que regulamente especificamente o uso das técnicas de reprodução humana assistida, como observado *supra*, o tema acaba sendo orientado pelo CFM, muito embora tais Resoluções não tenham força de lei<sup>40</sup>. As dificuldades enfrentadas para regular a gestação por substituição no país, assim, contrastam com países que já têm um posicionamento consolidado, mesmo que não haja harmonização em nível internacional. Essas divergências estimulam pessoas interessadas no uso da técnica a buscarem países cuja legislação seja mais permissiva, provocando o chamado “turismo reprodutivo”, o qual pode trazer inúmeras consequências para o Direito Internacional Privado.

### 3 A atuação do direito internacional privado na gestação por substituição

As divergências entre os países a respeito da gestação por substituição apontam para questões de caráter ético e jurídico de Direito Internacional Privado. Delimitar a autonomia privada para o uso da técnica, além de ponderar sobre a ordem pública e o melhor interesse

Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018. p. 14-15.

<sup>37</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121/2015*. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>. Acesso em 30 jun. 2019. Para um comentário sobre a Resolução de 2015, vide: DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 22, p. 177-200, 2016.

<sup>38</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121/2015*. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>. Acesso em 30 jun. 2019.

<sup>39</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em: 03 mar. 2021. Para um comen-

tário sobre a Resolução de 2017: SARLET, Gabrielle Bezerra S.; ANDRADE, Denise Almeida. A parentalidade corresponsável e a maternidade por sub-rogação: uma análise a partir do enfoque jurídico dos sistemas normativos brasileiro e português. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 1, p. 1-15, jan./mar. 2020. p. 8.

<sup>40</sup> RIVABEM, Fernanda S.; GLITZ, Frederico. Bebê globalizado: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 23, n. 46, p. 249-270, 2020. p. 253.

da criança, está entre os principais desafios dessa realidade global.

A Conferência de Direito Internacional Privado da Haia (HCCH) pode ter um importante papel para a resolução desses conflitos, caso consiga estabelecer princípios e, no futuro, um tratado internacional sobre a maternidade por substituição. Isso porque, o diálogo internacional é o principal instrumento para que sejam estabelecidos direitos mínimos comuns que permitam o uso dessa técnica sem violar a dignidade da pessoa humana.

### 3.1 Os desafios enfrentados frente à variedade de sistemas

A difusão alcançada pela técnica da gestação por substituição encontra como obstáculo, para seu maior êxito, a variedade de abordagens encontradas no globo. É notável que cada país percebe a maternidade por substituição sob a ótica de sua cultura, além de ser embasada em seus aspectos históricos e políticos. Fato natural, haja vista que, por ser uma técnica recente, a dificuldade de se delimitar suas consequências e riscos é recebida de forma diferente a depender da localidade.

Contudo, apesar da existência de sistemas diversos, dois tipos de problemas são constantemente identificados quando se trata da maternidade sub-rogada. O primeiro deles é a discussão quanto à possível banalização da técnica, caso não seja utilizada de forma adequada, controlada e fiscalizada. Já a segunda questão refere-se ao embate entre a preponderância da ordem pública ou do melhor interesse da criança no que tange à aquisição de nacionalidade em países que não permitem tal meio de reprodução assistida.

Esses dois desafios, que serão melhor apresentados a seguir, apresentam um ponto em comum: ambos perpassam pela ideia base da necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana dos envolvidos. Nessa perspectiva, Brauner<sup>41</sup> ressalta que as novas tecnologias oferecem uma gama de possibilidades à mulher e ao homem para a realização de um projeto de parentalidade. No entanto, cabe uma reflexão sobre quais procedimentos podem ser realizados sem afrontar, diretamente, os

seus direitos fundamentais e, igualmente, os da criança, que deve ter o direito de nascer com a dignidade devida a todos os seres humanos.

Destarte, para evitar a banalização desse progresso científico na área de reprodução, é imprescindível o uso de princípios bioéticos que afirmem a dignidade da pessoa humana, a qual pode ser entendida como a

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas.<sup>42</sup>

O levantamento dessa discussão ocorre, justamente, pelo número de casos registrados de bebês gerados por maternidade por substituição que foram rejeitados por apresentarem alguma deficiência. Além disso, o anexo II da Conferência de Haia de 2014, em seu documento preliminar n.º 3A<sup>43</sup>, apresenta não somente situações dessa natureza, mas também o uso irregular da gestação por substituição para possível tráfico de bebês.

O primeiro caso apontado no relatório sobre casos ocorridos em 2014 é o famoso “*Baby Gammy*”, que viralizou na mídia pelo chocante abandono de um bebê com Síndrome de Down e algumas deficiências respiratórias pelos pretensos pais australianos. O casal que contratou o serviço de maternidade por substituição na Tailândia deu sua versão dos fatos, relatando que a agência que gerenciava o procedimento foi fechada e que a língua se tornou uma barreira entre o casal e a mãe substituta para compreender o que estava acontecendo.<sup>44</sup>

Aos quatro meses de gestação, a mãe substituta foi informada de que estava grávida de gêmeos, e que um deles possuía Síndrome de Down. O casal alegou desconhecer tal informação e que somente descobriram a presença de gêmeos quando voltaram para buscar o pretense filho. Por fim, os australianos levaram, apenas, o bebê saudável, deixando aquele com Síndrome de

<sup>41</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate brasileiro*. 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm> Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60.

<sup>43</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Prel. Doc. N.º 3*. The parantage/surrogacy Project: na updating note. 2015. Disponível em: [https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a_en.pdf) Acesso em: 01 jul. 2019.

<sup>44</sup> SARMENTO, Liv Azevedo. *A gestação de substituição e seus desafios no Direito Internacional Privado*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 53-55.



Down com a mãe substituta, que não havia se planejado para ficar com nenhum dos bebês gerados. A mãe substituta, por sua vez, afirma que, ao descobrirem a gravidez de gêmeos e a deficiência de um deles, o casal solicitara que ela abortasse. Contudo, considerando-se os preceitos culturais e religiosos seguidos pela mãe, esta optou por continuar a gestação. Ao nascerem os gêmeos, os pretensos pais a encontraram e levaram, apenas, o bebê considerado saudável.<sup>45</sup>

Independentemente de quais alegações sejam reais, além do visível prejuízo ao bebê com Síndrome de Down, fora constatado o risco a que a bebê levada pelos pretensos pais estava exposta: posteriores investigações descobriram que um dos pretensos pais australianos já havia sido condenado por abuso sexual contra crianças no ano de 1997.<sup>46</sup>

Tais situações não ocorrem, apenas, em países como a Tailândia, que não regulamentam o instituto. É notório que a falta de fiscalização, inclusive em países que regulam a prática comercial dessa técnica, também pode gerar situações suspeitas de violar direitos fundamentais dos indivíduos. Um exemplo é a agência *BioTexCom*<sup>47</sup> que realiza o serviço completo da gestação por substituição de forma comercial, possuindo como polo a Ucrânia e diversos escritórios pelo mundo.

Nela, mães de substituição são selecionadas, há acompanhamento pré-natal, os pais formuladores do projeto parental podem escolher a quantidade de meses que desejam ficar pelo local para acompanhar os exames. Contudo, apesar do reconhecimento internacional da *BioTexCom* nesse ramo, a agência já se viu inserida em um escândalo, acusada de delito fiscal, possível falsificação de documentos e tráfico de bebês em 2018.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> SARMENTO, Liv Azevedo. *A gestação de substituição e seus desafios no Direito Internacional Privado*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 53-55.

<sup>46</sup> MÃE de aluguel tinha concordado em ficar com bebê com Down, diz agente. *G1*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/08/mae-de-aluguel-concordou-em-ficar-com-bebe-com-down-diz-agente.html> Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>47</sup> ROVATI, Lola. El escándalo de BioTexCom, la clínica de maternidad subrogada ucraniana investigada por posible falsedad documental, delito fiscal y tráfico de bebés. *Bebés y más*, set. 2018. Disponível em: <https://www.bebesymas.com/noticias/escandalo-biotexcom-clinica-maternidad-subrogada-ucraniana-investigada-posible-falsedad-documental-delito-fiscal-trafico-bebes> Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>48</sup> Ferber, Sarah; Marks, Nicola S.; Mackie, Vera. Oocytes, Surrogacy and Cross-Border Reproduction. In: FERBER, Sarah; Marks,

Essas situações demonstram como a falta de regulamentação, associada à fiscalização e medidas de afirmação éticas, podem provocar sérios danos, não somente aos bebês, mas também aos autores de projetos parentais que vez ou outra são enganados e às mães substitutas. Essas últimas, em sua maioria, são mulheres de menor poder aquisitivo e vulneráveis a situações degradantes, como o uso da gestação sem controle e ausência de direitos mínimos assegurados.

Já o segundo desafio constantemente observado, ocorre no momento do registro da criança no país dos pais autores do projeto parental. A difícil decisão de aquisição de nacionalidade gira em torno do que deve prevalecer: a ordem pública e/ou *bons costumes*, ou o melhor interesse da criança.<sup>49</sup> Isso significa que, muitas vezes, países que não regulamentam o uso dessa técnica causam entraves diante de uma situação de registro de bebê por pais que utilizaram da substituição.<sup>50</sup>

Com base nesse argumento, para fins de reflexão, propõe-se o seguinte exemplo: um casal contrata a maternidade por substituição em um país em que a legislação determina que a criança adquirirá nacionalidade de seus pais legais (isto é, os autores do projeto parental). Ao chegarem no país de origem dos pais, as leis locais indicam que o bebê deveria ter a nacionalidade do país em que nasceu, em virtude do *ius solis*, ou da genitora, em virtude do *ius sanguinis*, quando inexistente material genético dos “pais legais”.<sup>51</sup>

*“The second scenario can pose difficulties in states where nationality or legal parenthood is tied to biological links, as this means that the child may have no biological link with the intended parent(s), and may instead have a biological link with a third-party national”.*<sup>52</sup>

Nicola S.; Mackie, Vera. *IVF and Assisted Reproduction*. Singapura: Palgrave Macmillan, 2020. p. 159-200. p. 172-173.

<sup>49</sup> DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 22, p. 177- 200, 2016. p. 193.

<sup>50</sup> CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017. p. 90.

<sup>51</sup> Situação exemplificativa adaptada de: GHRAINNE, Brid Ni; MCMAHON, Asling. A Public International Law approach to safeguard nationality for surrogate-born children. *Legal Studies*, v. 37, n. 2, p. 324-342, 2017. p. 325.

<sup>52</sup> GHRAINNE, Brid Ni; MCMAHON, Asling. A Public International Law approach to safeguard nationality for surrogate-born children. *Legal Studies*, v. 37, n. 2, p. 324-342, 2017. p. 325. Tradução livre: “O segundo cenário pode representar dificuldades em Estados onde a nacionalidade ou a paternidade legal está ligada a ligações

Esse é o caso, por exemplo, de Israel que, antes de novembro de 2014, reconhecia as crianças concebidas por substituição na Tailândia enquanto nacionais desse país, além de entender que as genitoras por aluguel é que deteriam o pátrio poder, de modo que elas não podiam sair do país sem a sua autorização — o que somente era revertido quando as Cortes Tailandesas determinavam o poder dos contratantes (pais legais) sob tais bebês, permitindo, assim, a sua ida para Israel, em que pese nada pudesse ser feito em relação à nacionalidade.<sup>53</sup>

*Furthermore, given that many rights and responsibilities flow from the state to its nationals and this entails an economic burden for the state, states are often reluctant to recognise international surrogate children as their nationals. As a consequence, international surrogate children can be rendered stateless.*<sup>54</sup>

Nessa hipótese, a apatridia é outro problema que pode derivar da maternidade por substituição em virtude da ordem pública doméstica e/ou os bons costumes de certas nações que impedem a transmissão da nacionalidade dos pais legais à criança ao imporem restrições a sua concessão àqueles que não preenchem seus requisitos legais ou por terem sido concebidos/gerados, ilicitamente, segundo os seus ordenamentos.<sup>55</sup>

biológicas, pois isso significa que a criança pode não ter nenhuma ligação biológica com o(s) pai(s) pretendido(s) e, em vez disso, pode ter uma ligação biológica com um terceiro nacional”.

<sup>53</sup> CAAMANO, Jessica M. International, commercial, gestational surrogacy through the eyes of children born to surrogates in Thailand: a cry for legal attention. *Boston University Law Review*, v. 96, p. 571-607, 2016. p. 587-588.

<sup>54</sup> GHRAINNE, Brid Ni; MCMAHON, Asling. A Public International Law approach to safeguard nationality for surrogate-born children. *Legal Studies*, v. 37, n. 2, p. 324-342, 2017. p. 325. Tradução livre: “Além disso, dado que muitos direitos e responsabilidades fluem do estado para seus nacionais e isso acarreta um fardo econômico para o estado, os estados muitas vezes relutam em reconhecer as crianças substitutas internacionais como seus nacionais. Como consequência, filhos substitutos internacionais podem se tornar apátridas”.

<sup>55</sup> De se ressaltar, segundo Del’Olmo, que o Brasil não faz nenhuma menção quanto a forma em que a criança foi concebida e gerada por ocasião da solicitação do registro consular, de modo que esse não seria o caso brasileiro. “[A] tradição brasileira moderna tem sido de respeito à lei do foro no que tange documentos locais. Nesse sentido, não ocorrendo litígio sobre a relação contratual entre as partes e havendo certidão local de nascimento lavrada nos termos das normas do país, não haveria razão para que a Autoridade Consular brasileira extrapolasse suas funções questionando a validade jurídica de um contrato que não diz respeito diretamente ao ato sob sua responsabilidade: o registro de nascimento válido no local em que foi emitido, com base no qual ela lavrará o registro consular de nascimento brasileiro”. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 22, p. 177- 200, 2016.

Por outra banda, mesmo que considerada uma situação de anacionalidade, vale ressaltar que esta deveria ser combatida à luz da Convenção para a Redução do Número de Apátridas de 1961<sup>56</sup>, a qual impõe aos Estados-Partes a obrigação de concessão de nacionalidade à apátridas<sup>57</sup>, o que contemplaria os casos de maternidade por substituição. Porém, para os Estados não signatários, não haveria a obrigação de concessão de nacionalidade, persistindo o problema da apatridia.

E, justamente a respeito dessa hipótese, deve-se lembrar o Princípio do Superior Interesse da Criança, cujo pressuposto é justamente o resguardo da dignidade humana, permitindo que esta usufrua dos direitos enquanto nacional do Estado de seus pais legais. Assim, “with an unwavering focus on protecting the child’s rights and the new family’s physical unity”, esse princípio deveria ser o norteador das relações jurídicas derivadas da maternidade por substituição, as quais incluem a atribuição de nacionalidade idêntica à dos pais legais à criança.<sup>58-59-60</sup>

p. 192.

<sup>56</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a redução do Número de Apatridia*. Nova York, 30 ago. 1961. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_para\\_a\\_Reducacao\\_dos\\_Casos\\_de\\_Apatridia\\_de\\_1961.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf) Acesso em: 04 fev. 2021.

<sup>57</sup> São 76 Estados-Partes em fevereiro de 2021. A lista completa em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations treaty collection: Convention on the Reduction of Statelessness*. Disponível em: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=V-4&chapter=5](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5) Acesso em: 05 fev. 2021.

<sup>58</sup> CAAMANO, Jessica M. International, commercial, gestational surrogacy through the eyes of children born to surrogates in Thailand: a cry for legal attention. *Boston University Law Review*, v. 96, p. 571-607, 2016. p. 588. Tradução nossa: “[...] solicitando a proposição de que essas questões sejam resolvidas da melhor maneira interesses da criança com um foco inabalável na proteção dos direitos da criança e a unidade física da nova família” (destaque para a tradução do trecho que está no texto principal).

<sup>59</sup> Para um resgate sobre como alguns países interpretam a atribuição de nacionalidade. EUROPEAN UNION. *The citizenship of children born to surrogates*. Brussels: European Centre for Parliamentary Research and Documentation, 2018. Disponível em: [www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/3a09689d-dabe-42ad-b996-e01d9778a99f/No\\_22\\_The\\_citizenship\\_of\\_children\\_born\\_to\\_surrogates.pdf](http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/3a09689d-dabe-42ad-b996-e01d9778a99f/No_22_The_citizenship_of_children_born_to_surrogates.pdf) Acesso em: 12 mar. 2021.

<sup>60</sup> Apesar de não ser um caso envolvendo nacionalidade, salienta-se o uso deste princípio como base para o caso da bebê M.L.C no judiciário brasileiro, em que o “Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, órgão responsável pelas decisões de última instância que envolvam registros públicos daquele estado, foi solicitado para determinar a quem caberia a maternidade de uma criança gerada mediante fertilização *in vitro*”. O resultado fora de que, com base no melhor interesse da criança, deveria ser lavrado o assento de nascimento constando como pais os fornecedores de material genético utilizados na fertilização. TEIXEIRA, Caroline Rocha Pereira.

Esse princípio, hodiernamente, compõe a ordem pública internacional, devendo ser observado no atual contexto de globalização e mobilidade enquanto um limitador da conduta estatal.<sup>61</sup> Por isso, inclusive, aduz-se sobre a necessidade de os Estados harmonizarem seus entendimentos para que o melhor interesse da criança sempre prevaleça nesses casos.

### 3.2 O posicionamento da Conferência de Direito Internacional Privado da Haia

Percebe-se que os benefícios provenientes da técnica de gestação por substituição, tão caros àqueles que buscam realizar o sonho da maternidade ou paternidade, podem se tornar a causa geradora de violação de direitos. Para que isso não ocorra, o Direito Internacional Privado deve dialogar a respeito do assunto, haja vista que, no atual mundo, onde a mobilidade prospera, legislações sem um mínimo de convergência entre si impedem que essa conquista seja usufruída de forma plena.

Nessa perspectiva, os efeitos internacionais da gestação por substituição estão ganhando destaque juntamente à Conferência de Direito Internacional Privado da Haia (HCCH). Essa organização se dedica à codificação do Direito Internacional Privado por meio da regulamentação de diversas áreas pertinentes aos países participantes. Em maio de 1993, a Resolução adotada na 17ª Sessão apontou que a Conferência<sup>62</sup> estava se tor-

nando um polo mundial a serviço da cooperação judicial e administrativa internacional no domínio do direito privado e, em particular, na área da proteção infantil.

A maternidade por substituição foi abordada pela primeira vez em junho de 2010, oportunidade em que a Comissão Especial avaliou a utilização da Convenção sobre adoção internacional para tratar o tema e verificou que não seria adequado. Sendo assim, era necessária uma discussão e regulamentação específica para a gestação por substituição, recomendando-se ao Secretariado averiguar melhor o assunto e repercussão no Direito Internacional. É o que pode ser observado conforme o documento produzido pelas reuniões:

*[...] La Comisión Especial observa que el número de acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional está aumentando rápidamente. Esta Comisión expresa su preocupación sobre la incertidumbre que supone respecto a la situación jurídica de muchos niños que han nacido como resultado de estos acuerdos y considera inadecuado el uso del Convenio en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional. [...] La Comisión Especial recomienda que la Conferencia de La Haya desarrolle estudios sobre los temas legales, especialmente en materia de Derecho Internacional Privado, relacionados con la maternidad subrogada.*<sup>63</sup>

Seguindo as diretrizes, o Secretariado produziu um documento específico, denominado Documento Preliminar n.º 11 (março de 2011), e apresentou-o em abril de 2011.<sup>64</sup> O documento expressou que as preocupações mais amplas até então sobre o tema seriam: a proteção das pessoas vulneráveis envolvidas (as crianças, as mães substitutas e os pretensos pais); a regulamentação das agências; a cooperação entre as autoridades dos Esta-

A maternidade de substituição e o conflito de presunção de maternidade certa: estudo de casos. *Revista de Doutrina Jurídica*, v. 108, n. 1, p. 125-144, 2017. p. 135-136. Ação semelhante também ocorreria no Rio Grande do Sul: trata-se do processo n.º 017/1.10.0005360-6 que correu junto à Comarca de Lajeado, em que “uma mãe biológica ingressou com ação de autorização judicial para registro de nascimento, alegando ter realizado fertilização *in vitro* com seu material genético e de seu marido, utilizando útero de substituição temporária”. O juiz, no caso, afirmou que declarar o casal autor do projeto parental como pai e mãe biológicos do bebê coincide com o melhor interesse da criança. LANDMEIER, Felipe Redecker; SCHMIDT, Alice Krämer Iorra. A (im)possibilidade jurídica de elaboração de contrato de gestação de substituição. *Revista Destaques Acadêmicos*, Lajeado-RS, v. 8, n. 2, p. 93-110, 2016. p. 105.

<sup>61</sup> ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 502. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wpcontent/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83o-de-substitui%C3%87%C3%83o-regramento-no-direito-brasileiro-e-seus-aspectos-de-direito-internacional-privado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>62</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL

AL LAW. *Resolution adopted by the 17<sup>th</sup> Session of the Hague Conference on private international law*. 1933. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/about/more-about-hcch/resolution> Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>63</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. Haia, jun. 2010. Disponível em: [https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010concl\\_s.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_s.pdf). Acesso em: 02 jul. 2019. Tradução livre: “[...] A Comissão Especial observa que o número de acordos de maternidade Barriga de aluguel na arena internacional está aumentando rapidamente. Essa comissão manifesta a sua preocupação com a incerteza que coloca em relação à situação status legal de muitas crianças nascidas como resultado desses acordos e considera inadequado o uso da Convenção em casos de barriga de aluguel no âmbito internacional [...] A Comissão Especial recomenda que a Conferência de Haia desenvolva estudos sobre questões jurídicas, especialmente em questões de Direito Internacional Privado, relacionado à barriga de aluguel”.

<sup>64</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Archive 2000-2018*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/governance/council-on-general-affairs/archive> Acesso em: 02 jul. 2019.



dos; e os problemas contratuais. Como conclusão, fora enfatizado que o Secretariado deveria envidar esforços para mapear as possibilidades sobre um consenso entre os países a respeito da temática, além da imprescindível consulta a profissionais de outras áreas (como profissionais da saúde) para o levantamento de problemas.

É nesse momento que surge o importante papel da Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP) na temática da maternidade por substituição. Composta por professores e profissionais da área do Direito, a organização tem priorizado a discussão prévia dos temas objeto da Conferência da Haia, contribuindo para negociações com os países. Como resultado, tem-se, em 2012, a apresentação de um novo relatório preliminar de n.º 10<sup>65</sup>, produzido em março, que identificou a necessidade da formação de uma regulamentação de caráter multilateral.

Já no ano de 2013, foi elaborado pelo Secretariado um questionário relativo ao tema, intitulado Documento preliminar n.º 03<sup>66</sup>, que foi enviado tanto para os Estados quanto para os profissionais da saúde e do Direito, resultando no Documento Preliminar n.º 3B de 2014<sup>67</sup>. Esse último apontou que, na época, apenas um pequeno número de Estados informou estar envolvido na cooperação transfronteiriça com outros Estados em casos de gestação por substituição.

Além disso, os próximos passos a serem tomados pelos estudos foram sugeridos. Como primeiro ponto, fora incitada a continuação de estudos sobre o tema, ainda não concluído, considerando-se a necessidade de assegurar segurança jurídica e segurança do estatuto legal das crianças e famílias em situações internacionais, e proteger os direitos e o bem-estar de crianças, pais e outras partes envolvidas na concepção de crianças em

situações internacionais, de acordo com os padrões globais de direitos humanos estabelecidos.

A segunda diretriz foi a formação de um grupo de *experts* para facilitar uma maior exploração da viabilidade de um instrumento multilateral vinculativo (ou possíveis medidas não vinculativas). Tal grupo foi criado e convocado a iniciar os trabalhos, tendo como resultados diversas reuniões, de 2016 e até fevereiro de 2019. Atualmente, as discussões giram em torno da tentativa de formulação de um instrumento geral de Direito Internacional Privado sobre o reconhecimento de decisões judiciais sobre a origem legal da criança e seu parentesco.

### 3.3 Necessidades patentes e suas influências no Brasil

As discussões apresentadas no âmbito da Conferência da Haia apontam, em suma, para duas necessidades patentes: a primeira refere-se à urgência de certeza jurídica e segurança na comprovação do status legal das crianças com relação à determinação de seu parentesco em situações de caráter internacional, e a segunda concerne à proteção dos direitos de todos os envolvidos na técnica de reprodução nas situações internacionais.

Acordou-se, como passo inicial, criação de regras em caráter de *soft law* e de princípios norteadores. Ainda que não haja uma regulamentação fixada sobre o tema, é perceptível que as discussões no âmbito da HCCH e a busca de uma consolidação de regras já produzem reflexos na forma como alguns países têm julgado questões atinentes à maternidade por substituição.

Cervi e Camera<sup>68</sup> apresentam um caso ocorrido na Alemanha, relatado nas discussões realizadas na HCCH. Neste, o Tribunal de Justiça Federal do país reformou a decisão de uma corte inferior, conferindo a nacionalidade alemã para uma criança nascida por maternidade por substituição no estado da Califórnia, nos Estados Unidos. Fora rejeitada, de forma mais específica, a hipótese de adoção acolhida pelo tribunal inferior, pois uma adoção, na presente situação, implicaria o risco de que os pais mudassem de ideia e não mais a desejassem

<sup>65</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Archive 2000-2018*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/governance/council-on-general-affairs/archive> Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>66</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Prel. Doc N° 3*. Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of the children, including issues arising from international surrogacy arrangements. 2013. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3br.pdf> Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>67</sup> HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Prel. Doc. N° 3B*. The desirability and feasibility of further work on parentage/surrogacy project. 2014. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/governance/council-on-general-affairs/archive> Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>68</sup> CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017. p. 96.

após o nascimento da criança. Assim, fora invocado o Princípio do Melhor Interesse da Criança e a ideia de que esta não deveria ser penalizada pelas ações dos pais.

Outro posicionamento modificado após as discussões na HCCH diz respeito a uma decisão do Conselho de Estado na França. O Conselho confirmou a validade de uma circular emitida em 25 de janeiro de 2013 pelo Ministro da Justiça no que tange à emissão de certificados de cidadania francesa para filhos nascidos no estrangeiro em decorrência de maternidade por substituição. O entendimento balizador é fato de que ainda que a legislação francesa considere nulo o contrato de maternidade por substituição, não pode privar a criança da nacionalidade francesa.<sup>69</sup>

Consequentemente, a Conferência da Haia também pode influenciar a forma como o Brasil trata a matéria. Em especial, a notar que a falta de regulamentação evidencia a necessidade de diálogo tanto no âmbito local quanto internacional para consolidar perspectiva brasileira sobre o assunto e regulamentar direitos básicos para os envolvidos.

Araújo, Vargas e Martel<sup>70</sup> apontam os principais pontos que uma futura regulamentação brasileira deveria abordar, sendo a opção da legislação por um contrato do tipo oneroso ou gratuito a primeira necessidade apontada. A falta de regulamentação faz com que, atualmente, as partes firmem contrato de gestação por substituição de maneira informal<sup>71</sup>, não apresentando

garantia para o cumprimento da entrega da criança, tampouco a possibilidade de meios legais que imponham a execução do acordo.

Embora a primeira Resolução do CFM editada sobre o tema (n. 1.358/1992<sup>72</sup>) já tivesse conceituado a gestação por substituição como doação temporária de útero, referiu-se a normativa, na verdade, à cessão ou empréstimo. Contudo, Lourenzon<sup>73</sup> observa que o conceito jurídico de comodato (“contrato unilateral gratuito por meio do qual o comodante entrega bem não fungível ao comodatário, o qual deve devolvê-lo após certo tempo”<sup>74</sup>) implica a tradição da coisa, o que não ocorre na gestação por substituição, mormente considerando que a gestante não entrega o útero ao casal solicitante. À vista dessa dificuldade de compreensão, a regulamentação pode auxiliar na classificação do uso da técnica no país.

Outro ponto a ser discutido é a possibilidade da determinação da maternidade por força de contrato. Daí surgem duas situações: a primeira se refere ao registro de nascimento, que deve espelhar essa nova situação. Isso porque a declaração de “nascido vivo” é a primeira informação legal sobre a criança, e servirá para que se faça o posterior assentamento de seu nascimento no Registro Civil. Com base nisso, nota-se que, no Manual de Preenchimento (emitido pelo Ministério da Saúde) da referida declaração, há a indicação do cuidado que o profissional deve ter com uma série de informações sobre a parturiente, ali considerada, para todos os efeitos, como sendo a única mãe.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017. p. 96-97.

<sup>70</sup> ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 494. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wpcontent/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83o-de-substitui%C3%87%C3%83o-regramento-no-direito-brasileiro-e-seus-aspectos-de-direitointernacional-privado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

<sup>71</sup> Ressalte-se que a Resolução nº 2.013/2013 do CFM considera “necessária a elaboração de um contrato a fim de definir a filiação da criança”, muito embora ela “não é suficiente para determinar a filiação, já que não há legislação que possibilite (sic) ao médico responsável pelo parto utilizar-se, desde já, do contrato para efetuar a declaração de nascido vivo em nome dos pais biológicos”. LANDMEIER, Felipe Redecker; SCHMIDT, Alice Krämer Iorra. A (im) possibilidade jurídica de elaboração de contrato de gestação de substituição. *Revista Destques Acadêmicos*, Lajeado-RS, v. 8, n. 2, p. 93-

110, 2016. p. 106.

<sup>72</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.358/1992*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm). Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>73</sup> LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de Gestação por substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório? *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, São Paulo, v. 4, p.1129-1156, jun. 2011.

<sup>74</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>75</sup> ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 505. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wpcontent/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83o-de-substitui%C3%87%C3%83o-regramento-no-direito-brasileiro-e-seus-aspectos-de-direitointernacional-privado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Assim, devem-se anotar as características da gestação e do parto que deram origem ao recém-nascido. No entanto, o único espaço para indicar a mãe é onde se identifica a parturiente. Poderia haver um espaço para casos de gestação por substituição para inserir os pais realizadores do projeto parental. Nesse aspecto, portanto, o avanço de debates na HCCH em torno da construção de um documento que “traga segurança jurídica às crianças no que diz respeito aos seus laços de parentesco” seria de grande valia até mesmo para o Brasil reformar as suas práticas.<sup>76</sup>

Aliás, outro ponto a ser destacado em uma futura regulamentação é a necessidade de um sistema de supervisão e fiscalização das clínicas que se utilizam da técnica em questão.<sup>77</sup> Tal controle não diz respeito apenas ao aspecto da prática médica, mas também à observância da bioética. Afinal, mesmo que a reprodução assistida perfectibilize o sonho da maternidade/paternidade, somente com a fiscalização e o controle da autonomia privada no uso desta tecnologia é que se pode assegurar um processo que afirme a dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos.

Ademais, faz-se importante também determinar, com clareza, os limites impostos àquela que se dispõe a participar como gestante de substituição. A regulação da técnica da gestação por substituição também é uma forma de proteger a mulher que “empresta” o útero. O não estabelecimento de direitos básicos e limites pode fazer com que esta possa vir a abrir mão de direitos fundamentais (em que pese isto seja juridicamente impossível) em favor de exigências tanto das agências quanto dos pretensos pais.

Por fim, outra implicação da determinação da maternidade são as consequências advindas para a determinação da nacionalidade brasileira. Deve-se lembrar que no Brasil o sistema para aquisição de nacionalidade é

misto, isto é, atribui-se nacionalidade por meio do solo (*ius solis*) e do sangue (*ius sanguinis*).<sup>78</sup> Desse modo, a maternidade por força de contrato estabeleceria um novo critério para a sua declaração, uma vez que a maternidade por substituição poderia assentar um novo tipo de nacionalidade, agora proveniente do contrato, à luz do melhor interesse da criança.

Nesse ponto, interessante verificar a similitude dessas discussões com aquelas envolvendo a concessão de nacionalidade brasileira em casos de adoção internacional<sup>79</sup>, em que se defende tanto a impossibilidade de perda de nacionalidade brasileira para o adotando em virtude da possibilidade de esta poder restar apátrida, o que seria inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro em função de suas obrigações internacionais, particularmente, a Convenção para a Redução do Número de Apátridas de 1961, ratificada em 2015<sup>80</sup>, e a Convenção sobre o Direito das Crianças de 1989, ratificada em 1990<sup>81</sup>; quanto à necessidade de observar o Princípio do Melhor Interesse da Criança, atribuindo-se nacionalidade brasileira à criança nascida no exterior por meio de sentença exarada em processo de adoção internacional, em função do seu “caráter público (ainda que se trate de instituto próprio de direito privado), tendo como objetivo tutelar os direitos fundamentais dos menores (*sic*)”.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>79</sup> Há quem sustente que antes de aprofundarem-se os debates na HCCH, dever-se-ia buscar que os países ratificassem os instrumentos internacionais que tangenciem os problemas em torno da maternidade por substituição já existentes, como as convenções atinentes à apatridia. Veja-se: “[...] we argue that the ratification and implementation in domestic law of existing Public International Law conventions providing protection for stateless children should be given priority, as this approach offers the most meaningful solution for such children in the short term”. GHRAINNE, Brid Ni; MCMAHON, Asling. A Public International Law approach to safeguard nationality for surrogate-born children. *Legal Studies*, v. 37, n. 2, p. 324-342, 2017. p. 327.

<sup>80</sup> Esta convenção, como aludido anteriormente, impõe a obrigação de conceder-se nacionalidade brasileira aos apátridas de fato ou de direito domiciliados no Brasil. BRASIL. *Decreto n. 8.501, 18 de agosto de 2015*. Promulga a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Decreto/d8501.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Decreto/d8501.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>81</sup> Esta convenção impõe, em seu art. 3º, o dever das instituições públicas ou privadas dos Estados-partes em considerar primordialmente o interesse maior da criança. BRASIL. *Decreto n. 99.710, 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>82</sup> CARDOSO, Tatiana de A. F. R.; FLORES, Mariane C. S.; SILVEIRA, Camila B. A questão da nacionalidade na adoção internac-

<sup>76</sup> CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à anacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, v. 62, n. 3, pp. 81-101, set./dez. CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017. p. 98.

<sup>77</sup> CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017. p. 98.



Com isso, nota-se não somente quão relevante são as discussões sobre a construção de um regramento acerca da maternidade por substituição no âmbito da HCCH, como também os diversos impactos que tais debates podem vir a surtir no Brasil, seja no plano do aprimoramento legislativo imposto por uma eventual adesão do país a um documento lá edificado, seja no plano da implementação doméstica dos pressupostos principiológicos lá avultados como essenciais para a apreciação de casos concretos.

## 4 Considerações finais

É cada vez mais urgente discutir as técnicas de reprodução medicamente assistidas no âmbito do Direito, haja vista que o evento que tradicionalmente definia legalmente a maternidade (o parto) não mais se amolda totalmente à realidade. A biotecnologia, por meio do fenômeno chamado *split motherhood* (maternidade cindida), permitiu identificar a gestante como mãe biológica, a doadora do material como mãe genética e, ainda, a autora do projeto de maternidade como mãe afetiva.

O fato de a maternidade não ser mais una é claramente observável na gestação por substituição, caracterizada quando uma mulher que não pretende assumir a maternidade cede seu corpo para gestar uma criança para outrem. As realidades apontadas no âmbito global evidenciam uma diversidade de tratamentos sobre a temática. Enquanto há países que permitem o uso, inclusive de forma comercial, há aqueles que proíbem, de forma expressa, e, ainda, os que, ao menos, regulamentaram o tema.

A falta de um tratado internacional sobre a maternidade por substituição não é favorável a nenhum dos envolvidos no procedimento. Tanto para aquele que deseja contratar quanto para o que deseja ser contratado, a ausência de normativa que atribua algum tipo de responsabilidade ou condições pode acabar violando direitos fundamentais que não deveriam ser mitigados.

Nesse sentido, as discussões no âmbito da Conferência da Haia, no contexto atual, têm demonstrado avanços sobre o assunto. A deliberação para a formação de um grupo de *experts* em 2015 e as posteriores reu-

niões ocorridas após sua formação apontam para uma tentativa de formulação de um instrumento geral de Direito Internacional Privado sobre o reconhecimento de decisões judiciais a respeito da origem legal da criança e seu parentesco.

Além disso, ficou evidente a influência dessas discussões na tomada de decisão em favor do melhor interesse da criança. Dessa forma, ainda que não exista nenhum documento consolidado e haja, apenas, a busca por regras em caráter de *soft law* e princípios, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado também pode influenciar a forma como o Brasil trata a matéria. Principalmente a notar que a falta de regulamentação evidencia a necessidade de diálogo, tanto no âmbito local quanto internacional, para consolidar perspectiva brasileira sobre o assunto e regulamentar direitos básicos para os envolvidos.

## Referências

ARAUJO, Nadiade; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wpcontent/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83o-de-substitui%C3%87%C3%83o-regramento-no-direito-brasileiro-e-seus-aspectos-de-direito-internacional-privado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ARMOUR, Kim L. Surrogacy Around the World: trends, questions and ethical issues. *Nursing for Women's Health*, v. 16, n. 3, p. 231-236, 2012.

BENSHUSHAN, Abraham; SCHENKER, Joseph G. Legitimizing surrogacy in Israel. *Human Reproduction*, v. 12, n. 8, p. 1832-1834, 1997.

BIOTEXCOM. *Home*. Disponível em: <http://mother-surrogate.info/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BIRENBAUM-CARMELI, Daphna; MONTEBRUNO, Piero. Incidence of surrogacy in the USA and Israel and implications on women's health: a quantitative comparison. *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, v. 36, p. 2459-2469, 2019. Disponível em: <https://>

ional. In: ROSA, Conrado Paulino da (org.). *Família e sucessões: novos temas e discussões*. Porto Alegre: RJR, 2015. p. 22-48. p. 44.

- mpra.ub.uni-muenchen.de/101454/1/MPRA\_paper\_101454.pdf Acesso em: 03 mar. 2021.
- BLANCO, Silvia. Spain struggles with surrogate pregnancy issue. *El País*, fev. 2017. Disponível em: [https://english.elpais.com/elpais/2017/02/21/inenglish/1487696447\\_837759.html](https://english.elpais.com/elpais/2017/02/21/inenglish/1487696447_837759.html) Acesso em: 03 mar. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em: 30 jun. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 8.501, 18 de agosto de 2015*. Promulga a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8501.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8501.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 99.710, 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de Instruções para o preenchimento da Declaração de Nascido Vivo*. Brasília, 2011. Disponível em: [http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/08/inst\\_dn.pdf](http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/08/inst_dn.pdf) Acesso em: 30 jun. 2019.
- BRAUNER, Maria Cláudia Creso. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate brasileiro*. 2003. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm> Acesso em: 20 jul. 2019.
- CAAMANO, Jessica M. International, commercial, gestational surrogacy through the eyes of children born to surrogates in Thailand: a cry for legal attention. *Boston University Law Review*, v. 96, p. 571-607, 2016.
- CARDOSO, Tatiana de A. F. R.; FLORES, Mariane C. S.; SILVEIRA, Camila B. A questão da nacionalidade na adoção internacional. In: ROSA, Conrado Paulino da (org.). *Família e sucessões: novos temas e discussões*. Porto Alegre: RJR, 2015. p. 22-48.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa; SCHWARTZ, Germano. Gestação de substituição na sociedade de informação: situação fática e legal no Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018.
- CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade por substituição transnacional. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.957/2010*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121/2015*. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf> Acesso em 30 jun. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362> Acesso em: 03 mar. 2021.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.358/1992*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm) Acesso em: 30 jun. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.013/2013*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf) Acesso em: 30 jun. 2019.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 22, p. 177-200, 2016.
- EMALDI-CIRION, Aitziber. Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada: Aproximación a una visión europea. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 23, n. 2, p. 227-235, jul. 2017.

ENGEL, Martin. Cross-border surrogacy: time for a convention? In: BOELE-WOELKI, Katharina *et al.* *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*. Cambridge: CUP, 2014. p. 199-216.

EUROPEAN UNION. *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. Brussels: European Parliament, 2013. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf) Acesso em: 03 mar. 2021.

EUROPEAN UNION. *The citizenship of children born to surrogates*. Brussels: European Centre for Parliamentary Research and Documentation, 2018. Disponível em: [www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/3a09689d-dabe-42ad-b996-e01d9778a99f/No\\_22\\_The\\_citizenship\\_of\\_children\\_born\\_to\\_surrogates.pdf](http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/3a09689d-dabe-42ad-b996-e01d9778a99f/No_22_The_citizenship_of_children_born_to_surrogates.pdf) Acesso em: 12 mar. 2021.

Ferber, Sarah; Marks, Nicola S.; Mackie, Vera. Oocytes, Surrogacy and Cross-Border Reproduction. In: FERBER, Sarah; Marks, Nicola S.; Mackie, Vera. *IVF and Assisted Reproduction*. Singapura: Palgrave Macmillan, 2020. p. 159-200.

GHRAINNE, Brid Ni; MCMAHON, Asling. A Public International Law approach to safeguard nationality for surrogate-born children. *Legal Studies*, v. 37, n. 2, p. 324-342, 2017.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Archive 2000-2018*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/governance/council-on-general-affairs/archive> Acesso em: 02 jul. 2019.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Prel. Doc N° 3*. Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of the children, including issues arising from international surrogacy arrangements. 2013. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3br.pdf> Acesso em: 02 jul. 2019.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Prel. Doc. N.º 3*. The parentage/surrogacy Project: na updating note. 2015. Disponível em: [https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a_en.pdf) Acesso em: 01 jul. 2019.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Prel. Doc. N° 3B*. The desirability and feasibility of further work on parentage/surrogacy project. 2014. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/governance/council-on-general-affairs/archive> Acesso em: 02 jul. 2019.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Resolution adopted by the 17ª Session of the Hague Conference on private international law*. 1933. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/about/more-about-hcch/resolution> Acesso em: 02 jul. 2019.

ISRAEL tem protestos por lei de “barriga de aluguel” que exclui homens. *Exame*, São Paulo, jul. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/israel-tem-protestos-por-lei-de-barriga-de-aluguel-que-exclui-homens/> Acesso em: 20 jun. 2019.

KIRSHNER, Shany Noy. Selling a Miracle? Surrogacy Through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy. *Journal of International Business and Law*, v. 14, n. 1, p. 77-97, jan. 2015.

LANDMEIER, Felipe Redecker; SCHMIDT, Alice Krämer Iorra. A (im)possibilidade jurídica de elaboração de contrato de gestação de substituição. *Revista Destaques Acadêmicos*, Lajeado-RS, v. 8, n. 2, p. 93-110, 2016.

LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de Gestação por substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório? *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, São Paulo, v. 4, p.1129-1156, jun. 2011.

MÃE de aluguel tinha concordado em ficar com bebê com Down, diz agente. *G1*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/08/mae-de-aluguel-concordou-em-ficar-com-bebe-com-down-diz-agente.html> Acesso em: 20 jul. 2019.

MOHAPATRA, Seema. Adopting an international convention on surrogacy: a lesson from intercountry adoption. *Loyola University Chicago International Law Review*, v. 13, n. 1, p. 24-55, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a redução do Número de Apatridia*. Nova York, 30 ago. 1961. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_para\\_a\\_Reducao\\_dos\\_Casos\\_de\\_Apatridia\\_de\\_1961.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf) Acesso em: 04 fev. 2021.



- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations treaty collection*: Convention on the Reduction of Statelessness. Disponível em: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq\\_no=V-4&chapter=5](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=V-4&chapter=5) Acesso em: 05 fev. 2021.
- PIERSANTI, Valeria *et al.* Surrogacy and “Procreative Tourism”: what does the future hold from the ethical and legal perspectives? *Medicina*, v. 57, n. 1, p. 47-63, 2021.
- PUEYO, Manuel José M. Maternidad subrogada y prestación de maternidad. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Madrid, n. 116, p. 21-56, 2015.
- RIVABEM, Fernanda S.; GLITZ, Frederico. Bebê globalizado: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 23, n. 46, p. 249-270, 2020.
- ROVATI, Lola. El escándalo de BioTexCom, la clínica de maternidad subrogada ucraniana investigada por posible falsedad documental, delito fiscal y tráfico de bebés. *Bebés y más*, set. 2018. Disponível em: <https://www.bebesymas.com/noticias/escandalo-biotexcom-clinica-maternidad-subrogada-ucraniana-investigada-posible-falsedad-documental-delito-fiscal-trafico-bebes> Acesso em: 02 jul. 2019.
- SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SARLET, Gabrielle Bezerra S.; ANDRADE, Denise Almeida. A parentalidade corresponsável e a maternidade por sub-rogação: uma análise a partir do enfoque jurídico dos sistemas normativos brasileiro e português. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 25, n. 1, p. 1-15, jan./mar. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SARMENTO, Liv Azevedo. *A gestação de substituição e seus desafios no Direito Internacional Privado*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação por substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*. Guarulhos, v. 1, n. 1, p. 50-67, 2011.
- SILVA, Paula Martinho da. *A procriação artificial: aspectos jurídicos*. Lisboa, Portugal: Moraes, 1986.
- SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e paternidade: bioética. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010.
- STARK, Barbara. Transnational surrogacy and international human rights law: transnational surrogacy and international human rights law. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 18, n. 2, p. 369-386, 2011-2012.
- SWENNEN, Frederik. Motherhoods and the Law. In: WILLEKENS, Harry *et al.* (ed.). *Motherhoods and the Law*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2019. p. 101-118.
- TEIXEIRA, Caroline Rocha Pereira. A maternidade de substituição e o conflito de presunção de maternidade certa: estudo de casos. *Revista de Doutrina Jurídica*, v. 108, n. 1, p. 125-144, 2017.
- Torres, Gloria; Shapiro, Anne; Mackey, Tim K. A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy Childbirth*, v. 19, n. 46, p. 1-12, 2019.
- Tsfati, Maya *et al.* Fatherhood as a Spatial-contextual phenomenon: Israeli gay fathers through surrogacy. *Men and Masculinities*, p.1-21, jan. 2020.
- UKRAINE. *Family Code*. 2004. Disponível em: [jafbase.fr/docEstEurope/FAMILY\\_CODE\\_OF\\_UKRAINE.pdf](http://jafbase.fr/docEstEurope/FAMILY_CODE_OF_UKRAINE.pdf) Acesso em: 03 mar. 2021.
- XAVIER, João Proença. Biomedicina reproductiva e direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 2, p. 19-28, 2020.
- ZENNI, Alessandro Severino V. Os “ruídos” da ciência e o retorno ao direito clássico: única via à dignidade da pessoa humana. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 3, p. 128-144, 2016.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**El (largo) camino de  
reconocimiento y ejecución de  
laudos arbitrales de inversión**  
The (longer) road of recognition  
and enforcement of investment  
arbitral awards

Thiago Paluma

Ivette Esis

Gabriel Briceño

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# El (largo) camino de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversión\*

## The (longer) road of recognition and enforcement of investment arbitral awards

Thiago Paluma\*\*

Ivette Esis\*\*\*

Gabriel Briceño\*\*\*\*

### Resumen

El inversionista que resulta vencedor en un arbitraje de inversión debe iniciar las gestiones para lograr la ejecución del laudo arbitral favorable con el Estado receptor vencido. En el supuesto de incumplimiento del segundo, debe el primero comenzar un proceso judicial para lograr el reconocimiento y la ejecución del laudo. En este trabajo, se analizan las reglas de procedimiento conforme a la normativa internacional aplicable toda vez que el camino del reconocimiento dependerá, en buena medida, de si el laudo está o no amparado bajo las disposiciones de la Convención de Washington. Superada esta etapa, la ejecución del laudo está supeditada al derecho del Estado requerido, quien debe analizar la procedencia o no del principio de inmunidad de ejecución de bienes propiedad del Estado que resultó vencido en el arbitraje y quien se rehúsa a su cumplimiento. Luego del análisis de los casos públicos que muestran la práctica arbitral y judicial en distintos países, se concluye que este proceso responde a un largo camino que debe enfrentar el inversor hasta alcanzar el objetivo final de recuperar todo o parte del capital invertido. El éxito depende de su resiliencia, diligencia y la capacidad económica para enfrentar este desafío.

**Palabras clave:** Reconocimiento. Ejecución. Laudos arbitrales. Principio de inmunidad de ejecución. Convención de Washington. Convención de Nueva York.

### Abstract

When the investor wins an investment arbitration, must initiate the efforts to achieve the execution of the favorable arbitration award with the host State. In the event of non-compliance, he must begin a judicial process in order to achieve the recognition and enforcement of the award. This paper analyses the procedure in accordance with the applicable regulations, since the path of recognition will depend, to a large extent, on whether the award is covered or not by the provisions of the Washington Convention. After this stage, the execution of the award is subject to the domestic law in the requested State, who must analyze the provenance or not of the principle of immunity from execution of assets owned by the recalcitrant State. We

\* Recibido em 25/07/2020  
Aprovado em 08/04/2021

\*\* Doctor en Derecho (Universidad de Valencia, España). Profesor de Derecho Internacional en los cursos de, Innovación y Transferencia de Tecnología de la Pro-Rectoría de Investigación y Postgrado de la UFU.  
E-mail: thiago.paluma@ufu.br

\*\*\* Doctora en Derecho (Universidad de Valencia, España). Académica e Investigadora del Instituto de Investigaciones en Derecho (Universidad Autónoma de Chile, Chile). E-mail: ivette.esis@uautonoma.cl Este trabajo constituye parte del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168 titulado “Protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas”, del cual la autora es Investigador Responsable. E-mail: ivette.esis@uautonoma.cl

\*\*\*\* Abogado (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela), Asistente de investigación del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT Iniciación No. 11190168.  
E-mail: abog.gabrielbriceno@gmail.com



conclude, according to the analysis of publicly known cases, that it is a long way to reach the final objective of recovering all or part of the invested capital. Investor success depends on his resilience, diligence, and financial ability to meet this challenge.

**Keywords:** Recognition. Enforcement. Arbitral awards. State's sovereign immunity from execution. Washington Convention. New York Convention.

## 1 Introducción

Durante la larga duración de la relación inversor-Estado pueden presentarse serios inconvenientes que la dificulten, al punto de terminarse antes del tiempo previsto. El Derecho Internacional ha mostrado distintas soluciones para remediar los problemas entre las partes: desde la negociación directa, el arbitraje inversor-Estado, el arbitraje entre Estados y la más reciente fórmula de prevención de controversias, con la intervención de ombudsman y Comité Conjunto contenida en los *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos de Brasil - ACFIs*<sup>1</sup>.

En particular, en el arbitraje inversor – Estado administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), dicha institución revela que el número de asuntos ventilados asciende a la cantidad de 803 hasta diciembre de 2020<sup>2</sup>. A ello se suman los litigios presentados ante otras instituciones arbitrales como el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Permanente de Arbitraje, sin contar los arbitrajes independientes<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MOROSINI, Fábio; ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele; COSTA, Anastacia. Solução de controvérsias em acordos de investimento: as experiências do CPTIP, CETA e dos ACFIs. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, p. 292-309, 2020; MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. *Journal of International Dispute Settlement*, n. 8, p. 79–100, 2017.

<sup>2</sup> WORLD BANK GROUP. *The ICSID caseload: statistics: Issue 2021-1*. Washington: World Bank, 2021. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf> Acceso en: 02 jun. 2020.

<sup>3</sup> Hasta la fecha de redacción de este artículo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo reporta haber administrado 115 arbitrajes de inversión bajo sus propias reglas desde 1993, lo que la consolida como la segunda entidad especializada en la materia, luego del CIADI. Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce. *Investment Disputes 2019*. 2020. Disponível

Hasta la fecha de redacción de este trabajo, se contabilizan 1023 laudos arbitrales por reclamos de inversionistas (mayoritariamente) contra Estados anfitriones, debido a eventuales violaciones contenidas en tratados de inversión, pero principalmente por el trato justo y equitativo y la expropiación directa o indirecta<sup>4</sup>. De la cantidad de laudos arbitrales mencionada, el 36,5% ha sido dictado a favor del Estado mientras que el 29,4% han sido decididos a favor del inversionista. El porcentaje restante se distribuye entre aquellos litigios donde las partes han convenido llegar a un acuerdo o los tribunales arbitrales no deciden a favor de ninguno de los involucrados.

Si bien ocupan el ranking de países más demandados en este ámbito Argentina, Venezuela, Egipto, España y República Checa, entre otros<sup>5</sup>, debemos referir las importantes cantidades de dinero ordenadas a pagar a los Estados por la violación de un tratado de inversiones. En efecto, solo contra Rusia varios laudos arbitrales fueron dictados en 2014, cuyas condenatorias oscilan entre US\$ 1,846.000.687 (más intereses y gastos legales)<sup>6</sup> y US\$ 39.971.834.360<sup>7</sup>. Contra Venezuela, se conocen

en: <https://scinstitute.com/statistics/investment-disputes-2019/> Acceso en: 02 jun. 2020; Mientras que la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) indica que ha tenido participación en 109 arbitrajes inversor-Estado, véase: PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Investor State Arbitration*. Disponible en: <https://pca-cpa.org/en/cases/> Acceso en: 02 jun 2020.

<sup>4</sup> UNITED NATIONS. UNCTAD: *Investment Dispute Settlement Navigator*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> Acceso en: 05 jun 2020.

<sup>5</sup> UNITED NATIONS. UNCTAD: *Fact sheet Investor-State dispute settlement cases in 2018*. IIA Issues Note, 2019. p. 2. Estas estadísticas se mantienen en 2020, según información contenida en: UNCTAD (2020): *Investment Dispute Settlement Navigator*, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> Acceso en: 05 jun 2020.

<sup>6</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Federación Rusa*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, laudo arbitral de fecha 18/07/2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf> Acceso en: 05 jun 2020.

<sup>7</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, PCA Case No. 2005-03/AA226, laudo arbitral de fecha 18/07/2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf> Acceso en: 03 jun 2020. *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-05/AA228, laudo arbitral de fecha 18/07/2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3280.pdf> Acceso en: 05 jun 2020; Mientras que en el caso *Oschadbank v. Russian Federation* (PCA Case No. 2016-14) laudo arbitral de fecha 26/11/2018, se condenó a pagar 1.111.300.729 dólares. Véase decisión de la Corte de Apelaciones de Francia disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10885.pdf> Acceso en: 03 jun 2020.

hasta la fecha laudos condenatorios por sumas millonarias como los asuntos *Crystallex* (US\$ 1.202 millones), *Conoco Phillips* (US\$ 8.754.907.155) y *Rusoro Mining* (US\$ 966,5 millones), entre otros<sup>8</sup>. Y, recientemente, en el marco del Tratado de la Carta de Energía, se destaca el laudo arbitral del asunto *NextEra Energy Global Holdings B.V., NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Spain* (2019), caso en el cual el tribunal arbitral condenó al Reino de España a pagar la suma de Eur 290,6 millones<sup>9</sup>.

En estos supuestos donde el laudo arbitral resulta a favor del demandante, el inversor se enfrenta al desafío de solicitar su reconocimiento y ejecución frente al escenario de incumplimiento voluntario de la parte que resultó vencida, ante jurisdicciones generalmente distintas al del Estado condenado<sup>10</sup>.

El camino no es fácil, como veremos a continuación, a pesar de la existencia de tratados internacionales que podrían facilitarlos. Por esta razón, este trabajo tiene como objetivos: por un lado, exponer las dificultades de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales a las que se enfrentan mayormente los inversionistas y, por

otro, explorar algunas otras eventuales vías de solución a esta problemática, en consideración al estudio de los tratados internacionales aplicables, la doctrina y la práctica (arbitral y judicial) en la materia. Con este propósito, analizamos en primer lugar el régimen jurídico de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales relativos a inversiones. Luego, estudiamos el alegato de inmunidad de ejecución planteada por los Estados y la doctrina del *alter ego* alegada por los inversionistas, con especial referencia al asunto *Crystallex*. Finalmente, presentamos nuestras consideraciones sobre otras posibles alternativas para lograr la ejecución extraterritorial de dichas decisiones arbitrales.

## 2 Las dos vías de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales de inversión

Cuando las partes someten la solución de su disputa a un arbitraje, están conscientes que el futuro laudo arbitral que se dicte podrá ser ejecutado en el futuro en alguna jurisdicción, en el supuesto de incumplimiento voluntario. En el arbitraje comercial internacional, según revela el *International Arbitration Survey*, organizado por la Escuela de Arbitraje Internacional de *Queen Mary University of London* de 2018, este asunto es muy relevante para los usuarios de este mecanismo de solución de conflictos. El propio estudio refleja la percepción de los encuestados respecto a una brecha entre la teórica facilidad para la ejecución de los laudos conforme a la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York)<sup>11</sup> y la experiencia menos exitosa que, en la práctica, se ha tenido en varias jurisdicciones<sup>12</sup>.

En el arbitraje de inversiones, la situación no es tan distinta porque la práctica ha evidenciado que los acreedores pueden tardar años intentando ejecutar los laudos

<sup>8</sup> *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2. Laudo Arbitral de fecha 04/04/2016, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7195.pdf> Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11246.pdf> Acceso en: 07 jun 2020. En el cual la condena fue de 1.202 millones de dólares; *Rusoro Mining Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Laudo Arbitral de fecha 22/08/2016, disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2048> Acceso en: 15 may 2020. Cuya condena a la República ascendió a la cantidad de 966,5 millones de dólares y sigue siendo objeto de procesos judiciales (véase: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10299\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10299_1.pdf)); y *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, laudo arbitral de fecha 03/09/2013, 17/01/2017 y 29/08/2019, Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/321> Acceso en: 07 jun. 2020.

<sup>9</sup> ENERGY CHARTER TREATY. *Statistics of ECT Cases 2019*. 2019. Disponible en: [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/All\\_statistics\\_-\\_23\\_October\\_2019.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/All_statistics_-_23_October_2019.pdf) Acceso en: 03 jun. 2020.

<sup>10</sup> Entendemos que el reconocimiento (o homologación) corresponde a la decisión del órgano jurisdiccional del Estado requerido, que le otorga los mismos efectos a una decisión judicial o arbitral foránea que le concede el orden jurídico del Estado de origen; mientras que la ejecución corresponde a la decisión judicial conforme a la cual se permite la satisfacción coactiva de la sentencia judicial o del laudo arbitral. Aclaramos que las calificaciones de estos términos pueden variar según la *lex fori*. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Savaiva, 2018. p. 466; ESPLUGUES MOTA, Carlos; IGLESIAS BUHIGUES, José Luis; PALAO MORENO, Guillermo. *Derecho Internacional Privado*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2014. p. 191.

<sup>11</sup> Uncitral. *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*. Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf> Acceso en: 01 may 2020.

<sup>12</sup> QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. London: School of International Arbitration Centre for Commercial Studies, 2018. Disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) Acceso en: 15 may 2020.

arbitrales dictados a su favor. Cuando los Estados celebran los tratados bilaterales en la materia o los capítulos especiales de inversiones en los tratados de libre comercio, muchas veces negocian e incorporan la cláusula de solución de conflictos entre inversionistas y Estados. Este acuerdo arbitral puede estipular: (i) un arbitraje administrado por CIADI, si los países involucrados son contratantes del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington o CW); (ii) un arbitraje también administrado por el CIADI, pero bajo las reglas del Mecanismo Complementario, en el supuesto cuando uno de los Estados no es contratante de la Convención de Washington; (iii) un arbitraje *ad hoc* conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL); o, (iv) resolver el problema ante las cortes judiciales del Estado anfitrión<sup>13</sup>.

Para evitar eventuales conflictos de interés, los inversores generalmente declinan esta última opción e inician el arbitraje, vencido el plazo de seis meses estipulado en los instrumentos internacionales para la negociación entre las partes. Una vez dictado el laudo, la parte vencedora buscará hacer cumplir el laudo arbitral si quien resulta vencido no lo hace voluntariamente. Las reglas dependerán de si el laudo en cuestión ha sido dictado bajo el amparo de la Convención de Washington o no y, como veremos, el proceso de ejecución de los laudos demora un tiempo considerable.

## 2.1 El reconocimiento y la ejecución a través de las reglas del Convenio de Washington

En el supuesto que el arbitraje haya sido administrado por el CIADI, bajo sus reglas de procedimiento y conforme a las normas de la Convención de Washington, el laudo arbitral equivale a una sentencia nacional, siempre que los Estados involucrados en la controversia sean Parte contratante del citado instrumento internacional conforme a su artículo 54. En ese caso, el reconocimiento y la ejecución podría ser más expedito. En efecto, de acuerdo con la citada Convención, los

Estados reconocen el carácter obligatorio del laudo arbitral, por lo cual deben acatarlo y cumplirlo salvo que se suspenda su ejecución. Esto significa que los Estados están en el deber de cumplirlo voluntariamente, sin esperar a que el interesado solicite inicie del proceso de ejecución<sup>14</sup>.

El Informe del Comité de Expertos del Banco Mundial sobre la Convención de Washington indica que, a efectos de su reconocimiento y ejecución, el laudo arbitral no debe estar sujeto a apelación ni a ningún otro recurso en trámite. Vale decir, que no se esté tramitando recursos de revisión ni de anulación contra éste y hayan sido resueltas las solicitudes de aclaratoria o de interpretación del mismo. En este orden de ideas y a la fecha de redacción de este trabajo, el CIADI reporta que han sido presentadas más de un centenar de solicitudes de anulación, de las cuales 61 fueron declaradas sin lugar y solo en 18 casos los laudos fueron anulados total o parcialmente<sup>15</sup>.

El propio Informe del ente financiero internacional advierte sobre la diversidad legislativa procesal existente entre los países, razón por la cual no se estableció un procedimiento de ejecución a seguir por parte de los órganos domésticos competentes y dejó ese asunto a la legislación nacional de cada Estado requerido donde se formaliza la solicitud<sup>16</sup>. Por lo tanto, conforme al artículo 54 CW, el solicitante debe presentar ante la autoridad competente una copia del laudo arbitral certificada por el Secretario General del CIADI, siguiendo las reglas procesales de dicho Estado (principio *locus regit processum*).

Hasta la fecha se conocen varios casos en los cuales se ha solicitado la ejecución de laudos dictados bajo el amparo de la Convención de Washington por parte los acreedores en distintas jurisdicciones y, en particular, ante las cortes judiciales de Estados Unidos, España, Francia y Reino Unido<sup>17</sup>. En Estados Unidos se conta-

<sup>13</sup> Véase al respecto, el trabajo de mapeamiento de tratados de inversión en Latinoamérica y sus previsiones en MACHADO, Anderson Fonseca *et al.* Mapeamento e comparação de acordos de proteção de investimentos internacionais na América Latina e Central 1990 a 2018. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 2-17, 2019.

<sup>14</sup> Sommer, Christian. El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: ejecución directa o aplicación del exequá-tur? *RecorDIP*, v. 1, n. 1, 2011. p. 10.

<sup>15</sup> WORLD BANK GROUP. *The ICSID caseload: statistics: Issue 2021-1*. Washington: World Bank, 2021. p. 16. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf> Acceso en: 02 jun. 2020.

<sup>16</sup> WORLD BANK GROUP. *AAVV: Informe del Comité de Expertos*. Washington: World Bank, 2006. p. 47-48.

<sup>17</sup> RUEDA GARCÍA, José Angel. Primera ejecución forzosa con-ocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin exequá-tur. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 6, n. 1, mar. 2014. p. 424;



bilizan no menos de una decena de casos presentados ante las cortes de Delaware, Virginia y Nueva York<sup>18</sup>. En ellas, los órganos jurisdiccionales han analizado las disposiciones de la CW, el US Code (Título 22 – Foreign Relations and Intercourse) y la Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), no resultando aplicable la Federal Arbitration Act (FAA)<sup>19</sup>. De esta forma, el país reconoce los laudos arbitrales cumpliendo la previsión convencional establecida en el capítulo IV de la Convención de Washington. Dichos laudos – y, en especial, las obligaciones en ellos establecidas – pueden ser reconocidos y ejecutados en dicho país, otorgándosele el mismo tratamiento de una decisión judicial final, tal como lo establece la cláusula “*full faith and credit clause*” expuesta en el artículo 4 de la Constitución de los Estados Unidos que reconoce los actos públicos y procesos judiciales de cortes de justicia de otros Estados de la Unión Americana<sup>20</sup>.

DAVIN, Sophie: Enforcement of ICSID awards in the United States: should the ICSID Convention be read as allowing a ‘second bite at the apple?’ *Journal of International Law and Politics*, n. 48, 2016. p. 1255.

<sup>18</sup> Debido a los efectos causados por el caso *Achmea* en Europa y, en particular, la eventual imposibilidad de ejecutar laudos condenatorios productos de arbitrajes de inversión intra-europeos, las cortes americanas se han convertido en una jurisdicción atractiva para lograr este objetivo. PÉREZ SALIDO, Pablo. *Enforceability of Intra-EU Awards at the U.S. District Court for the District of Columbia: The Spanish Cases*. 2020. Disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/enforceability-of-intra-eu-awards-at-the-u-s-district-court-for-the-district-of-columbia-the-spanish-cases/?doing\\_wp\\_cron=1592777181.642148971557617187500](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/enforceability-of-intra-eu-awards-at-the-u-s-district-court-for-the-district-of-columbia-the-spanish-cases/?doing_wp_cron=1592777181.642148971557617187500) Acceso en: 01 jul. 2020; NILO DONOSO, Pablo. Implicancias para la solución de controversias inversionista-Estado a raíz de la sentencia del caso *Achmea*. *Revista Tribuna Internacional*, v. 7, n. 14, p. 1-18, 2018.

<sup>19</sup> 22 US Code, T. II, Chapter 21, Sección 1650 (a) Treaty rights; enforcement; full faith and credit; nonapplication of Federal Arbitration Act: “An award of an arbitral tribunal rendered pursuant to chapter IV of the convention shall create a right arising under a treaty of the United States. The pecuniary obligations imposed by such an award shall be enforced and shall be given the same full faith and credit as if the award were a final judgment of a court of general jurisdiction of one of the several States. The Federal Arbitration Act (9 U.S.C. 1 et seq.) shall not apply to enforcement of awards rendered pursuant to the convention”. Texto disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/1650a> Acceso en: 15 abril 2020.

<sup>20</sup> DAVIN, Sophie: Enforcement of ICSID awards in the United States: should the ICSID Convention be read as allowing a ‘second bite at the apple?’ *Journal of International Law and Politics*, n. 48, 2016. p. 1265. En efecto, se conoce de la solicitud realizada ante una Corte de Distrito de Columbia el día 11/03/2019, por la cual se solicita el reconocimiento y la ejecución, conforme al artículo 54 CW, del laudo arbitral *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana*

Esta solicitud de ejecución de laudos arbitrales también ha sido presentada ante los órganos jurisdiccionales del Reino de España. Conforme al ordenamiento jurídico de dicho país, estos procesos se tramitan ante los juzgados de primera instancia conforme a las reglas expuestas en el artículo 545.2 de la Ley 01/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. A modo ilustrativo mencionamos el caso *Pey Casado v. Chile*, cuyo laudo arbitral fue presentado para su ejecución ante el Juzgado de Primera Instancia 101 de Madrid. El Juzgado en cuestión conoció la oposición a la ejecución presentada por la República de Chile, quien alegaba que el laudo arbitral no era firme como tampoco era líquida la cuantía contenida en el título ejecutivo. El tribunal consideró sin lugar la oposición y dio pase a la ejecución, dado que el Comité ad hoc no anuló la parte dispositiva del laudo y que la propia decisión arbitral establece la condena al pago de cierta cantidad de dinero más intereses, siendo toda esta información corroborada por el CIADI<sup>21</sup>. Debemos advertir que este litigio ha tenido una larga historia y, a la fecha de redacción de este trabajo, se conoció el dictamen de una nueva decisión del segundo Comité *ad hoc* del caso, que desestimó el reclamo del inversionista<sup>22</sup>.

## 2.2 El reconocimiento y la ejecución de laudos bajo las reglas de la Convención de Nueva York

Al contrario del supuesto anterior, si el proceso arbitral ha sido administrado bajo las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o bajo las reglas de procedimiento de otra institución arbitral (como la Corte Internacional de Arbitraje o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo) o por las reglas

*de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, laudo arbitral de fecha 03/09/2013, 17/01/2017 y 29/08/2019, Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/321> Acceso en: 07 jun. 2020.

<sup>21</sup> Véase el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid 101, de fecha 06 de marzo de 2013, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1529.pdf> Acceso en: 02 jun 2020.

<sup>22</sup> *Víctor Pey Casado and Foundation President Allende v. República de Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2 - Annulment Proceeding, Decisión de fecha 08/01/2020, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11100.pdf> Acceso en: 05 jun 2020.

de arbitraje de la UNCITRAL, deben seguirse las normas sobre reconocimiento y ejecución establecidas en la Convención de Nueva York en el supuesto cuando el país requerido sea parte contratante del citado instrumento internacional. También, cuando corresponda, podría ser aplicable la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>23</sup>.

En este orden de ideas y a diferencia de la previsión expuesta en el artículo 54 CW, estos laudos arbitrales al ser dictados fuera del ámbito de aplicación de la Convención, no se consideran como sentencias nacionales. Por lo tanto, requieren ser examinados por la autoridad judicial competente del Estado requerido para constatar si el caso no se enmarca en alguna de las causales para denegar la solicitud de reconocimiento y posterior ejecución de la decisión arbitral. Se trata de un mecanismo más lento, teóricamente hablando, que la vía ofrecida por la Convención de Washington - que no requiere exequátur -, y su trámite responde a las reglas de Derecho internacional privado de cada país<sup>24</sup>.

La Convención de Nueva York establece en su artículo II que los Estados parte reconocen el efecto vinculante de los acuerdos de arbitraje y dan pleno reconocimiento de las sentencias arbitrales provenientes de tribunales arbitrales, siempre que el caso no se enmarque en alguna de las causales taxativas para denegarlo, de oficio o a solicitud de parte. Una vez pasado el control judicial y reconocido el laudo, el procedimiento de ejecución corresponde al Derecho procesal del país requerido.

En la práctica, la aplicación de la Convención de Nueva York ha sido eficiente pero tal actuación depende, en gran medida, de la experiencia de los órganos jurisdiccionales del Estado donde se pretende el reconocimiento y la ejecución<sup>25</sup>. Así lo revela el estudio de *Queen Mary University of London* de 2018, en el cual los encues-

tados afirmaron la necesidad de las cortes domésticas de países menos desarrollados de familiarizarse con los mecanismos establecidos en el referido instrumento convencional<sup>26</sup>. A ello se agrega que las reglas de ejecución dependen del derecho procesal de cada país, lo que complejiza más el panorama.

### 3 La inmunidad de ejecución como argumento alegado por los Estados frente a la solicitud de reconocimiento y, principalmente, de ejecución de laudos arbitrales de inversión

En el supuesto bajo el cual el Estado no cumple voluntariamente el laudo arbitral, los acreedores buscan iniciar el proceso de reconocimiento (en su caso) y ejecución del mismo en las jurisdicciones donde los primeros tengan intereses susceptibles de ser ejecutados.

#### 3.1 El paso previo: la objeción a la solicitud de reconocimiento de los laudos

En los procesos de reconocimiento de laudos arbitrales dictados fuera del amparo de la CW, es común que los Estados aleguen algunas de las causales contenidas en el artículo V.1. de la Convención de Nueva York. Esto quiere decir que, a efectos de impedir la ejecución de dicho laudo, se solicita la denegación de su reconocimiento alegando que las partes eran incapaces (conforme al derecho aplicable) para celebrar el acuerdo arbitral; la invalidez del acuerdo de arbitraje (de acuerdo a la ley elegida por las partes o por la ley donde fue dictado el laudo); la falta de notificación de la designación del árbitro o del proceso arbitral o la violación al derecho a la defensa; que el laudo se refiere a una controversia distinta al acuerdo de arbitraje o que excede de sus términos; la constitución del tribunal arbitral no se ajusta al acuerdo entre las partes o a la ley del lugar del arbitraje;

<sup>23</sup> Dictada durante la I Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, Panamá, 30/01/1975, ratificada por 19 países de la Región. Véase el estatus de ratificaciones en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> Acceso en: 26 jun 2020.

<sup>24</sup> RUEDA GARCÍA, José Angel. Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin exequátur. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 6, n. 1, mar. 2014. p. 419.

<sup>25</sup> SCHREUER, Christoph. Investment protection: original purposes and features. In: STANIĆ, Ana; BALTAG, Crina (ed.). *The future of investment treaty arbitration in the EU: intra-EU BITs, the energy charter treaty, and the multilateral investment court*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2020. p. 1-8. p. 7.

<sup>26</sup> QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. London: School of International Arbitration Centre for Commercial Studies, 2018. Disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) Acceso en: 15 may 2020.

que la decisión arbitral no es vinculante para las partes o es anulada o suspendida por una autoridad competente.

A modo de ejemplo, en el caso *Gold Reserve v. Venezuela*, la República intentó evitar que se reconociera el laudo en su contra dictado el 22 de septiembre de 2014, que la condenó al pago de US\$ 713,032,000 más intereses, por haber violado el trato justo y equitativo contenido en el tratado bilateral de inversiones entre la República de Canadá y la República Bolivariana de Venezuela<sup>27</sup>. Ante el incumplimiento voluntario del laudo, el inversor canadiense solicitó su reconocimiento ante la Corte de Distrito de Columbia, mientras que la demandada solicitó su anulación ante las cortes judiciales francesas. Venezuela alegó ante la corte americana que el laudo en cuestión excedía de los términos bajo los cuales la República había consentido ir a un proceso arbitral, que el tribunal arbitral violó su derecho al debido proceso durante el arbitraje y que el laudo es contrario al orden público de dicho país. También se refirió al proceso de anulación en Francia. La Corte desestimó todos los alegatos y reconoció el laudo arbitral a favor del inversionista<sup>28</sup>.

Otro asunto ventilado ante la Corte de Distrito de Columbia, fue la solicitud de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral del caso *Rusoro Mining Ltd v. Venezuela* dictado en Francia el 22 de agosto de 2016, alegando la violación del artículo V.1.c) de la Convención de Nueva York. La decisión judicial, dictada el 01 de marzo de 2018, fue bastante elocuente. El juez no solo declaró sin lugar la petición, indicando el hecho que las partes sí habían consentido expresamente someterse a la vía arbitral para resolver el problema de expropiación de los intereses de Rusoro en Venezuela, sino que también hizo la advertencia que la República

no había pagado hasta la fecha de la decisión judicial los laudos dictados en su contra por la nacionalización del sector aurífero ocurrida en dicho país<sup>29</sup>.

También se ha evidenciado en la práctica que algunos Estados alegan, como causal de denegación de los laudos, que su reconocimiento podría conducir a la violación del orden público del país requerido, conforme al artículo V.2b) de la Convención de Nueva York. Ejemplo ilustrativo es el caso *Crystallex International Corporation v. Venezuela*<sup>30</sup>, en el cual los abogados de la República alegaron que el laudo dictado en abril de 2016 no podía ser reconocido conforme a los artículos V.1.c) y V.2.b) ante la Corte de Distrito de Columbia. El tribunal desestimó el argumento indicando que el laudo en cuestión no violenta ni el orden público ni las nociones de moral ni de justicia de los Estados Unidos<sup>31</sup>.

Una situación diferente se presentó en el caso *National Grid PLC v. Argentina*<sup>32</sup>. Siendo un litigio resuelto mediante un proceso arbitral administrado por las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL, la República Argentina solicitó a la Corte de Distrito de Columbia la modificación del laudo arbitral bajo la sección 9 de la *Federal Arbitration Act*, bajo el argumento de falta de notificación de la demanda. El inversionista, de nacionalidad británica, no solo objetó el requerimiento, sino que solicitó el reconocimiento y la ejecución bajo la Convención de Nueva York. La Corte, tras desestimar los alegatos de la República, consideró que no necesitaba resolver la solicitud presentada por el inversionista debido a que la defensa del Estado anfitrión no presentó observaciones a la misma<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> *Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Laudo Arbitral de fecha 22/09/2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4009.pdf> Acceso en: 20 may 2020.

<sup>28</sup> Decisión de la Corte de Distrito de Columbia de fecha 20/11/2015, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10201.pdf> Los alegatos presentados por la parte demandada pueden verse en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10196.pdf> Vale destacar que la Corte de Apelaciones de París en su sentencia de fecha 07/02/2017 desestimó la nulidad del laudo: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8285\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8285_0.pdf) La Corte rechazó la solicitud al considerar que las partes tuvieron las debidas garantías procesales durante el proceso arbitral, que el tribunal dictó el laudo conforme al derecho que resultaba aplicable y que el laudo arbitral no es contrario al orden público de Francia.

<sup>29</sup> Ver decisión de la Corte de Distrito de Columbia de fecha 01/03/2018, § 34, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9547.pdf> Acceso en: 07/06/2020.

<sup>30</sup> *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2. Laudo Arbitral de fecha 04/04/2016, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7195.pdf> Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11246.pdf> Acceso en: 07 jun 2020.

<sup>31</sup> Decisión de la Corte de Distrito de Columbia de fecha 25/03/2017, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8579.pdf>

<sup>32</sup> *National Grid PLC v. República Argentina*, Laudo arbitral de fecha 03/11/2008, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf> Acceso en: 20 jun 2020.

<sup>33</sup> Decisión de la Corte de Distrito de Columbia de fecha 07/06/2010, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0556.pdf>



### 3.2 En fase de ejecución: la encrucijada entre el interés del acreedor de ejecutar el laudo versus el alegato de inmunidad de ejecución de los bienes estatales

Conforme a las reglas de Derecho Internacional Público (DIP), los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción y de ejecución. No se trata de una regla nueva. Al contrario, deviene de la costumbre internacional y se trata, en el primer caso, de una prerrogativa o privilegio que gozan los Estados que impiden que los órganos jurisdiccionales y administrativos de otro Estado los enjuicien; y, en el segundo supuesto, de la prohibición de que los bienes propiedad estatal sean objeto de medidas coercitivas debido a la aplicación de la regla *par in parem non habet imperium* (entre iguales no hay jurisdicción)<sup>34</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2004)<sup>35</sup> establece expresamente que la inmunidad de jurisdicción no procede cuando el Estado se somete expresa o tácitamente a la jurisdicción nacional o internacional o a la vía arbitral, siempre que medie la declaración o el acuerdo por escrito. Con respecto a la inmunidad de ejecución, la Convención distingue entre las medidas coercitivas dictadas antes o después del fallo condenatorio. En el primer supuesto, el instrumento convencional establece en su artículo 18 que no es posible la adopción de bienes contra un Estado sino solo cuando el propio Estado así lo haya consentido o cuando haya destinado ciertos bienes para satisfacer la demanda presentada. En el segundo supuesto, el artículo 19 indica que luego de ser dictada la decisión (judicial o arbitral) solo pueden ser dictadas medidas coercitivas cuando el Estado lo haya permitido, cuando haya seleccionado los bienes sujetos a las referidas medidas y en el caso de bienes utilizados para fines distintos de los oficiales no comerciales que se encuentran en el territorio del Estado del foro.

<sup>34</sup> LINARES RODRIGUEZ, Enrique. La inmunidad soberana como obstáculo a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión. *Arbitraje*, v. 8, n. 1, 2015. p. 73; VOLTERRA, Robert G.; NISTAL, Alvaro. *Enforcing investment treaty awards*. 2018. Disponible en: <https://www.financierworldwide.com/enforcing-investment-treaty-awards#.XsBkXWj0nIV> Acceso en: 15 abr. 2020.

<sup>35</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU el día 02/12/2004 y tiene hasta la fecha de redacción de este trabajo 22 Estados ratificantes. Requiere llegar a 30 Estados para entrar en vigor. Texto de la Convención disponible en: [https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English\\_3\\_13.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English_3_13.pdf) Acceso en: 15 may 2020.

Llama la atención que el artículo 20 de la Convención expresa que el consentimiento a ser juzgado por una autoridad judicial o arbitral (y, por ende, renuncia a su inmunidad de jurisdicción) no implica necesariamente el consentimiento para la adopción de las medidas coercitivas. Y es que, en la práctica, los Estados generalmente alegan inmunidad en la etapa de ejecución de los laudos arbitrales de inversión, lo que termina constituyendo un verdadero obstáculo para el cumplimiento forzoso de los mismos.

Como analizamos en la primera parte de este trabajo, la Convención de Washington en sus artículos 54.1) y 54.3) permiten el reconocimiento automático de los laudos dictados bajo su amparo y su ejecución se efectúa conforme al Derecho del Estado solicitado. Ahora bien, el artículo 55 de la citada Convención indica que esta regla no deroga la normativa local de los Estados respecto a la inmunidad de ejecución. Esto significa que el laudo arbitral puede estar sujeto a ciertas restricciones derivadas de esta prerrogativa que potencialmente puedan impedir su ejecución en el foro requerido<sup>36</sup>.

Este mismo escenario se presenta con los laudos dictados fuera del ámbito de aplicación del CW, por cuanto el artículo III de la Convención de Nueva York establece que los Estados contratantes reconocen la autoridad de la sentencia arbitral y concederán su ejecución, conforme a las normas procesales vigentes en el Estado donde se invoque la sentencia arbitral<sup>37</sup>. Por tanto, es

<sup>36</sup> LINARES RODRIGUEZ, Enrique. La inmunidad soberana como obstáculo a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión. *Arbitraje*, v. 8, n. 1, 2015. p. 59. En efecto, en Ecuador se cuestiona la falta de uniformidad en las decisiones de los tribunales competentes para reconocer y ejecutar laudos arbitrales. Véase al respecto: LARREA, Andrés. *Enforcing International Arbitral Awards in Ecuador After Recent Legal Reforms: Is This the End of the Exequatur Process?* 2020. Disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/17/enforcing-international-arbitral-awards-in-ecuador-after-recent-legal-reforms-is-this-the-end-of-the-exequatur-process/?doing\\_wp\\_cron=1589753265.9030709266662597656250](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/17/enforcing-international-arbitral-awards-in-ecuador-after-recent-legal-reforms-is-this-the-end-of-the-exequatur-process/?doing_wp_cron=1589753265.9030709266662597656250) Acceso en: 20 may 2020.

<sup>37</sup> A modo ilustrativo, la Corte de Apelaciones de París el día 22/10/2019 rechazó la solicitud de anulación y suspensión de ejecución de un laudo arbitral dictado el 26/11/2018, por la Corte Permanente de Arbitraje, en el asunto *Oschadbank v. Russian Federation*, PCA Case No. 2016-14, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10885.pdf> Acceso en: 03/06/2020. Rusia argumentaba frente al tribunal francés que los intentos de ejecución del laudo arbitral por parte del inversor violaban sus intereses y derechos y que, permitir su ejecución contra bienes de su propiedad, otorgaría al órgano jurisdiccional autoridad para controlar la protección de las inmunidades soberanas. La Corte de Apelaciones rechazó el petitorio y aclaró que la ejecución del

lógico pensar que el alegato principal del Estado que resultó vencido en el proceso arbitral es que sus bienes gozan de inmunidad de ejecución y que, por lo tanto, quedan fuera de la prenda común de sus acreedores.

Aunque la Convención de la ONU de 2004 no está aún en vigor, tanto la inmunidad de jurisdicción como de ejecución se consideran mayoritariamente en un sentido restringido y no amplio, debido a la participación estatal cada vez más creciente en la economía<sup>38</sup>. Esto conlleva a la distinción entre los actos de *iure imperii* y los actos de *iure gestionis*: los primeros responden a actos ejecutados por los Estados en ejercicio de su soberanía, amparados bajo la inmunidad de jurisdicción y de ejecución absoluta; mientras que los segundos corresponden a los actos estatales de naturaleza civil o comercial que quedan excluidos de este privilegio. Profundizamos este asunto en las próximas líneas.

### 3.3 La inmunidad de ejecución relativa: entre la distinción entre bienes de uso oficial y los de uso comercial

Además de la distinción en la actuación del Estado, se diferencian también los bienes estatales según el uso (oficial o comercial) que tengan, lo cual no siempre es tarea fácil para el operador jurídico. La práctica judicial de los países evidencia que en cada jurisdicción existen interpretaciones distintas<sup>39</sup>. Sin embargo, la tendencia es que no gocen de la referida inmunidad los bienes utilizados por los Estados para sus actividades comerciales<sup>40</sup>, debido al resguardo de las legítimas expectativas

laudo arbitral se enmarca bajo las reglas de la *lex fori*, conforme a las cuales se puede evaluar el grado de protección otorgado al respeto del principio de inmunidad de ejecución.

<sup>38</sup> HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. *Problemas contemporáneos de Derecho procesal civil internacional venezolano*. Caracas: Editorial Paredes, 2004; GAUKROGER, David. *Foreign State Immunity and Foreign Government controlled investor*: OECD Working Papers on International Investment, 2010/01. París: OECD Publishing, 2010. p. 5.

<sup>39</sup> CASANOVAS, Oriol. *Compendio de derecho internacional público*. Madrid: Editorial Tecnos, 2017. p. 159. A modo ilustrativo, la Corte de Apelaciones de Kong Kong en el año 2011 (asunto “Democratic Republic of the Congo v. FG Hemisphere Associates”) aplicó la inmunidad absoluta de jurisdicción y ejecución, sin hacer excepción frente a transacciones comerciales y bienes con ese destino. Véase al respecto: D’Agostino, Justin; Lewis, Gavin; Wallace, Martin: Hong Kong Court of Final Appeal clarifies law of sovereign immunity in Hong Kong, with important implications for contracts with state entities. *Lexology*, 2011. Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d86edd95-b104-4f24-9dde-0031305513a8> Acceso en: 15 may 2020.

<sup>40</sup> LINARES RODRIGUEZ, Enrique. La inmunidad soberana

de quienes pactaron transacciones de tal carácter con Estados foráneos<sup>41</sup>. Le corresponde al órgano judicial del Estado requerido determinar si el bien estatal puede ser objeto o no de una medida coercitiva<sup>42</sup>.

De acuerdo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (artículos 31 y 22, respectivamente), los bienes inmuebles y muebles donde funcionan las delegaciones diplomáticas de los Estados, así como sus medios de transporte, gozan de inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Por lo tanto, a modo de ejemplo, podemos afirmar que una solicitud de embargo ejecutivo contra las cuentas bancarias de una embajada, con el propósito de ejecutar un laudo arbitral de inversión, no resultaría procedente.

Al respecto, el caso *Franz Sedelmayer v. Rusia* ha sido muy ilustrativo<sup>43</sup>. El litigio se inició con la expropiación de los bienes de Sedelmayer por parte de Rusia, razón por la cual el primero demandó a la segunda a través de un arbitraje independiente en Estocolmo (Suecia), conforme a las reglas del tratado bilateral celebrado entre Alemania y Rusia. El demandante resultó vencedor en el proceso arbitral dictado en 1998 y, de seguidas, buscó la forma de ejecutar el laudo arbitral (US\$ 2.350.000,00) en las jurisdicciones donde Rusia tiene intereses y, en particular, en Alemania y en Suecia.

Luego un largo proceso judicial que demoró más de una década, Sedelmayer logró tener éxito. La Corte Suprema de Justicia de Suecia en una muy interesante decisión permitió la ejecución del laudo contra un edificio que había sido utilizado por una delegación comercial rusa. La representación judicial de Rusia alegaba que el activo estaba amparado bajo inmunidad de ejecución debido a que estaba habitado por funcionarios diplomáticos y algunos departamentos eran usados por

como obstáculo a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión. *Arbitraje*, v. 8, n. 1, 2015. p. 75; CASANOVAS, Oriol. *Compendio de derecho internacional público*. Madrid: Editorial Tecnos, 2017. p. 159; LIM, Chin Leng; HO, Jean; PAPANINSKIS, Martins. *International investment law and arbitration*: commentary, awards and other materials. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 474-475.

<sup>41</sup> GAUKROGER, David. *Foreign State Immunity and Foreign Government controlled investor*: OECD Working Papers on International Investment, 2010/01. París: OECD Publishing, 2010. p. 5.

<sup>42</sup> HAHN, Anne-Catherine. State immunity and veil piercing in the age of sovereign wealth fund. *Revue Suisse de Droit des Affaires et du Marché financier*, 2012. p. 116.

<sup>43</sup> *Mr. Franz Sedelmayer v. Federación Rusa*, Laudo arbitral de fecha 07/07/1998, Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf> Acceso en: 20 jun 2020.

estudiantes e investigadores, mientras que el demandante indicaba que el uso dado al bien era muy distinto al oficial. El alto tribunal sueco, analizando la Convención de la ONU de 2004 y las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, determinó que el edificio (y las rentas que de él se percibían por concepto de arriendo de departamentos) se utilizaba mayoritariamente con fines de Derecho privado, aunque no comerciales, pero de igual forma no configuraba el propósito u objetivo oficial alegado por Rusia<sup>44</sup>.

Otro caso donde se ha discutido si bienes estatales gozan o no de inmunidad de ejecución corresponde a *Anatolie Stati; Gabriel Stati; Ascom Group S.A. y Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazajstán*, cuyo laudo arbitral de fecha 19 de diciembre de 2013 condenó a la República demandada, por violación al trato justo y equitativo y expropiación conforme al Tratado de la Carta de Energía, al pago de US\$ 497.685.496,40 más intereses compuestos y gastos legales<sup>45</sup>. Los demandantes han intentado primero, reconocer y, segundo, ejecutar el laudo en distintas jurisdicciones: Suecia, Italia, Holanda, Reino Unido y Estados Unidos. Hasta la fecha de redacción de este trabajo lo han logrado en Suecia y en Bélgica, considerando que los bienes estatales ubicados en dichas jurisdicciones no gozan de tal prerrogativa. En Holanda, se intentó ejecutar el laudo contra activos constituidos en un fideicomiso a favor del Fondo Soberano de dicho país<sup>46</sup>. En 2014, las cortes holandesas congelaron cuentas del Bank of New York Mellon que los administraba. En 2018, fue revocada la medida, pero mantuvo el congelamiento de otros activos estatales. Y, en Estados Unidos, el proceso de ejecución de bienes continúa en trámite<sup>47</sup>. Al igual que en el caso Sedelmayer, resalta la disciplina y tenacidad de los demandantes de presentar su solicitud de reconocimiento conforme a la Convención de Nueva York y de ejecutar los activos propiedad

del Estado renuente a pagar, en las jurisdicciones más convenientes<sup>48</sup>.

### 3.4 La doctrina del *alter ego* como argumento presentado por los acreedores para ejecutar laudos arbitrales de inversión: el caso *Crystallex v. Venezuela*

Se trata de una teoría aplicada principalmente por los tribunales estadounidenses, en casos donde coexisten intereses entre dos o más personas jurídicas, de forma tal que la separación jurídica entre las mismas resulta abusiva en relación con el negocio jurídico de que se trate. Normalmente – aunque no con carácter exclusivo-, el *alter ego* se presenta en la relación matriz –subsidiaria, en la que la vinculación entre ambas es tan estrecha que una de las sociedades debería de ser responsable por las acciones de la otra.

Para llegar a estas conclusiones, es necesario el levantamiento del velo corporativo. Es decir, el desconocimiento de la personalidad jurídica de un ente –realizado por las autoridades competentes- con el propósito de identificar si hubo o no abuso de la sociedad y sus socios con la intención de violar la ley, la buena fe o evadir responsabilidades patrimoniales<sup>49</sup>. Este desmantelamiento se fundamenta más en razones de equidad que en la aplicación de principios de interpretación contractual para deducir el consentimiento del no signatario. En la práctica, parece ser la solución que mejor equilibra la necesidad de respetar el principio de la limitación del riesgo y de la responsabilidad corporativa, con la necesidad de desaplicar dicho postulado en casos concretos. Su empleo depende de la revisión minuciosa de los hechos del caso<sup>50</sup>.

Esta teoría ha sido aplicada también en el Reino Unido y en Holanda y se ha considerado que los factores a tener en cuenta para identificar el *alter ego* son: i) una es-

<sup>44</sup> Véase decisión de la Corte Suprema de Suecia de fecha 01/07/2011, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0766.pdf>

<sup>45</sup> *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazajstán*, arbitraje administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC Case No. V 116/2010), disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

<sup>46</sup> Sobre los fondos soberanos véase: TEJERA PÉREZ, Victorino J. The U.S. Law Regime of Sovereign Immunity and the Sovereign Wealth Funds. *University of Miami Business Law Review*, n. 1, p. 1-79, 2016.

<sup>47</sup> Véase la orden de la Corte de Distrito de Columbia de fecha 18/05/2020, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11509.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.

<sup>48</sup> RUFF, Deborah; BELCHER, Julia Kalinina. *Stati v Kazakhstan: The Winner Takes It All?* *Global Arbitration Review online news*, jul. 2018. Disponible en: <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/2/v2/120095/Global-Arbitration-Review-DR-JB-110718.pdf> Acceso en: 15 may 2020.

<sup>49</sup> Velutini, Oscar. *La aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el ordenamiento jurídico venezolano*: consecuencias ius-económicas. 2011. Tesis (Doctorado em Derecho) – Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos, Universidad Metropolitana, Caracas, 2011. p. 52-65.

<sup>50</sup> Talero RUEDA, Santiago. Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, n. 4, p. 15-30, 2001.



trecha relación entre las dos sociedades sobre las que se sospecha existe un *alter ego*, ii) un control (ni absoluto ni circunscrito al desarrollo del pacto arbitral únicamente) de una sociedad sobre la otra, y iii) que el reconocimiento de las dos como entidades separadas pueda configurar un fraude o pueda implicar un resultado inequitativo del arbitraje.<sup>51</sup>

Esta doctrina ha sido alegada por los inversionistas con el propósito de lograr la ejecución de laudos arbitrales de inversión y desestimar el alegato de inmunidad de ejecución de bienes propiedad de los Estados. Si partimos de la idea que los Estados generalmente poseen o controlan agencias y empresas, a través de las cuales ejercen actividades comerciales, podrían existir bienes que no gozan de tal privilegio. Si se consideran estas instrumentalidades como personas jurídicas distintas a los propios Estados, se podría evitar tal ejecución. Sin embargo, un resultado puede ser distinto si se demuestra el efectivo control estatal sobre ellas.<sup>52</sup>

Esta doctrina fue alegada por la representación judicial de la empresa *Crystallex International Corporation* para ejecutar un laudo de inversión, dictado en Washington DC el día 4 de abril de 2016, producto de un arbitraje contra Venezuela, administrado conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI<sup>53</sup>. El tribunal arbitral condenó a la República demandada a pagar US\$ 1.202 millones más intereses, por haber expropiado los derechos económicos de la concesionaria

en la explotación de yacimientos de oro y haber violado el trato justo y equitativo (al no otorgar los permisos para ejecutar el contrato de operación minera), siendo ambas garantías contempladas en el tratado de promoción y protección de inversiones celebrado entre Canadá y Venezuela en 1998<sup>54</sup>.

Ante el reconocimiento del laudo arbitral por parte de la Corte de Distrito de Columbia<sup>55</sup>, *Crystallex* inició acciones judiciales ante Corte del Distrito de Wilmington, Delaware, solicitando la ejecución del laudo arbitral sobre bienes propiedad de PDV CITGO Holding Inc, propiedad de CITGO Holding Inc y de PDVSA, bajo el alegato de ser el *alter ego* de la República. Esto significa que todas las sociedades constituyen una sola entidad, debido a los controles que ejerce la segunda sobre las primeras y, por lo tanto, son responsables del cumplimiento del laudo arbitral. *Crystallex* argumentó que Venezuela había coartado la independencia de la estatal petrolera; al hecho que la República ha usado la propiedad física de PDVSA como si fuese suya; y, al asumir dicha empresa el pago de obligaciones contraídas por la República, incluyendo el pago de los costos incurridos durante el arbitraje CIADI<sup>56</sup>.

En agosto de 2018, la Corte falló a favor de *Crystallex* al admitir que PDVSA es, en efecto, el *alter ego* de la República y reconoció que la demandante podía ir en contra de los activos de PDVSA o sus filiales en territorio estadounidense. En marzo de 2019, el presidente interino de Venezuela solicitó la suspensión del procedimiento ante las Cortes de Delaware, con el objeto de evaluar la posición del Estado venezolano frente

<sup>51</sup> Rey VALLEJO, Pablo. *Teoría del Alter Ego*: inclusión de no scriptores en arbitraje comercial internacional. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2015. p. 16-39; TORREALBA, José Gregorio. La ejecución de laudos arbitrales que condenan al Estado sobre activos de empresas del Estado. A propósito de la teoría del alter ego en el caso *Crystallex vs. Venezuela*. In: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker & McKenzie, 2019. p. 1450-1456.

<sup>52</sup> GERLICH, Olga. State immunity from execution in the collection of awards rendered in international investment arbitration: the Achilles heel of the investor-State arbitration system. *The American Review of International Arbitration*, v. 26, n. 1, 2015. p. 79.

<sup>53</sup> Hacemos referencia a este asunto debido a su complejidad y a su estado de avance, debido a las distintas decisiones dictadas por las cortes judiciales de Estados Unidos. Sin embargo, advertimos que ya se han presentado solicitudes similares (como lo demuestra el asunto *Rusoro Mining Ltd v. Venezuela*), donde el inversor también ha pedido la declaratoria del alter ego entre PDVSA y CITGO y que, por tanto, ambas sociedades comerciales deben responder por el cumplimiento del laudo arbitral dictado a su favor. Véase la petición presentada ante la Corte del Distrito (sección Sureste) de Texas de fecha 07/05/2018: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9699.pdf> Acceso en: 07 jun 2020.

<sup>54</sup> *Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2. Laudo Arbitral de fecha 04/04/2016, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7195.pdf> Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11246.pdf> Acceso en: 07 jun 2020.

<sup>55</sup> Decisión de la Corte de Distrito de Columbia de fecha 25/03/2017, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8579.pdf>

<sup>56</sup> SANTANA PÉREZ, Militza; ESIS VILLARROEL, Ivette. Régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras en Venezuela. In: ESPLUGUES, Carlos (ed.). *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020. p. 665; TORREALBA, José Gregorio. La ejecución de laudos arbitrales que condenan al Estado sobre activos de empresas del Estado. A propósito de la teoría del alter ego en el caso *Crystallex vs. Venezuela*. In: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker & McKenzie, 2019. p. 1450-1456.

a este litigio y otros casos en los cuales se encuentra involucrado. Sin embargo, en julio de 2019, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de Estados Unidos determinó que Crystallex podía ejecutar forzosamente el laudo arbitral sobre las acciones de CITGO. Y, más recientemente, el 18 de mayo de 2020, la Corte Suprema de Justicia negó la petición de *certiorati* presentada por la representación judicial venezolana<sup>57</sup>. Si bien el caso continúa en manos de la justicia, debemos destacar que la ejecución de este laudo depende de la autorización de la Oficina de Control de Bienes Extranjeros del Departamento del Tesoro (OFAC), quien ha dictado resoluciones administrativas que impiden la ejecución de laudos arbitrales y sentencias judiciales sobre activos de Venezuela en Estados Unidos<sup>58</sup>. El objetivo de las resoluciones ha sido proteger dichos bienes dada la crisis política y económica que dicho país está atravesando.

#### 4 Otras posibles alternativas para lograr el reconocimiento y la ejecución extraterritorial de laudos arbitrales en materia de inversión

Frente a los desafíos judiciales que se presentan para lograr ejecutar el laudo favorable producto de un arbitraje inversor-Estado, los acreedores tienen también otras opciones a explorar como eventuales vías de solución a esta problemática ofrecidas por el Derecho Internacional<sup>59</sup>. Veamos a continuación:

<sup>57</sup> Véase la petición del writ of certiorati en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11246.pdf> y su negación en: ET AL. 19-1049 VENEZUELA, ET AL. V. CRYSTALLEX INTERNATIONAL CORP. 19-1079 M.W. WATERMARK, LLC, ET, disponible en: [https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/051820zor\\_5he6.pdf](https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/051820zor_5he6.pdf)

<sup>58</sup> U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. OFAC: Orden Ejecutiva No. 13884 de fecha 05/08/2019. Disponible en: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/13884.pdf> Acceso en: 20 jun. 2020. Otras órdenes ejecutivas han sido dictadas hasta la fecha de redacción de este artículo, véase la página web oficial de la OFAC: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/pages/venezuela.aspx> Acceso en: 20 jun 2020.

<sup>59</sup> SCHREUER, Christoph. Investment protection: original purposes and features. In: STANIĆ, Ana; BALTAG, Crina (ed.). *The future of investment treaty arbitration in the EU: intra-EU BITs, the energy charter treaty, and the multilateral investment court*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2020. p. 1-8. p. 7.

#### 4.1 La negociación directa

Si bien tanto el procedimiento arbitral como la ejecución forzosa del laudo pueden resultar traumático para las partes, siempre está presente la posibilidad de llegar a una negociación para poner fin a la controversia. Incluso, podrían llegar a un convenio de pago con plazos razonables para la República vencida, de manera que pueda honrar su compromiso de pago. Varias negociaciones se han celebrado con este propósito, aunque no siempre son de conocimiento público<sup>60</sup>.

En el asunto *Gold Reserve Inc. v. Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/09/1)*, caso administrado por las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, el tribunal arbitral en su laudo, de fecha 22/09/2014 y 15/12/2014, ordenó a la República el pago de US\$ 740.331.576 más intereses. Casi dos años después, Gold Reserve y Venezuela hicieron anuncios públicos por los cuales notificaban que habían llegado a un acuerdo para el pago del referido laudo<sup>61</sup>. Hasta la fecha de redacción de este trabajo, no se conocen los avances de este asunto.

En otro orden de ideas, aunque pueda pensarse que se trata de una solución ilusoria, también puede abrirse la opción de que el Estado deudor renuncie a la inmunidad de ejecución que ampara a alguno de sus bienes para pagar la cantidad condenada a pagar en el laudo. Claro está, y tal como refiere la Convención de la ONU en la materia de 2004, el requisito es que la renuncia conste por escrito. De ahí que la cláusula modelo que recomienda CIADI en este aspecto establezca expresamente:

El Estado Receptor renuncia por la presente a todo derecho de inmunidad por razón de soberanía con respecto a sí y a sus bienes en cuanto a la exigencia de cumplimiento y ejecución de cualquier laudo dictado por un Tribunal de Arbitraje constituido de conformidad con este acuerdo.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> GERLICH, Olga. State immunity from execution in the collection of awards rendered in international investment arbitration: the Achilles' heel of the investor-State arbitration system. *The American Review of International Arbitration*, v. 26, n. 1, 2015. p. 79.

<sup>61</sup> Véase el anuncio público de Gold Reserve de fecha 29/02/2016: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7157.pdf> y el anuncio de Petróleos de Venezuela, S.A., de fecha 24/02/2016: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7158.pdf>

<sup>62</sup> Véase la página oficial de CIADI: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-spa/15.htm> Acceso: 10 jun 2020.

## 4.2 La vía de la protección diplomática

Así como existe la posibilidad de negociación, no debemos olvidar la vía de la protección diplomática<sup>63</sup>. Se trata de un recurso que tiene como propósito la obtención de una reparación por los perjuicios sufridos por una persona, ejercido por su Estado de origen, como consecuencia de la violación de otro Estado de una obligación internacional. Tal protección constituye para el Estado de origen una facultad discrecional y no un deber. Esto quiere decir que el propio Estado puede ejercer o no el reclamo de su nacional frente al otro Estado<sup>64</sup>.

Conforme al Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática (2006), se exige la concurrencia de tres requisitos: (i) la violación de una obligación internacional; (ii) el agotamiento de los recursos internos (administrativos y judiciales) y (iii) la vinculación entre la persona afectada y su Estado de origen (determinada por la nacionalidad)<sup>65</sup>. Ahora bien, el artículo 17 del citado Proyecto de Artículos establece que sus disposiciones no aplican cuando son incompatibles con normas especiales del Derecho Internacional y se refiere, especialmente a los tratados sobre protección de inversiones.

Bajo las reglas de la Convención de Washington, y en particular su artículo 27, es posible acudir a este recurso en el supuesto únicamente cuando un Estado contratante no haya cumplido el laudo o haya dejado de hacerlo, pero no se considera protección diplomática las gestiones diplomáticas de carácter informal que bus-

quen facilitar la controversia<sup>66</sup>. Sin embargo, atendiendo a los requisitos ya descritos contenidos en el Proyecto de Artículos, el aspecto discutible de invocarla cuando se trata de laudos arbitrales dictados bajo el amparo de la CW, coincidiendo con Gerlich<sup>67</sup>, es cómo demostrar la nacionalidad de la persona jurídica, especialmente en aquellos supuestos cuando es controlada indirectamente por otra persona jurídica o física. Recordemos que el concepto de nacionalidad bajo el artículo 25 del Convenio de Washington es más amplio que el examinado por la Corte Internacional de Justicia en el conocido caso *Barcelona Traction*. Y, si el laudo arbitral ha sido dictado fuera del ámbito del citado Convenio, podría enfrentarse el inversor a tener que agotar recursos internos del Estado receptor de la inversión<sup>68</sup>.

La protección diplomática podría ser una posible vía de solución del conflicto, una vez cumplidos los requisitos para ejercerla y el Estado logre resolver la controversia favorablemente con el Estado receptor de la inversión. Pero también debemos advertir que una de las dificultades que trae su ejercicio es la pérdida del control por parte del inversionista del reclamo, debido a que las negociaciones y los acuerdos los lleva su Estado de origen con el Estado receptor de la inversión. El inversor debe, en tal supuesto, aceptar la indemnización que se acuerde (aunque no se ajuste a sus aspiraciones monetarias<sup>69</sup>) o, incluso, aceptar correr el riesgo de que el asunto sea politizado<sup>70</sup>. De no llegar a un acuerdo, se abre la puerta a vías de solución de conflictos Estado-Estado<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> VIÑUALES, Jorge E.; BENTOLILA, Dolores. The use of alternative (non-judicial) means to enforce investment awards. In: Chazournes, Laurence Boisson de et al. (ed.). *Diplomatic and judicial means of dispute settlement*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2013. p. 245-275; CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. TITI, Catharine. Are investment tribunals adjudicating political disputes? some reflections on the repoliticization of investment disputes and (new) forms of diplomatic protection. *Journal of International Arbitration*, v. 32, n. 3, p. 261-288, 2015; SACERDOTI, Giorgio; RECANATI, Matilde. Alternative investors: state dispute settlement systems: diplomatic protection and state to state arbitration. *Bocconi University Legal Studies Research Paper Series*, 2015. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2562782#](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562782#) Acceso en: 15 may 2020.

<sup>64</sup> GARFE JARUFE, Farouk. Algunos aspectos de la protección diplomática. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Valparaíso, n. 6, p. 485-515, 1986. p. 485-515.

<sup>65</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Protección Diplomática*. 2006. Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp4.pdf> Acceso en: 20 jun. 2020.

<sup>66</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: a commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 1108-1109.

<sup>67</sup> GERLICH, Olga. State immunity from execution in the collection of awards rendered in international investment arbitration: the Achilles' heel of the investor-State arbitration system. *The American Review of International Arbitration*, v. 26, n. 1, 2015. p. 90-91.

<sup>68</sup> TEJERA PÉREZ, Victorino J. Diplomatic protection revival for failure to comply with international arbitration awards. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 3, n. 2, p. 445-475, jul. 2012.

<sup>69</sup> LINARES RODRIGUEZ, Enrique. La inmunidad soberana como obstáculo a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión. *Arbitraje*, v. 8, n. 1, 2015. p. 61.

<sup>70</sup> MONEBHURRUN, Nitish. What would change in Brazil's practice with the adoption of an investor-State dispute settlement mechanism in its investment agreements? *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA*, v. 39, n. 1, p. 71-86, 2019. p. 75.

<sup>71</sup> SCHREUER, Christoph et al. *The ICSID Convention: a commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 1109.



### 4.3 La resolución de controversias Estado-Estado

Establece el artículo 64 de la Convención de Washington la vía judicial ante la Corte Internacional de Justicia, cuando surja una controversia entre los Estados contratantes de este instrumento convencional sobre su interpretación o sobre su aplicación y, en particular, podría ser condenado el Estado (que no cumple el laudo) por violación del artículo 53 de la Convención<sup>72</sup>. Por lo tanto, si el problema involucra a Estados que continúan formando parte de la Convención, podría eventualmente ser una potencial salida de cara a la resolución del conflicto.

Sin embargo, cuando el Estado vencido en el arbitraje corresponde a aquellos que denunciaron la Convención de Washington o no es parte contratante de la misma, tendría el operador jurídico que analizar el tratado bilateral aplicable al litigio<sup>73</sup>. En efecto, al analizar algunos de los tratados celebrados por los países más demandados ante el CIADI como Argentina, Venezuela y la República Checa, se observa la inclusión del arbitraje Estado-Estado como mecanismo de solución de problemas relativos a la interpretación y a la aplicación del propio instrumento convencional.

En efecto, si hacemos un análisis -muy general- de los tratados celebrados por estos países, para acceder a esta vía se impone el deber de agotar las negociaciones diplomáticas<sup>74</sup>, que pueden durar hasta 12 meses<sup>75</sup>. Posteriormente, podría iniciarse el arbitraje conforme a reglas generales de procedimiento especiales o conforme

a las reglas de arbitraje de UNCITRAL<sup>76</sup>. Mención especial se realiza a la etapa de elección de árbitros caso en el cual, si no hay acuerdo de las partes, supuesto en el cual puede intervenir el Presidente de la Corte Internacional de Justicia o del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas<sup>77</sup>. Finalmente, llama la atención la previsión contenida en el artículo 9 (6) del Tratado entre Argentina y Alemania, conforme al cual si uno de los Estados no cumple con la decisión arbitral puede acudir al tribunal arbitral que se constituya al efecto.

### 4.4 El caso de los ACFIs: la exclusión del arbitraje de inversiones y la incorporación de la cláusula de prevención de controversias

A diferencia de otros países latinoamericanos, Brasil no ratificó la Convención de Washington. En la década de los años 90 del Siglo pasado celebró alrededor de 14 tratados de promoción y protección de inversiones con distintos países, pero nunca los ratificó. Diversas razones motivaron tal decisión, pero fundamentalmente obedecieron a la reticencia del país frente al arbitraje inversor-Estado y al “amplio margen” de decisión que pueden llegar a tener los tribunales arbitrales al analizar la actuación estatal, lo que podría interferir con el ejercicio del poder regulatorio del propio Estado<sup>78</sup>.

A partir de 2015, Brasil comenzó a celebrar tratados de inversión -ACFIs- con otros países. Hasta la fecha de redacción de este trabajo, son tres las generaciones de ACFIs negociados y celebrados: la primera, los ACFIs con Malawi, Angola y Mozambique; la segunda, los ACFIs con Colombia, Chile, México, el Acuerdo con Perú y el Protocolo Intra-Inversiones de MERCOSUR -que sigue varias pautas contenidas en los acuerdos bra-

<sup>72</sup> SCHREUER, Christoph *et al.* *The ICSID Convention*. a commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 1109.

<sup>73</sup> MELO, Murilo Otávio Lubamdo de. Host states and state-state investment arbitration: strategies and challenges. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, p. 80-93, v. 14, n. 2, 2017. p. 80-93.

<sup>74</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 14 - UNITED NATIONS. *Tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre la República de Argentina y el Reino de Holanda (1992)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/107/download> Acceso en: 02 jun. 2020; Artículo 9 - UNITED NATIONS. *Tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre la República Argentina y la República de Alemania (1993)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/92/download> Acceso en: 15 may 2020.

<sup>75</sup> Artículo del Tratado de promoción y protección de inversiones entre la República de Chile y la República de Venezuela, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/718/download>

<sup>76</sup> UNITED NATIONS. *Tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre la República Argentina y Estados Unidos de América (1994)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download> Acceso en: 15 may 2020; UNITED NATIONS. *Tratado de la República Checa y Eslovaquia y los Estados Unidos de América para la promoción y protección de inversiones (1993)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/994/download> Acceso en: 15 may 2020.

<sup>77</sup> UNITED NATIONS. *Tratado de promoción y protección de inversiones entre Checoslovaquia (hoy República Checa) y el Reino de España*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/983/download> Acceso en: 20 jun 2020.

<sup>78</sup> SANCHEZ BADIN, Michelle; COSTA MOROSINI, Fabio; TRUBEK, David M. O Brasil face aos novos padrões de comércio e investimento dos acordos internacionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 1, p. 304-332, 2019.

sileños- y Guyana; y, la tercera, con los más recientes ACFIs celebrados con India, Ecuador, Marruecos y Emiratos Árabes Unidos<sup>79</sup>. De todos los mencionados, los ACFIs celebrados con Angola y México han entrado en vigor.

A pesar de ciertas diferencias entre unos ACFIs y otros, se destaca la ausencia de las garantías materiales del trato justo y equitativo y la expropiación indirecta, así como la no inclusión de la cláusula de arbitraje inversor – Estado. En su lugar, se incorpora una cláusula de resolución de controversias en términos diferentes a los acostumbrados tratados de inversión. La fórmula contenida en los ACFIs consiste en la actuación coordinada de un Comité Conjunto (con representantes de los gobiernos de Brasil y del otro Estado Parte) encargado de la implementación y administración de los ACFIs y de resolver amigablemente las controversias sobre las inversiones; y los puntos de contacto o también denominados “ombudsman”, quienes tienen el deber de brindar el apoyo necesario a los inversores y de mitigar los conflictos y facilitar su resolución con las autoridades gubernamentales competentes<sup>80</sup>.

De no ser resuelto el problema por este mecanismo, puede ser iniciado un arbitraje Estado-Estado bajo una serie de requisitos y condiciones expuestos en cada ACFI. En él se ventilaría si la medida estatal objetada está o no en conformidad con los términos del tratado. El problema, tal como lo refleja la doctrina, es el cumplimiento forzoso de la decisión adoptada dado que los propios Acuerdos no establecen el mecanismo para hacerla efectiva<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> SILVA, Ana Rachel Freitas da. A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, 2019. p. 9-10.

<sup>80</sup> MOROSINI, Fábio; ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele; COSTA, Anastacia. Solução de controvérsias em acordos de investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, p. 292-309, 2020; MONEB-HURRUN, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. *Journal of International Dispute Settlement*, n. 8, p. 79-100, 2017.

<sup>81</sup> SILVA, Ana Rachel Freitas da. A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, 2019. p. 11.

## 5 Conclusiones

Culminado el proceso arbitral donde ha resultado vencedor el inversionista frente al Estado receptor y superada la etapa de eventuales nulidades y la tramitación y decisión de recursos contemplados en la normativa aplicable, el inversor se enfrenta a una segunda fase del litigio: el reconocimiento y la ejecución de ese laudo en jurisdicciones donde el Estado tenga bienes susceptibles de ser objeto de medidas coercitivas, no amparados bajo la inmunidad de ejecución.

Los casos conocidos públicamente evidencian que no se trata de un camino fácil. Si se trata de un laudo arbitral dictado bajo la tutela de la Convención de Washington, el reconocimiento resulta más sencillo considerando que los Estados contratantes se comprometen a reconocer el laudo como sentencia nacional, de acuerdo con el artículo 54 del citado instrumento convencional. Sin embargo, si el laudo arbitral ha sido dictado fuera del ámbito de aplicación de la Convención, debe seguirse el proceso de reconocimiento conforme a las disposiciones de la Convención de Nueva York. Y, en efecto, los órganos judiciales de Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Suecia y otras jurisdicciones han ventilado estos asuntos.

Sin embargo, la fase de ejecución de los laudos en ambos supuestos tiene un lugar común: su trámite responde a las normas procesales vigentes del Estado requerido. Esto implica que será el operador judicial competente de dicho Estado quien debe analizar la solicitud del inversionista y si el bien, objeto de la medida coercitiva, goza o no de inmunidad de ejecución. La actividad judicial de los países evidencia que las interpretaciones no son uniformes, a pesar de que la tendencia responde al entendimiento que los bienes de uso comercial sí pueden ser ejecutados.

En este sentido, el argumento conforme al cual los activos de empresas comerciales públicas (totalmente dominadas y controladas por el Estado) podrían ser la prenda común de los acreedores de acuerdo a la doctrina del *alter ego*, ha sido una estrategia utilizada por los inversionistas más recientemente. La aplicación práctica de esta teoría conlleva a un largo camino de investigación por parte del equipo legal del inversor, visto que debe demostrar la existencia de un conjunto de intereses entre dos o más personas jurídicas -relacionadas con el Estado deudor - que resulten tan estrechos entre sí,

que no permita diferenciar el rol de cada una en el negocio jurídico de que se trate. Al demostrar este hecho, es posible levantar el velo corporativo y determinar la existencia de responsabilidad solidaria por las acciones u omisiones de la otra, lo que permite identificar bienes estatales de uso comercial que pasarían a ser prenda común de los acreedores (inversionistas), resultando de una manera satisfactoria la ejecución del laudo.

Finalmente, los inversionistas pueden también optar por otras opciones, igualmente válidas. Nos referimos a la negociación directa con las autoridades del Estado en cuestión; al recurso de protección diplomática que, a pesar de sus dificultades, es una solución aceptada por la propia Convención de Washington e, incluso, recurrir a vías de solución de controversias entre Estados -incluyendo la más reciente fórmula brasileña-, estipuladas en los tratados de inversión aplicables en cada caso. Todas estas posibles salidas, al igual que el proceso de reconocimiento y de ejecución de los laudos, requieren de la resiliencia y una buena capacidad económica del inversor para ver cristalizada su pretensión final: la recuperación total o parcial del capital invertido.

## Referencias

- Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazajstán*, arbitraje administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC Case No. V 116/2010), disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf> Acceso en: 10 jun 2020.
- Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce. *Investment Disputes 2019*. 2020. Disponible en: <https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2019/> Acceso en: 02 jun. 2020.
- CASANOVAS, Oriol. *Compendio de derecho internacional público*. Madrid: Editorial Tecnos, 2017.
- ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, laudo arbitral de fecha 03/09/2013, 17/01/2017 y 29/08/2019, Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/321> Acceso en: 07 jun. 2020.
- CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Crystallex International Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2. Laudo Arbitral de fecha 04/04/2016, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7195.pdf> Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11246.pdf> Acceso en: 07 jun 2020.
- D'Agostino, Justin; Lewis, Gavin; Wallace, Martin: Hong Kong Court of Final Appeal clarifies law of sovereign immunity in Hong Kong, with important implications for contracts with state entities. *Lexology*, 2011. Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d86edd95-b104-4f24-9dde-0031305513a8> Acceso en: 15 may 2020.
- DAVIN, Sophie: Enforcement of ICSID awards in the United States: should the ICSID Convention be read as allowing a 'second bite at the apple?' *Journal of International Law and Politics*, n. 48, 2016.
- ENERGY CHARTER TREATY. *Statistics of ECT Cases 2019*. 2019. Disponible en: [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/All\\_statistics\\_-\\_23\\_October\\_2019.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/All_statistics_-_23_October_2019.pdf) Acceso en: 03 jun. 2020.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos; IGLESIAS BUHIGUES, José Luis; PALAO MORENO, Guillermo. *Derecho Internacional Privado*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2014.
- GARFE JARUFE, Farouk: Algunos aspectos de la protección diplomática. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Valparaíso, n. 6, p. 485-515, 1986.
- GAUKROGER, David. *Foreign State Immunity and Foreign Government controlled investor: OECD Working Papers on International Investment*, 2010/01. Paris: OECD Publishing, 2010.
- GERLICH, Olga. State immunity from execution in the collection of awards rendered in international investment arbitration: the Achilles 'heel' of the investor-State arbitration system. *The American Review of International Arbitration*, v. 26, n. 1, 2015.
- Gold Reserve Inc. v. República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Laudo Arbitral de fecha 22/09/2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4009.pdf> Acceso en: 20 may 2020.



- HAHN, Anne-Catherine. State immunity and veil piercing in the age of sovereign wealth fund. *Revue Suisse de Droit des Affaires et du Marché financier*, 2012.
- HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. *Problemas contemporáneos de Derecho procesal civil internacional venezolano*. Caracas: Editorial Paredes, 2004.
- Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, PCA Case No. 2005-03/AA226, laudo arbitral de fecha 18/07/2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf> Acceso en: 03 jun 2020.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Protección Diplomática*. 2006. Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp4.pdf> Acceso en: 20 jun. 2020.
- LARREA, Andrés. *Enforcing International Arbitral Awards in Ecuador After Recent Legal Reforms: Is This the End of the Exequatur Process?* 2020. Disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/17/enforcing-international-arbitral-awards-in-ecuador-after-recent-legal-reforms-is-this-the-end-of-the-exequatur-process/?doing\\_wp\\_cron=1589753265.9030709266662597656250](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/17/enforcing-international-arbitral-awards-in-ecuador-after-recent-legal-reforms-is-this-the-end-of-the-exequatur-process/?doing_wp_cron=1589753265.9030709266662597656250) Acceso en: 20 may 2020.
- LIM, Chin Leng; HO, Jean; PAPARINSKIS, Martins. *International investment law and arbitration: commentary, awards and other materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- LINARES RODRIGUEZ, Enrique. La inmunidad soberana como obstáculo a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión. *Arbitraje*, v. 8, n. 1, 2015.
- MACHADO, Anderson Fonseca *et al.* Mapeamento e comparação de acordos de proteção de investimentos internacionais na América Latina e Central 1990 a 2018. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 2-17, 2019.
- MELO, Murilo Otávio Lubamdo de. Host states and state-state investment arbitration: strategies and challenges. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, p. 80-93, v. 14, n. 2, 2017.
- MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. *Journal of International Dispute Settlement*, n. 8, p. 79-100, 2017.
- MONEBHURRUN, Nitish. What would change in Brazil's practice with the adoption of an investor-State dispute settlement mechanism in its investment agreements? *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 39, n. 1, p. 71-86, 2019.
- MOROSINI, Fábio; ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele; COSTA, Anastacia. Solução de controvérsias em acordos de investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFIs. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, p. 292-309, 2020.
- Mr. Franz Sedelmayer v. Federación Rusa*, Laudo arbitral de fecha 07/07/1998, Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf> Acceso en: 20 jun 2020.
- National Grid PLC v. República Argentina*, Laudo arbitral de fecha 03/11/2008, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf> Acceso en: 20 jun 2020.
- NILO DONOSO, Pablo. Implicancias para la solución de controversias inversionista-Estado a raíz de la sentencia del caso Achmea. *Revista Tribuna Internacional*, v. 7, n. 14, p. 1-18, 2018.
- Oschadbank v. Federación Rusa*, PCA Case No. 2016-14, laudo arbitral de fecha 26/11/2018. Decisión de la Corte de Apelaciones de Francia disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10885.pdf> Acceso en: 01 jul. 2020.
- PÉREZ SALIDO, Pablo. *Enforceability of Intra-EU Awards at the U.S. District Court for the District of Columbia: The Spanish Cases*. 2020. Disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/enforceability-of-intra-eu-awards-at-the-u-s-district-court-for-the-district-of-columbia-the-spanish-cases/?doing\\_wp\\_cron=1592777181.6421489715576171875000](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/21/enforceability-of-intra-eu-awards-at-the-u-s-district-court-for-the-district-of-columbia-the-spanish-cases/?doing_wp_cron=1592777181.6421489715576171875000) Acceso en: 01 jul. 2020.
- PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Investor State-Arbitration*. Disponible en: <https://pca-cpa.org/en/cases/> Acceso en: 02 jun 2020.
- QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. London: School of International Arbitration Centre for Commercial Studies, 2018. Disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) Acceso en: 15 may 2020.

- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Savaiva, 2018.
- Rey VALLEJO, Pablo. *Teoría del Alter Ego*: inclusión de no suscriptores en arbitraje comercial internacional. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2015.
- RUEDA GARCÍA, José Angel. Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin exequátur. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 6, n. 1, mar. 2014.
- RUFF, Deborah; BELCHER, Julia Kalinina. *Stati v Kazakhstan: The Winner Takes It All?* *Global Arbitration Review online news*, jul. 2018. Disponible en: <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/2/v2/120095/Global-Arbitration-Review-DR-JB-110718.pdf> Acceso en: 15 may 2020.
- Rusoro Mining Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela*, IC-SID Case No. ARB(AF)/12/5, Laudo Arbitral de fecha 22/08/2016, disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2048> Acceso en: 15 may 2020.
- SACERDOTI, Giorgio; RECANATI, Matilde. Alternative investors: state dispute settlement systems: diplomatic protection and state to state arbitration. *Bocconi University Legal Studies Research Paper Series*, 2015. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2562782#](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562782#) Acceso en: 15 may 2020.
- SANCHEZ BADIN, Michelle; COSTA MOROSINI, Fabio; TRUBEK, David M. O Brasil face aos novos padrões de comércio e investimento dos acordos internacionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 1, p. 304-332, 2019.
- SANTANA PÉREZ, Militza; ESIS VILLARROEL, Ivette. Régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras en Venezuela. In: ESPLUGUES, Carlos (ed.). *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.
- SCHREUER, Christoph *et al.* *The ICSID Convention: a commentary*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- SCHREUER, Christoph. Investment protection: original purposes and features. In: STANIĆ, Ana; BALTAG, Crina (ed.). *The future of investment treaty arbitration in the EU: intra-EU BITs, the energy charter treaty, and the multilateral investment court*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2020. p. 1-8.
- Sommer, Christian. El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: ejecución directa o aplicación del exequátur? *RecorDIP*, v. 1, n. 1, 2011.
- Talero RUEDA, Santiago. Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, n. 4, p. 15-30, 2001.
- TEJERA PÉREZ, Victorino J. Diplomatic protection revival for failure to comply with international arbitration awards. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 3, n. 2, p. 445-475, jul. 2012.
- TEJERA PÉREZ, Victorino J. The U.S. Law Regime of Sovereign Immunity and the Sovereign Wealth Funds. *University of Miami Business Law Review*, n. 1, p. 1-79, 2016.
- TITI, Catharine. Are investment tribunals adjudicating political disputes? some reflections on the repoliticization of investment disputes and (new) forms of diplomatic protection. *Journal of International Arbitration*, v. 32, n. 3, p. 261-288, 2015.
- TITI, Catharine. Non-adjudicatory state-state mechanisms in investment dispute prevention and dispute settlement: joint interpretations, filters and focal points. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 36-48, 2017.
- TORREALBA, José Gregorio. La ejecución de laudos arbitrales que condenan al Estado sobre activos de empresas del Estado. A propósito de la teoría del alter ego en el caso *Crystallex vs. Venezuela*. In: HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio. *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker & McKenzie, 2019. p. 1450-1456.
- U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. *OFAC: Orden Ejecutiva No. 13884 de fecha 05/08/2019*. Disponible en: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/13884.pdf> Acceso en: 20 jun. 2020.
- Uncitral. *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*. Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf> Acceso en: 01 may 2020.

- UNITED NATIONS. *Acuerdo entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/718/download> Acceso en: 02 jun. 2020.
- UNITED NATIONS. *Tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre la República de Argentina y el Reino de Holanda (1992)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/107/download> Acceso en: 02 jun. 2020.
- UNITED NATIONS. *Tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre la República Argentina y la República de Alemania (1993)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/92/download> Acceso en: 15 may 2020.
- UNITED NATIONS. *Tratado bilateral de promoción y protección de inversiones entre la República Argentina y Estados Unidos de América (1994)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/127/download> Acceso en: 15 may 2020.
- UNITED NATIONS. *Tratado de la República Checa y Eslovaca y los Estados Unidos de América para la promoción y protección de inversiones (1993)*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/994/download> Acceso en: 15 may 2020.
- UNITED NATIONS. *Tratado de promoción y protección de inversiones entre Checoslovaquia (hoy República Checa) y el Reino de España*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/983/download> Acceso en: 20 jun 2020.
- UNITED NATIONS. *UNCTAD: Fact sheet Investor-State dispute settlement cases in 2018*. IIA Issues Note, 2019.
- UNITED NATIONS. *UNCTAD: Investment Dispute Settlement Navigator*. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> Acceso en: 05 jun 2020.
- Velutini, Oscar. *La aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el ordenamiento jurídico venezolano: consecuencias ius-económicas*. 2011. Tesis (Doctorado em Derecho) – Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos, Universidad Metropolitana, Caracas, 2011.
- Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Federación Rusa*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-05/AA228, laudo arbitral de fecha 18/07/2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3280.pdf> Acceso en: 05 jun 2020.
- Victor Pey Casado and Foundation President Allende v. República de Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2 - Annulment Proceeding, Decisión de fecha 08/01/2020, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11100.pdf> Acceso en: 05 jun 2020.
- VIÑUALES, Jorge E.; BENTOLILA, Dolores. The use of alternative (non-judicial) means to enforce investment awards. In: Chazournes, Laurence Boisson de et al. (ed.). *Diplomatic and judicial means of dispute settlement*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2013. p. 245-275.
- VOLTERRA, Robert G.; NISTAL, Alvaro. *Enforcing investment treaty awards*. 2018. Disponible en: <https://www.financierworldwide.com/enforcing-investment-treaty-awards#.XsBkXWj0nIV> Acceso en: 15 abr. 2020.
- WORLD BANK GROUP. *The ICSID caseload: statistics: Issue 2021-1*. Washington: World Bank, 2021. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf> Acceso en: 02 jun. 2020.
- WORLD BANK GROUP. *AAVV: Informe del Comité de Expertos*. Washington: World Bank, 2006.
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Federación Rusa*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, laudo arbitral de fecha 18/07/2014, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf> Acceso en: 05 jun 2020.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A interpretação evolutiva da convenção americana sobre direitos humanos: uma revisão documental do período 1988-2018**

**The evolutive interpretation of the american convention on human rights: a documental review of the period 1988-2018**

Breno Baía Magalhães

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

# A interpretação evolutiva da convenção americana sobre direitos humanos: uma revisão documental do período 1988-2018\*

## The evolutive interpretation of the american convention on human rights: a documental review of the period 1988-2018

Breno Baía Magalhães\*\*

### Resumo

Este artigo abordará a prática do critério de interpretação evolutiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como problemática, buscam-se evidenciar os contornos jurídicos, elementos e a função desempenhada pela categoria evolutiva no sistema interamericano. A pesquisa empírica, de recorte documental e de definição semântica, foi feita com base nos casos contenciosos e das opiniões consultivas editadas em um período de 30 anos (1988-2018), a partir da busca da expressão “interpretação evolutiva”. Identificou-se que o critério desempenha a função de complementação e criação de padrões protetivos, variando no tempo a forma a partir da qual essas funções serão desempenhadas. O texto cria categorias analíticas para a avaliação comparativa desse critério interpretativo: 1) *Fundamento da evolução*; 2) *Objeto da evolução*; 3) *Parâmetro da evolução* e 4) *Balizas da Interpretação*. Por fim, argumentamos que mudanças na composição da corte e a consolidação democrática são fatores que explicam a mudança jurisprudencial da corte em 2016, a qual passa a dissociar a proteção mais ampla da pessoa da interpretação evolutiva, binômio que explicava a prática anterior (1999-2016), para uma leitura que busca a identificação de consensos regionais.

**Palavras-chave:** Interpretação Evolutiva; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

### Abstract

This article will address the practice of the evolutionary interpretation criterion of the American Convention on Human Rights at the Inter-American Court of Human Rights. As a problem, it seeks to highlight the legal outlines, elements and the role played by the evolutionary category in the inter-American system. The empirical research, of documentary cut and semantic definition, was made from the contentious cases and the consultative opinions edited in a period of 30 years (1988-2018), from the search for the expression “evolutionary interpretation”. The research identified that the criterion plays the role of complementing and creating protective standards,

\* Recebido em 07/09/2020  
Aprovado em 29/03/2021

\*\* Professor de Direito Internacional e Constitucional da UFPA. Doutor em Direitos Humanos pela UFPA (2015).  
E-mail: brenobaiamag@gmail.com



varying in time the way in which these functions will be performed, from the analytical categories created to evaluate the criterion. The text creates analytical categories for comparative evaluation of this interpretive criterion: 1) Basis of evolution; 2) Object of evolution; 3) Evolution parameter and 4) Interpretation goals. Finally, we argue that changes in the composition of the court and democratic consolidation are factors that explain the court's jurisprudential change in 2016, which starts to dissociate the broader protection of the person from the evolutionary interpretation, binomial that explained the previous practice (1999- 2016), for a reading that seeks to identify regional consensus.

**Keywords:** Evolutionary Interpretation; Inter-American Court of Human Rights; American Convention on Human Rights.

## 1 Introdução

Tratar da interpretação evolutiva na Corte IDH é discorrer sobre o contexto político no qual aquele tribunal está imerso. Décadas mais jovem do que sua contraparte europeia, a Corte IDH passou a operar no continente americano tendo de lidar com os vestígios das graves violações de direitos humanos legados pela transição democrática da região. Desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais, torturas e violações a garantias judiciais básicas ocuparam a pauta da jovem corte em seus primeiros anos e lhes demandaram interpretações mais severas, robustas e menos deferentes aos Estados<sup>1</sup>.

A combinação de violações graves de direitos perpetradas por Estados latino-americanos, cuja aderência ao Estado de Direito ainda era recente e frágil, os quais contavam com instituições internas ainda em processo de reestruturação democrática, instaurou na Corte IDH um *ethos* judicial particular: suas interpretações sobre as obrigações internacionais previstas na CADH buscavam inspiração imediata na Corte EDH e em órgãos da ONU, ao mesmo tempo em que evitavam calcá-las em consensos regionais ou nas intenções dos Estados par-

tes da convenção americana<sup>2</sup>. Esse *ethos* judicial influenciou as técnicas interpretativas empregadas pela corte, o que inclui, por óbvio, a interpretação evolutiva.

O tema da interpretação evolutiva não é estranho à literatura especializada no sistema interamericano, muito embora este não tenha merecido uma análise sistematizada da jurisprudência da Corte IDH. Dessa forma, o presente artigo se justifica como tentativa de oferecer análise semântica do termo “interpretação evolutiva”, por meio de revisão documental. A seguir, exporemos revisão bibliográfica apta a demonstrar a problemática jurídica enfrentada neste artigo.

Aguirre Arango<sup>3</sup> defende a interpretação evolutiva como uma técnica interpretativa empregada pela Corte IDH capaz de fazer com que os Direitos Humanos acompanhem a evolução dos tempos atuais e das condições de vida. Ao tratar dos precedentes da Corte, o autor extrai que os órgãos que aplicam a CADH devem prestar atenção às demais normas pertinentes do direito internacional aplicáveis aos Estados membros e à evolução do *corpus iuris gentium* do direito internacional dos direitos humanos ao longo do tempo. Dentro de sua justificativa para tal escolha de materiais, identificamos que o autor sugere uma questão temporal (“ya que tales instrumentos fueron concebidos primero”) e outra pragmática (mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que los autores del instrumento no previeron), segundo a qual a técnica garante uma capacidade de pronta resposta da corte em face de situações não previstas pelos autores do instrumento americano, mas que foram contempladas em outros instrumentos.

Poucos anos depois, Burgorgue-Larsen<sup>4</sup> sugere a seguinte tese: a interpretação evolutiva da CADH na corte interamericana se explicaria por meio do seu contexto jurídico, político e sociológico. Do ponto de vista jurídico, a Corte IDH escolheu dar ênfase ao art. 31.1 da CVDI<sup>5</sup>, lido a partir do art. 29.b da CADH, privilegiando

<sup>1</sup> ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *Sur*, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, Dec. 2009.

<sup>2</sup> NEUMAN, Gerald. Subsidiarity. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 01, p. 101-123, 2008.

<sup>3</sup> AGUIRRE ARANGO, José Pedro. La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista de Derechos Humanos*, Guatemala, vol. V, n.º 8, p. 73-97, 2007, p. 85-96.

<sup>4</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Vol.12, n.º 01, p. 105-162, 2014, 109-114.

<sup>5</sup> Sobre a problemática da hermenêutica no direito internacional, cf. COELHO, Inocêncio Mártires. A questão hermenêutica no di-



do uma visão teleológica e jusnaturalista dos direitos convencionais, mirando a proteção máxima (*pro-bomine*). Politicamente, a corte tinha de adotar postura mais assertiva e ativista para enfrentar e lutar contra os problemas listados no início da introdução. Por fim, a composição heterogênea do ponto de vista teórico, temático e de atividades pregressas voltadas à defesa dos Direitos Humanos, permitiu aos juízes da Corte IDH se afastarem de noções clássicas acerca do direito internacional, soberania estatal e positivismo jurídico.

O enfoque evolutivo repousaria, portanto, na valorização da abertura normativa da CADH como instrumento vivo ao Direito Internacional, na criação de novos direitos e no aumento do seu alcance normativo e na formulação de conceitos transformadores (direito a não discriminação, direito à igualdade, o conceito pretoriano de vulnerabilidade etc.)<sup>6</sup>.

Mais recentemente, Arévalo Narváez e Patarroyo Ramírez<sup>7</sup> concordam que a interpretação evolutiva da CADH permitiu a introdução de garantias adicionais para a proteção de direitos. Em síntese, os autores defendem que, mesmo que aplique teorias interpretativas particulares, as regras para a interpretação de tratados de direitos humanos são essencialmente as mesmas daquelas aplicadas em qualquer outro tratado. Por fim, pontuam que, a partir do art. 29 da CADH, considerando-se o tratado, e que seu objetivo principal é a proteção individual, o Princípio *Pro Persona* se torna um guia para a escolha das regras interpretativas em uma análise caso a caso e a corte emprega regras comuns sobre a interpretação via jurisprudência, tais como a ideia de que tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação deve “andar de mãos dadas” com a evolução dos tempos e condições de vida correntes e que os processos interpretativos devem ser consistentes com as regras gerais estabelecidas pelo artigo 29.

As conclusões da Comissão de Direito Internacional relativas à jurisprudência da Corte IDH sobre interpretação evolutiva são, no mínimo, elusivas, pois o órgão

---

reito das gentes. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, 2016 p. 581-593.

<sup>6</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Vol.12, n.º 01, p. 105-162, 2014, 120-129.

<sup>7</sup> AREVALO NARVAEZ, Carlos Enrique; PATARROYO RAMIREZ, Paola Andrea. Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights. *ACDI*, v. 10, p. 295, 2017, p. 304-315.

reconhece que a corte não recorre à lógica da prática subsequente estipulada na CVDT com frequência, mas reforça que isso não significaria a completa rejeição da fórmula, porquanto esta estaria substituída pela menção a ‘desenvolvimentos internacionais’. A única citação feita pelo relatório é a do caso *Mayagna* (2001)<sup>8</sup>.

Os estudos acadêmicos anteriormente mencionados parecem chegar a alguns consensos sobre a interpretação evolutiva na Corte IDH. Em primeiro lugar, a base normativa da técnica interpretativa repousa no art. 29.b da CADH e é conjugada à ideia de proteção *pro personae*. Em segundo lugar, a evolução sempre atende a ampliação ou a complementação da proteção prevista na fonte internacional. Por fim, o conteúdo do padrão que sofreu a evolução é colhido do direito internacional geral e dos direitos humanos. Os dados do relatório da CDI acrescentam pouco à discussão em pauta e são insuficientes para determinarmos os contornos dessa prática. Como problemática jurídica, portanto, o artigo pretende definir os contornos jurídicos, elementos e a função desempenhada pela categoria interpretativa evolutiva no sistema interamericano.

Para desenvolver essa problemática, realizamos pesquisa empírica do tipo documento sobre os casos contenciosos e opiniões consultivas (OC) da Corte IDH. Inicialmente, identificamos as sentenças dos casos contenciosos da Corte. Dentre 354 casos contenciosos (1988-2018) e 25 OC’S (1988-2018), selecionamos aqueles em que houve menção ao termo “interpretación evolutiva” em seu corpo, chegando ao número de 23 e 07, respectivamente. Desses 30 casos, foram produzidos relatórios, cujo conteúdo incluía breve relato do caso, fatos relevantes e quais os indícios fáticos e jurídicos (nacionais ou internacionais) que levaram a corte IDH a sustentar a evolução.

O corte metodológico documental, caracterizado pela utilização do documento público como objeto da investigação científica não produzido pelo pesquisador e que carrega consigo informações sobre o desenvolvimento interpretativo dos agentes que apostam informações a ele<sup>9</sup>, foi, escolhido para servir de base para a

---

<sup>8</sup> *International Law Commission (ILC)*, 7<sup>th</sup> session (2018), *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties* (A/73/10). Commentaries on Conclusion 08, § 15.

<sup>9</sup> CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, J. et AL (orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 296-297.

construção semântica do conceito, “interpretação evolutiva” na jurisprudência da Corte IDH. A escolha foi feita para compreender os “esquemas conceituais” desenvolvidos pela Corte ao longo de sua tarefa judicante e influenciados pela “conjuntura política, econômica, social” e jurídica do continente (CELLARD, 2008, p. 296-299).

A pesquisa identificou que o critério desempenha a função de complementação e criação de padrões protetivos dos Direitos Humanos insculpidos na CADH, no entanto, a variação em seu emprego jurisprudencial, identificada com base nos períodos distintos, dependerá da aplicação de três critérios: o fundamento da evolução, parâmetro e balizas. De 1999 a 2016, os padrões eram criados e complementados por conta da fundamentação jusnaturalista dos Direitos Humanos e da ligação genética da CADH com outros instrumentos internacionais de igual natureza. Dessa forma, o parâmetro é o direito internacional dos direitos humanos e a busca pelos padrões mais protetivos, desde a baliza do princípio *pro persona*. Por outro lado, desde 2016, a interpretação evolutiva passou a operar desacoplada da baliza da norma mais protetiva, dando lugar à busca pela complementação e criação de padrões convergentes no direito constitucional dos estados que ratificaram a CADH e do internacional dos direitos humanos.

## 2 A Interpretação Evolutiva na Corte IDH: uma revisão documental com base nas decisões da Corte IDH.

A interpretação evolutiva da CADH fez seu *debut*, ao menos textualmente, em outubro de 1999 com a OC n.º 16 e, pouco mais de um mês depois, em *Villagran Morales* no âmbito contencioso. A argumentação feita pela corte nesses casos deu o tom e as características da forma como a técnica interpretativa seria desenvolvida na Corte até, pelo menos, 2016.

Na OC n.º 16, México pretendia saber se a não observância do direito à informação sobre a assistência consular do estrangeiro detido em outro Estado configurava uma violação aos direitos consagrados nos artigos 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 3 da Carta da OEA e II da Declaração Americana. A partir do art. 33.3 da CVDT, a Corte IDH pontuou que a interpretação de tratados sobre direitos

humanos deve ser feita dentro do sistema no qual estejam inseridos. Em seguida, reforçou que tratados sobre direitos humanos são instrumentos vivos e devem ser interpretados evolutivamente para acompanhar os tempos e as condições de vida atuais, considerando-se o resultado positivo dessa abordagem para a afirmação e ampliação dos direitos<sup>10</sup>. Portanto, a não observância do direito, previsto no art. 36.1.b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, seria capaz de afetar as garantias do devido processo legal previstas no PIDCP<sup>11</sup>.

Pouco tempo depois, em *Villagran Morales*, a corte foi provocada a se pronunciar sobre a responsabilidade do Estado da Guatemala pelas ações e omissões de seus agentes em relação ao sequestro, tortura e o assassinato de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, bem como sobre a omissão dos mecanismos do Estado em lidar com essas violações.

Após relembrar o parágrafo mencionado na OC analisada acima, a Corte IDH reafirmou que a interpretação evolutiva demanda uma análise do sistema no qual um tratado está inserido e cujo avanço do sistema lhe é credor. Em seguida, postulou que a CADH e a Convenção sobre os direitos da criança (CDC) da ONU “forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños” e que devem servir para que a Corte seja capaz de fixar o conteúdo e o alcance da disposição “medidas de proteção” definida no art. 19 da CADH<sup>12</sup>, a respeito da conduta que o Estado deveria ter observado<sup>13</sup>.

Voltando ao ponto do tom e das características, ambos os casos deixaram claro que a interpretação evolutiva seria utilizada pela Corte IDH para ampliar o rol de direitos previstos na CADH<sup>14</sup> e para complementar as obrigações dos Estados, principalmente, com base em fontes alheias ao Sistema Interamericano<sup>15</sup> e, mais im-

<sup>10</sup> Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, n.º 16, §§ 113-114.

<sup>11</sup> OC-16/99, §124.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, n.º 63, § 194.

<sup>13</sup> “Niños de la Calle”, § 196.

<sup>14</sup> Torres (2011, p. 666-667) atesta que a abordagem ampliativa da corte sobre devido processo legal foi capaz de desenvolver essa garantia específica.

<sup>15</sup> Em Villagrán (1999) são citados os artigos 2, 3, 6, 20, 27 e 37 da CDC, que, conforme a Corte, permitem “especificar, em várias direções, o alcance das medidas de proteção” a que se refere o ar-

portante, alheias ao direito interno dos Estados-partes. Sua utilização não buscou, inicialmente, fundamentos normativos no texto do tratado, mas no fato de a convenção ser um instrumento vivo e receber apoio da CVDT. Ou seja, os padrões de direitos humanos podem ser criados e complementados porque este seria um efeito trivial decorrente da natureza dos tratados sobre direitos humanos quando passam por processos evolutivos.

Harris<sup>16</sup> apontava, antes do julgamento dos casos descritos, que, até então, não haviam chegado à corte temas que envolvessem mudanças de valores sociais, que lhe demandassem uma abordagem interpretativa dinâmica capaz de trazer um novo padrão social que surgira na prática estatal. Os casos de 1999, no entanto, não parecem se enquadrar na categoria de temas que passaram por mudanças de valores sociais desde a assinatura do acordo internacional.

Sem embargo da disputa política e da estratégia de litígio do México ao mobilizar a Corte IDH na OC n.º 16/99, não era possível, naquela época, afirmar a existência de uma evolução social sobre a questão da obrigatoriedade de o Estado que detém um estrangeiro em garantir-lhe assistência consular, considerando-se que o tratado da ONU que serviu como base jurídica para a evolução datava de 1963, antecedendo a CADH (1969). No caso contencioso, por outro lado, não é possível identificar, na argumentação da corte, motivos para sugerir uma mudança social na prática estatal quanto à proteção de crianças e adolescentes, a não ser, no mínimo, um refinamento das medidas de proteção jurídicas consolidadas nos anos 90. Não passamos, portanto, de um estágio de desproteção e descaso em 69, para outro de extrema preocupação e garantias internacionais.

A escolha pela rota oferecida pela interpretação evolutiva criativa, ampliativa e de fonte universalista pode ser explicada pela tendência convencional de integração dos sistemas regional e universal<sup>17</sup>, assumida pela Corte

IDH na OC n.º 01/82. Para a Corte IDH, o preâmbulo e muitos dispositivos convencionais americanos fariam referência a outras regras convencionais de direitos humanos ou ao direito internacional, especialmente o art. 29.

Um par de anos depois, o conceito voltou à jurisprudência da Corte IDH em um dos casos mais importantes já decididos por um tribunal internacional, o julgado *Comunidade (Mayagna) Awas Tingni v. Nicaragua* (2001)<sup>18</sup>. Além de afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos precisam ser interpretados de acordo com as perspectivas políticas e sociais atuais, de maneira evolutiva, a corte, interpretando o art. 29, *b*, da CADH, declarou que a referida norma permitia a utilização de normas internas como instrumentos interpretativos dos direitos da convenção, pois a CADH impunha a não restrição dos direitos internamente garantidos.

A corte, antes de analisar se houve violação do art. 25 da CADH, considerou importante aferir se, no ordenamento interno da Nicarágua, existia procedimento de titulação de terras que fosse eficaz para proteger os direitos indígenas<sup>19</sup>. Para afirmar a existência de um direito à propriedade comunal (que ensejaria a necessidade de demarcações em face da ausência de títulos reais de propriedade), a corte analisou os arts. 5, 89 e 180, da Constituição da Nicarágua, bem como as leis internas 14/1986 e 28/1987. O conjunto normativo, em suma, reconhecia e protegia o direito à propriedade comunal indígena<sup>20</sup>. Não obstante a expressa previsão normativa interna, a corte decidiu que o Estado não estabeleceu mecanismos eficazes para a demarcação e delimitação das terras indígenas<sup>21</sup>.

Em seguida, analisando o direito à propriedade previsto na CADH, a Corte IDH afirmou que a ideia de “bens”, presente no texto do art. 21, incluiria coisas materiais e imateriais que se agregam ao patrimônio de uma pessoa e são suscetíveis de serem valorados. A noção de “bens” foi preferida em detrimento da construção ci-

tigo 19 da Convenção Americana. Em especial, os que se referem à não discriminação, a assistência especial às crianças privadas de seu ambiente familiar, a garantia de sobrevivência e desenvolvimento da criança, o direito a um padrão de vida adequado e a reintegração social de todas as crianças vítimas de abandono ou exploração.

<sup>16</sup> HARRIS, David. Regional Protection of Human Rights: The Inter-American Achievement. In.: HARRIS, David; LIVINGSTONE, Stephen (eds) *The Inter-American System of Human Rights*. London: Clarendon Press, 1998, p. 01-30, p. 12.

<sup>17</sup> Corte IDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Hu-

manos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A, n.º 1, § 41.

<sup>18</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, n.º 79.

<sup>19</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, § 115.

<sup>20</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, § 122.

<sup>21</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, § 137.



vil tradicional de “propriedade privada” nos trabalhos preparatórios da CADH<sup>22</sup>. Na conclusão de seu raciocínio, e evocando a interpretação evolutiva da CADH<sup>23</sup>, a Corte IDH afirmou que o art. 29.b não permite uma interpretação restritiva dos direitos previstos no direito interno<sup>24</sup> e considerou que o artigo 21 da Convenção protegeria o direito à propriedade em um sentido que inclui, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas sob o marco da propriedade comunal, que também é reconhecido na Constituição da Nicarágua<sup>25</sup>.

Burgorgue-Larsen<sup>26</sup>, ao comentar o caso, afirma que a fórmula da não restrição do direito interno presente no art. 29. b, e a interpretação evolutiva foram utilizadas para construir a noção de propriedade comunal sem o recurso ao direito internacional, fonte amplamente utilizada pela Corte IDH, e possibilitou à corte interpretar a CADH evolutivamente sem se afastar dela.

O caso *Mayagna* acrescentou dois elementos importantes para compreendermos a interpretação evolutiva da CADH no período 1999-2016, quais sejam: a possibilidade de inserirmos parâmetros constitucionais ou infralegais como indícios da evolução e a base normativa fornecida pelo art. 29, b da CADH.

Portanto, a interpretação evolutiva da Convenção americana pode ser explicada pela soma de quatro fatores: 1) sua natureza de instrumento vivo, lhe conferindo a capacidade de adaptação orgânica ao tempo de sua aplicação; 2) seu caráter integrativo e universalista, atraindo tudo aquilo oferecido no plano internacional e constitucional; 3) a justificativa pragmática de máxima proteção, cuja base normativa reside no art. 29 da CADH; e 4) a escassa citação aos padrões de direito nacional nos 10 primeiros anos de funcionamento da Corte IDH (HARRIS, 1998. p. 11), por conta da natureza das violações analisadas e da frágil situação da democracia dos estados.

A utilização da técnica interpretativa em análise foi uma constante nos anos analisados pela pesquisa (1988-2018), não tendo sido possível identificar um período de maior e outro de menor utilização na média, desde sua inclusão no léxico do tribunal em 1999<sup>27</sup>. É muito provável que sua inserção tenha sido influenciada pela chegada do juiz Cançado Trindade à Presidência da Corte (1999-2003), tendo em vista que a Corte IDH operava desde 1980 sem fazer menção ao termo em suas sentenças de mérito ou OCs. Um ano antes da decisão na OC 16/99, em voto concorrente no caso *Blake*<sup>28</sup> do início de 1998, O juiz Cançado aprofundava a importância do fator tempo para a proteção e garantia dos direitos humanos no sistema internacional. O tempo não apenas deveria militar em favor de evoluções para a compreensão de teorias sobre o direito dos tratados, mas também impactaria a vida das pessoas que são protegidas por tais direitos, cujo tempo não é o mesmo dos Estados. Por fim, o juiz urgia para que o direito dos tratados fosse repensado para acompanhar e reagir à evolução doutrinária e teórica em direção às obrigações *erga omnes* oriundas das normas cogentes para prover as necessidades dos seres humanos<sup>29</sup>.

Confirmando a hipótese de Burgorgue-Larsen, os fatores sociológicos influenciaram a construção da interpretação evolutiva na Corte IDH, tendo em vista que sua inserção foi feita mediante a leitura jusnaturalista de Cançado Trindade sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e universalista do Direito Internacio-

<sup>27</sup> A interpretação evolutiva parece ter sido utilizada de maneira retórica em, pelo menos, dois casos. Em ambos, discutia-se a obrigatoriedade de o Estado ter de aplicar a norma penal mais benéfica ao réu retroativamente. Para a Corte IDH, a norma do art. 09 deve ser interpretada de boa-fé, de acordo com o sentido comum atribuído aos termos do tratado no seu contexto e tendo em conta o objeto e finalidade da Convenção, que é a efetiva proteção da pessoa humana, bem como por meio de uma interpretação evolutiva de instrumentos internacionais para a proteção dos direitos humanos. Em ambos os casos, as cortes superiores dos estados se negaram a avaliar a aplicabilidade de normas penais mais favoráveis aos réus. Não houve citação ao *corpus iuris* internacional, o que sugere que a ideia de evolução foi suscitada por conta de sua vinculação, no marco interamericano, à aplicação da norma mais favorável à pessoa prevista no art. 29. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, n.º 111, § 178 e Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, n.º 265, § 154.

<sup>28</sup> Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, n.º 36.

<sup>29</sup> Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade. Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, n.º 36. § 29.

<sup>22</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, §§ 143-144.

<sup>23</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, § 146.

<sup>24</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, §§ 147-148.

<sup>25</sup> Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, § 148.

<sup>26</sup> BURGORGUE-LARSEN; UBÉDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 510-511.

nal, em contraposição a uma leitura positivista e voluntarista. O ex-juiz considera o Direito Internacional dos Direitos Humanos como “um *corpus juris* de salvaguarda do ser humano”, conformado, no plano substantivo, por fontes que adquiriram “autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias”. A fonte material desse direito residiria “na consciência jurídica universal”, responsável pela evolução de todo o Direito na busca da realização da Justiça<sup>30</sup>.

A seguir, agruparemos as incidências de interpretação evolutiva mais comuns na Corte IDH<sup>31</sup> e que seguem as sendas abertas pelos três casos anteriores, bem como os julgados nos quais ela afastou o reconhecimento de padrões evolutivos.

<sup>30</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Funag, 2007, p.207-321, p. 211.

<sup>31</sup> Às vezes, a citação à interpretação evolutiva foi feita por outros atores processuais, mas não fora seguida por um acolhimento, nominal, da Corte IDH. O representante das vítimas alegou violações ao art. 26 com base na interpretação evolutiva, que deveria ser lido através da lente do princípio *pro homine* e da jurisprudência internacional. Entretanto, a Corte IDH não considerou necessário analisar violações aquele dispositivo convencional. No mesmo sentido: Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, n.º 144, §§ 283 e 285 e Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 158, §§ 134 e 136. O representante das vítimas suscitou uma possível violação ao art. 29.c da CADH, quando lido a partir do art. 3º da Carta Democrática Interamericana, os quais assegurariam, em conjunto, um Direito Humano à Democracia. A Corte rejeitou o pedido, ao mesmo tempo em que explicou a importância interpretativa do art. 29. Possíveis violações que envolvam aspectos democráticos poderiam ser absorvidas por outras normas da convenção. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, § 216-223. O representante das vítimas alegou que a interpretação evolutiva da CADH abraçaria o direito ao consentimento informado em procedimento cirúrgico obstétrico. Muito embora não tenha feito menção expressa à interpretação evolutiva, a Corte IDH realizou trabalho comparado, a partir do art. 29, para fixar o alcance e conteúdo das obrigações estatais em I.V. Vs. Bolívia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, § 123 e 168. O estado alegou que não haveria, quando teve de lidar com o caso, uma interpretação evolutiva que protegesse direitos previdenciários oriundos de uniões entre pessoas do mesmo sexo capaz de ser utilizada pelas decisões judiciais questionadas. A Corte IDH não considerou que houve violações aos arts. 8 e 25, então não adentrou na argumentação. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, n.º 310.

## 2.1 Interpretação evolutiva como via para a complementação dos padrões de proteção previstos pela CADH

A partir de da OC n.º 16 e *Villagrán Morales* (1999), a interpretação evolutiva passou a ser utilizada como janela para a entrada de padrões internacionais universais e regionais, constitucionais e intraconvencionais para complementar dispositivos abstratos e vagos da CADH. A lógica, nessas hipóteses, não é criar um direito não expresso na CADH ou alterar um padrão fixado previamente pela Corte IDH ou tradicionalmente assegurado pelos Estados, mas lançar mão de diversas fontes para detalhar prescrições abstratas do tratado. A complementação segue a verve integrativa da CADH, que opera como eixo de convergência de padrões de proteção de direitos, bem como a visão pragmática sobre a finalidade da CADH, que é oferecer a mais ampla rede de proteção à pessoa.

A leitura do art. 19 da CADH, complementado pelo CDC, foi reafirmado pela Corte IDH como uma determinação da interpretação evolutiva em *Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú* (2004)<sup>32</sup>. O art. 19, também, foi objeto de complementação na OC 21/14<sup>33</sup>. Em *Tibi vs Ecuador* (2004)<sup>34</sup> e *Bueno Alves vs. Argentina* (2007)<sup>35</sup>, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), principalmente seu art. 2º, foi utilizada para complementar o sentido da expressão genérica “torturas físicas ou psíquicas” do art. 5.2 da CADH, com base na ideia de fixação de conteúdo e alcance do dispositivo a partir de fontes oriundas do *corpus iuris* interamericano<sup>36</sup>.

Ao julgar improcedente alegação do Estado em exceção preliminar que pretendia afastar a competência da corte para julgar violação de direitos que teria ocorrido durante período de conflito interno armado e regido, tão somente, pelo direito internacional humanitário em

<sup>32</sup> Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie, C n.º 110, §§ 164-166.

<sup>33</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A, n.º 21.

<sup>34</sup> Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 114.

<sup>35</sup> Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, n.º 164, § 78-79.

<sup>36</sup> Caso Bueno Alves Vs. Argentina, §§ 144-145.

*Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* (2004)<sup>37</sup>, a Corte IDH sustentou a aplicabilidade da CADH em situações de exceção e a possibilidade de interpretar seu conteúdo e alcance à luz das normas ratificadas pelo Estado sobre Direito Internacional Humanitário, especialmente as Convenções de Genebra<sup>38</sup>.

Em vez de usar, apenas, o *corpus iuris* internacional dos direitos humanos para complementar a CADH, a Corte IDH, em *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia* (2005)<sup>39</sup> e *Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia* (2012)<sup>40</sup>, lançou mão de outros dispositivos da própria convenção, decisão da Corte Constitucional Colombiana e norma de *soft law* da ONU<sup>41</sup> para afirmar que o direito à livre circulação e residência do artigo 22.1 incluía a proibição de deslocamento interno forçado dentro do próprio país e é resultado da violação de outros direitos convencionais, tais como os artigos 4.1, 5.1, 19 e 1.1<sup>42</sup>. Em sua argumentação, a Corte IDH expos sua verve jusnaturalista ao reforçar que tratados de direitos humanos inspiram-se em valores comuns superiores centrados na proteção do ser humano<sup>43</sup>, ecoando a argumentação feita por Trindade em seus trabalhos acadêmicos. Nesse caso, a Corte IDH refina a ideia de interpretação evolutiva como uma via capaz de garantir uma proteção mais favorável ao ser humano<sup>44</sup>, por conta de sua íntima relação com o art. 29.b da CADH. A mesma argumentação sobre o art. 22.1 foi empregada no caso *Masacres de Ituango Vs. Colombia* (2006)<sup>45</sup>, além do mais, o tribunal

atestou que a expressão “trabalho forçado” do artigo 6.2 da CADH deveria ser complementada pela Convenção n.º 29 da OIT<sup>46</sup>, na mesma linha argumentativa das anteriores.

Em *Fazenda Verde vs. Brasil* (2016)<sup>47</sup>, o estado demandando indicou que deveria ser estabelecida uma clara distinção entre os conceitos de escravidão, servidão e trabalho forçado. Alegou, de acordo com a Convenção de 1926, que a escravidão se refere ao exercício total ou parcial sobre uma pessoa das faculdades de direito de propriedade. Portanto, a Corte IDH deveria analisar a escravidão, em sua definição convencional, como o exercício de propriedade sobre uma pessoa, em vez de provas, elementos externos contextuais ou simplesmente como reivindicado pelos representantes<sup>48</sup>. O Estado indicou que não haveria provas de que a escravidão, o trabalho forçado ou a servidão existissem na Fazenda Brasil Verde, pois a inspeção realizada concluiu que os trabalhadores estavam em situação de perigo para sua saúde e integridade física e, portanto, em violação a leis trabalhistas, mas não em situação de escravidão ou trabalhos forçados<sup>49</sup>.

A corte, por sua vez, definiu o conceito evoluído de situação de escravidão dissociado da ideia de propriedade de uma pessoa, da seguinte forma: i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de alguns dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerce poder ou controle sobre a pessoa escravizada a ponto de anular a personalidade da vítima. As características de cada um desses elementos foram corroboradas e inspiradas com base em critérios extraídos do Direito Internacional<sup>50</sup>.

## 2.2 Interpretação evolutiva como via para a criação de padrões de proteção não previstos pela CADH

A interpretação evolutiva não apenas fora utilizada pela corte para detalhar expressões genéricas da convenção por meio de fontes diversas, mas, igualmente,

de julho de 2006. Serie C No. 148.

<sup>46</sup> Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, §§ 157-158.

<sup>47</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318

<sup>48</sup> Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, § 232.

<sup>49</sup> Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, §233.

<sup>50</sup> Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, § 269.

<sup>37</sup> Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C, n.º 118.

<sup>38</sup> Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, § 119.

<sup>39</sup> Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 134.

<sup>40</sup> Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, n.º 259, §§ 255-257.

<sup>41</sup> Principios Rectores de los Desplazamientos Internos emitidos em 1998, por el Representante del Secretario General de las Naciones.

<sup>42</sup> A interpretação evolutiva do art. 22 foi citada como alegação dos representantes das vítimas, por entenderem que L.R.J., C.S.S. e J.F.C. “se viram forçados a sair de suas residências na Favela Nova Brasília, em virtude das circunstâncias violentas que cercaram os eventos relatados e a continuidade da ação policial dos autores de tais atos”. No entanto, a Corte IDH considerou a alegação extemporânea, porquanto não previstas no relatório de mérito da Comissão Interamericana. Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, §§ 276, 281 e 282.

<sup>43</sup> Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. § 104.

<sup>44</sup> Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, § 106 e 188.

<sup>45</sup> Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1



para agregar novos padrões de proteção de direitos. A partir de *Mayagna* (2001), a interpretação evolutiva serviu de mote para uma forma de interpretação dinâmica ou criativa, calcada, normativamente, no art. 29, b da CADH. A interpretação criativa assume posição teleológica, porquanto objetiva atingir, desde *Masacre de Mapiripán* (2005), uma maior proteção à pessoa (Princípio *Pro Personae*). A busca pela teleologia fora justificada pelo grau de sucesso da técnica para a proteção de direitos humanos. Ou seja, a convenção americana, imbuída de seu ideal integracionista e de uma visão naturalista de Direitos Humanos, deve ser interpretada como um acordo internacional que serve à finalidade de criar padrões de direitos decorrentes de inúmeras fontes, internacionais, regionais ou nacionais para melhor proteger as pessoas.

Desde a paradigmática decisão de crescer, ao art. 21 da CADH, a proteção à propriedade comunal de terras tradicionalmente ocupadas, com base na leitura feita pela Constituição da Nicarágua, a Corte IDH repetiu a construção criativa feita em *Mayagna* (2001) noutros precedentes. Em *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005)<sup>51</sup>, a integração criativa feita a partir do art. 29 que buscou a Convenção 169 da OIT para assegurar o direito à propriedade comunal<sup>52</sup>.

Um dos mais interessantes casos de interpretação evolutiva da Corte IDH não visava à proteção direta de algum padrão convencional, mas à garantia da lisura judicial no julgamento de casos contenciosos feita por juízes *ad hoc*, quando o caso não se originava de demandas interestatais. A Opinião Consultiva n.º 20/09 foi solicitada pela Argentina e questionava a figura do juiz

*ad hoc* do art. 55 da CADH no contexto de um caso decorrente de demanda individual, bem como a garantia da parcialidade dos magistrados titulares em casos em que tenham de conhecer demandas de seu Estado de origem.

A corte afirmou realizar uma interpretação harmônica e finalística da CADH, conjugando o art. 55.3 com outras disposições intraconvencionais, quais sejam, os arts. 44 e outros, para ler a expressão “Estados Partes” como indício de que a participação do juiz *ad hoc* se limitaria às hipóteses de demandas interestatais, quando, na opinião da corte, estariam perante a Corte dois Estados Partes<sup>53</sup>. Uma das razões para a limitação estaria na motivação diplomática e política da origem da figura do juiz *ad hoc* na jurisdição da Corte Internacional de Justiça, mas que entraria em conflito com a finalidade e a natureza de tratados sobre direitos humanos, inspirados em valores comuns superiores e centrados na proteção das pessoas<sup>54</sup>. A Corte IDH sugere, ademais, que não haveria registro na Convenção de que a intenção das partes contratantes tenha sido atribuir um significado especial aos termos do art. 55, e da qual derivaria a possibilidade de os Estados demandados nomearem um juiz *ad hoc* para integrar o Tribunal nos casos originados em pedidos individuais<sup>55</sup>.

A Corte IDH reconhece que, até então, aquela era a prática<sup>56</sup>, mas que era chegado o momento de reexaminá-la<sup>57</sup>. Dessa feita, quando fosse o caso, em virtude do objeto e finalidade do tratado e, quando houver justificativas suficientes, a revisão de uma interpretação prévia será possível e necessária. Uma das justificações feitas, não obstante em nota de rodapé, seria a interpretação evolutiva<sup>58</sup>. A corte refutou a presença de um costume decorrente da prática anterior, não apenas porque se tratava de prática dela, órgão do sistema, e não dos Estados e que a atual interpretação poderia afetar a igualdade e não discriminação, normas de caráter cogente e, portanto, capazes de derrogar normas costumeiras<sup>59</sup>.

<sup>51</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, §§ 125 e 130.

<sup>52</sup> Interessante notar que em casos posteriores sobre populações tradicionais, a Corte IDH não fez menção à interpretação evolutiva em sua sentença, mas serviu de base para as alegações da Comissão ou dos representantes das vítimas. Vide Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245, §§ 125 e 161. Em outras ocasiões, o precedente foi citado em nota de rodapé como referência retórica de reforço. Não há realização de interpretação evolutiva no caso, nem pelas partes, tampouco por meio da Comissão ou de considerações da Corte. Ocorre a menção à interpretação de proteção à propriedade comunal indígena, consolidada por meio da interpretação realizada em *Mayagna* (2001). Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, nota de rodapé ao §155.

<sup>53</sup> Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, §§ 32 e 33.

<sup>54</sup> OC-20/09, §§ 36-38.

<sup>55</sup> OC-20/09, § 40.

<sup>56</sup> OC-20/09, § 49.

<sup>57</sup> OC-20/09, § 50.

<sup>58</sup> OC-20/09, § 52.

<sup>59</sup> OC-20/09, §§ 53-55.

Sobre o ponto a respeito do conhecimento das causas por juízes titulares cuja nacionalidade coincidia com o caso trazido à corte, ela atesta que a prática permitia a permanência do juiz de nacionalidade do estado demandado permanecer na tribuna, mas que, nos últimos anos, estaria surgindo um consenso entre os juízes no sentido de não julgar tais hipóteses<sup>60</sup>. Ao vaticinar que o juiz nacional do Estado demandado não poderá participar do julgamento de casos contenciosos originados em petições individuais, cita como exemplos regimentos de um punhado de órgãos internacionais quase-judiciais e o da Corte Africana de Direitos Humanos<sup>61</sup>, não obstante a clareza textual do art. 55.1 da CADH<sup>62</sup>.

No caso *Atala Riffo* (2012)<sup>63</sup>, uma importante exceção foi proposta pelo Estado para afastar a jurisdição da Corte IDH e as alegações de discriminação em relação à orientação sexual da vítima: a ausência de consenso regional sobre o tema. Acerca das referidas alegações, a corte iniciou suas considerações com a construção do direito à igualdade convencional, a partir do critério evolutivo. Segundo a Corte, a noção de igualdade se depreende diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável de sua dignidade essencial, a qual é incompatível com toda situação que conduza a qualquer forma de discriminação quanto ao gozo de direitos que se reconhecesse aos que não se consideram em situação de inferioridade. A Corte IDH reforçou que o Princípio da Igualdade e da não discriminação foram admitidos por ela mesma como normas de *jus cogens*.

Ao interpretar o artigo 1.1 da CADH, a corte considerou que a locução “qualquer outra condição social”, abarcaria, com base na interpretação evolutiva, e na alternativa mais favorável aos direitos convencionais e a norma mais favorável ao ser humano<sup>64</sup>, a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas como categorias protegidas pela Convenção. Concluiu que seria vedado pela CADH qualquer norma, ato ou prática dis-

criminatória baseada na orientação sexual da pessoa<sup>65</sup>. Em seguida, a corte afirmou que a falta de consenso em alguns países acerca do pleno respeito dos direitos das minorias sexuais não poderia ser considerado um argumento válido para negar ou restringir seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias sofrem.

Outro caso em que questões morais e consenso estão inter-relacionados é *Artavia Murillo* (2012)<sup>66</sup>. A interpretação do art. 4.1, da CADH, estava centrada na questão do estabelecimento, ou não, de um marco convencional acerca do começo da vida.

Lançando mão de inúmeros recursos interpretativos a fim de verificar se a expressão “desde a concepção” presente no art. 4.1 impediria fertilizações *in vitro* (interpretação sistemática e histórica, com base nos trabalhos preparatórios da CADH, nos sistemas universal e europeu de direitos humanos), a Corte IDH, fundamentada na interpretação evolutiva, citou inúmeras decisões de cortes constitucionais nacionais para afirmar que, apesar de a vida pré-natal ensejar cuidados especiais referentes a interesses inerentes a ela, isso não significa que ela não possa ser harmonizada com outros direitos fundamentais, como os da mãe.

O recurso à interpretação evolutiva ocorreu porque “en el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 (...)”. Ademais, a interpretação evolutiva daria espaço ao direito comparado. Este resultou em pesquisa que identificara que a maioria dos Estados partes e da região não consideravam a FIV uma violação ao direito à vida.

Para responder às perguntas formuladas pela Costa Rica na OC 24/17<sup>67</sup>, a Corte IDH considerou importante determinar se relações afetivas entre pessoas do

<sup>65</sup> Caso *Atala Riffo y niñas* Vs. Chile, § 78-91.

<sup>66</sup> Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros* (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n.º 257.

<sup>67</sup> Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A, n.º 24.

<sup>60</sup> OC-20/09, § 82.

<sup>61</sup> Comitê de Direitos Humanos, Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Comitê contra Tortura e Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

<sup>62</sup> *O juiz que for nacional de algum dos Estados Partes no caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo.*

<sup>63</sup> Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas* Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239.

<sup>64</sup> Caso *Atala Riffo y niñas* Vs. Chile, § 84 e 85.

mesmo sexo poderiam ser consideradas como “família” nos termos da convenção, para se estender a proteção internacional aplicável<sup>68</sup>. A Corte observou que a palavra sofreu mudanças conforme a mudança dos tempos<sup>69</sup>. Observou, também, que há outras formas de arranjo familiar para além do casamento. Isso demonstraria que não seria possível identificar um sentido corrente da palavra família. O contexto regional, igualmente.

Ao se voltar para a interpretação evolutiva, a Corte IDH fez menção expressa à ideia da CIJ de que a intenção das partes na utilização de uma linguagem pode indicar um significado capaz de evoluir. Ou seja, a utilização de termos genéricos implicaria uma possibilidade de evolução. Uma interpretação restritiva de família conflitaria com o objeto e finalidade do tratado, a proteção de todos os seres humanos sem distinção<sup>70</sup>. Essa decisão estaria em consonância com a intenção original das partes.

### 2.3 Hipóteses em que a interpretação evolutiva foi negada pela Corte IDH

Como aprofundaremos no tópico seguinte, a partir de 2016, a Corte IDH passa a abordar a interpretação evolutiva de forma diferente, na medida em que atribui maior importância à produção jurídica e política dos estados partes e, o mais importante, passa a perquirir a existência de possíveis consensos sobre o tema em análise.

Em Opinião Consultiva requerida pelo Panamá<sup>71</sup>, a Corte IDH teve de responder, como questionamento principal, se as pessoas jurídicas podem ser consideradas titulares dos direitos humanos previstos na CADH, capacitando-as a recorrer ao sistema como possíveis vítimas. Para responder ao questionamento, a corte precisou interpretar o alcance do art. 1.2 da convenção americana.

A Corte afirmou lançar mão das regras da CVDT e passou a analisar o tema com base em **vários critérios interpretativos, entre eles, o da interpretação evolutiva**<sup>72</sup>. Pelo sentido corrente e literal, pela análise do objeto e finalidade<sup>73</sup>, a prática jurisprudencial própria de considerar, apenas, a pessoas humanas como vítimas se manteria. Em seguida, ao empregar a técnica do contexto interno, a corte afirmou realizar uma interpretação sistemática, caracterizada pela interpretação do tratado dentro do sistema do qual se encontra, o sistema interamericano<sup>74</sup>. As bases para a interpretação sistemática seriam as disposições e acordos que se relacionam com a CADH<sup>75</sup>.

Em tópico apartado, a corte reservou espaço para debater a interpretação evolutiva, agora restrita a outros sistemas de proteção de direitos humanos e ao direito comparado. Apenas nesse ponto da decisão, a CADH é considerada como um instrumento vivo, cuja interpretação deverá acompanhar a evolução dos tempos e condições atuais de vida. Ela encara os demais sistemas de direitos humanos com a finalidade de constatar suas semelhanças ou diferenças com o sistema interamericano, para ajudar a determinar o alcance e o sentido a uma norma similar ou a fim de detectar particularidades do tratado<sup>76</sup>. De sua avaliação do direito internacional, atesta que não haveria uma tendência clara em outorgar direitos a pessoas jurídicas e que o termo “pessoa” do art. 1.2 seria uma particularidade do SIDH<sup>77</sup>. Sobre a análise comparada, a Corte IDH concluiu, ao analisar os Estados partes que garantiam direitos a pessoas jurídicas, que, apesar de parecer haver nos países da região uma disposição em reconhecer a titularidade de direitos **às pessoas jurídicas** e conceder-lhes recursos para torná-los efetivos, que esses precedentes não são suficientes, uma vez que nem todos os Estados o realizam na mesma extensão e no mesmo grau. Além disso, a Corte observa que esta é a posição que os Estados mantêm em seu direito interno, razão pela qual não seria possível modificar o escopo do artigo 1.2 da Convenção Americana com base nesse método interpretativo<sup>78</sup>.

<sup>68</sup> OC-24/17, § 175.

<sup>69</sup> OC-24/17, § 177.

<sup>70</sup> OC-24/17, §§ 188-189.

<sup>71</sup> Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A, n.º 22.

<sup>72</sup> OC-22/16, § 36.

<sup>73</sup> OC-22/16, § 43.

<sup>74</sup> OC-22/16, § 44.

<sup>75</sup> OC-22/16, § 45.

<sup>76</sup> OC-22/16, § 50.

<sup>77</sup> OC-22/16, § 62.

<sup>78</sup> OC-22/16, § 67.



Poucos anos depois, a Corte IDH foi instada a responder, entre outras coisas, se o art. 22.7 da CADH abarcaria ambas as modalidades de asilo, quais sejam, o territorial e o diplomático<sup>79</sup>. Como justificativa para a interpretação evolutiva no caso, a Corte IDH recorreu ao texto do 22.7, o qual demandaria a busca da “legislação de cada Estado” e aos “convênios internacionais”<sup>80</sup>. Tal previsão normativa seria a senha para a corte interpretar o texto à luz das condições atuais sobre as necessidades de proteção internacional, com um enfoque de gênero, diversidade e idade. No entanto, o termo “em território estrangeiro” deveria ser considerado na interpretação de seu sentido corrente, contextual (sistemática), teleológica e evolutiva, para fins de determinação de ambas as modalidades de asilo.

A base da interpretação conforme o objeto e finalidade (teleológica), para a Corte IDH, seria o Princípio *Pro Persona*. Entretanto, além do deslocamento desse preceito à análise sistemática, ele não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas analisado em conjunto com outros critérios interpretativos, e dentro dos limites estabelecidos pelo tratado. Isso significa que aquele princípio não pode afastar a utilização de outros métodos, tampouco pode desconhecer seus resultados. Pois, do contrário, “la aplicación irrestricta del principio *pro persona* conduciría a la deslegitimación del accionar del intérprete”. Com efeito, os critérios literal e contextual seriam claros quanto à limitação ao asilo territorial.

Por fim, sustenta que, muito embora a prática de alguns estados indique a outorga do asilo diplomático, eles o fazem com base nas convenções latinas de velha data e que não seguiram o desenvolvimento do direito interacional após 1954. O asilo diplomático e seus motivos de codificação não evoluíram, o que demonstraria que esse critério interpretativo **não oferece base para sustentar outra conclusão, a não ser aquela que já havia sido determinada pelos critérios literais e contextuais**<sup>81</sup>.

Posteriormente, a Corte IDH indicou a inexistência de um acordo ou consenso universal a respeito do asilo

diplomático como um direito<sup>82</sup> e que não estava diante de um costume regional, pois, muito embora houvesse **a prática do asilo diplomático em alguns estados, sua garantia não** era extensiva a todos os estados; os que o garantem, o fazem de diversas formas e a objeção persistente norte-americana indicam a não formação de uma *opinio juris*<sup>83</sup>.

### 3 Sistematizando a evolução da interpretação da CADH

A partir da divisão proposta, algumas conclusões podem ser extraídas da prática da Corte IDH sobre a interpretação evolutiva. A primeira delas, com perdão do trocadilho infame, é a sua visível evolução ao longo do tempo, a partir do qual ela passa por um processo de acomodação de suas justificativas e da metodologia empregada pelo tribunal internacional.

Pretendemos estabelecer uma grade de análise para servir de base para a avaliação comparativa da interpretação evolutiva: 1) *fundamento da evolução* (as justificativas para a utilização da técnica interpretativa); 2) *objeto da evolução* (elemento do tratado que sofre evolução); 3) *parâmetro da evolução* (o parâmetro externo ao tratado a partir do qual o conteúdo do objeto da evolução é extraído) e 4) *balizas da Interpretação* (elementos do tratado que impõem critérios e limites para a utilização da técnica).

*Fundamentos da evolução.* A Corte IDH vinculou a ideia de evolução à criação ou complementação de padrões que pudessem oferecer uma maior proteção possível à pessoa, tendo em vista a natureza integrativa e universalista da CADH, bem como a leitura jusnaturalista dos direitos humanos. A tese jusnaturalista desacoplaria o critério interpretativo de bases consensuais ou intencionais, pois a evolução se justificaria pelos benefícios trazidos para a pessoa, não importa de onde venham, e não como uma escolha feita pelos Estados que fazem parte da CADH. A base do Princípio *Pro Homine* deixa claro que um padrão de direito deve evoluir porque ele oferece um maior patamar de proteção, a despeito e para além da CADH. A convenção americana, portanto, deve ser interpretada dentro do sistema de Direito Internacional dos Direitos Humanos do qual integra,

<sup>79</sup> Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25

<sup>80</sup> OC-25/18, § 142.

<sup>81</sup> OC-25/18, § 150.

<sup>82</sup> OC-25/18, § 155.

<sup>83</sup> OC-25/18, § 162.

servindo como um imã atrativo de quaisquer padrões de direitos humanos.

No entanto, mais visivelmente a partir de 2016, a Corte IDH parece ter mudado o fundamento para a interpretação evolutiva. Sem que tenha abandonado a importância do art. 29 e a ideia de instrumento vivo, agora ela passa a estabelecer uma dissociação entre o princípio *pro homine* e a interpretação evolutiva. **É importante pontuar que a corte não estabeleceu um padrão hierárquico entre seus critérios interpretativos (interpretação literal, sistemática, teleológica e evolutiva).**

A partir de então, não apenas a interpretação teleológica (baseada no art. 29 e intimamente ligada à perspectiva de imersão da CADH no sistema interamericano) passa a ocupar seu próprio espaço, mas também são estabelecidos limites finalísticos à atividade interpretativa baseada no postulado da norma mais favorável à pessoa. A interpretação evolutiva se apresenta, por sua vez, como um critério que precisa se fundamentar, exclusivamente, no direito internacional e no direito comparado. Ou seja, tendo em vista que a justificativa pragmática de garantir uma maior proteção não está mais contida na base da evolução e as análises do direito internacional e comparado se tornaram mais metodologicamente rigorosas, será possível à Corte IDH negar a evolução de uma disposição da CADH.

Por fim, a Corte IDH tem procurado justificar a necessidade do recurso à interpretação evolutiva a partir da: a) novidade da matéria a ser julgada; b) indícios textuais presentes nos dispositivos convencionais que convidam à análise comparada internacional e interna e c) expressões textuais abstratas capazes de sofrer evolução ao longo do tempo. Portanto, as partes e a corte somente poderão lançar mão desse critério interpretativo quando constatada alguma dessas hipóteses.

Considerando-se recente mudança de posição, não podemos sugerir que esse será o padrão consolidado daqui em diante, muito embora sinalize uma aproximação tímida ao modelo europeu. Todavia, nos parece que com aquele não se identifica totalmente, porque a corte interamericana negou aos Estados o recurso à margem de apreciação em qualquer um dos casos de 2016, como o fizer em outras instâncias<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> A Corte IDH não desenvolveu critérios rígidos e definitivos para a utilização do critério da margem de apreciação. Dessa forma, “apesar de aceitar, em tese, a aplicação da margem de apreciação na-

*Objeto da Interpretação:* o objeto da evolução é o padrão de proteção de direitos e, não necessariamente, uma expressão, termo ou dispositivo jurídico escolhido pelos signatários para constar do acordo internacional. Trata-se de uma característica própria dos tratados de direitos humanos, cujas regras compõem um instrumento vivo, o que torna a analogia biológica da evolução mais convincente, e justifica a criação de obrigações especiais entre os Estados e as pessoas, diferentemente, dos tratados que compõem o direito internacional geral.

O texto de um tratado de direitos humanos fixa padrões políticos abstratos e genéricos, dependentes de uma maior articulação para a solução de problemas decorrentes de sua aplicação no caso de supostas violações perpetrada contra uma pessoa ou grupo de pessoas. A CADH, por exemplo, protege o direito à vida, mas não sabemos, tão somente pela consulta ao texto do tratado, se ela protege a técnica científica de fertilização *in vitro*. Portanto, o objeto da evolução em um tratado de direitos humanos é o padrão de direitos a ser acolhido pelo tratado, seja para acrescentar ou complementar direitos já previstos. Uma particularidade da Corte IDH é o uso dessa técnica para complementar padrões regionais genéricos com fontes alheias ao sistema e para criar direitos não previstos originalmente em seu texto. Em ambas as ocasiões, o *corpus iuris* é utilizado como reservatório de normas capazes de complementar o sentido dos dispositivos convencionais. Essa postura interpretativa da Corte IDH, de acrescentar ou criar obrigações a partir de um padrão previamente inexistente, traz dificuldades teóricas sobre a distinção entre interpretação evolutiva e criativa.

*Parâmetro da evolução e balizas da interpretação:* Neuman criticou a Corte IDH por prestar pouca atenção ao consenso regional em suas interpretações, preferindo dar espaço à produção jurisprudencial do tribunal europeu e dos órgãos da ONU para construir as obrigações da CADH. Até os casos *Artavia Murillo* (2012) e *Atala Rizzo* (2012), o principal parâmetro evolutivo da Corte IDH era o *corpus iuris* do Direito Internacional dos Direitos

cional, a Corte IDH tem adotado critérios rígidos quando da análise de casos contenciosos”, pois, mesmo nos casos em que tenha garantido espaço para a atuação governamental, a “Corte Interamericana reconheceu ter havido violação aos parâmetros mínimos de proteção concedidos pela CADH às vítimas”. SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018 p. 335.

Humanos e, quando conveniente, alguns padrões internos. Não necessariamente buscando consensos regionais para sua aplicação, o conjunto de regras internacionais funcionava como um repositório universal e abrangente à disposição da Corte IDH para que dele pudesse extrair o padrão que julgava mais protetivo à pessoa, muito embora às custas de uma dissociação entre o direito internacional e o direito interno regional<sup>85</sup>.

A busca por padrões europeus não significa sempre, mesmo que em área fora do campo da interpretação evolutiva, que os padrões sejam os mais protetivos. Ao interpretar a jurisprudência da Corte EDH sobre liberdade de expressão, a Corte de São José confirmou que o direito criminal poderia ser utilizado para tutelar o discurso, desde que fosse criado para proteção da honra e dignidade das pessoas<sup>86</sup>. Ou seja, mais restrições foram impostas ao discurso do continente americano por conta de padrões produzidos em contexto político e social diverso<sup>87</sup>.

Entretanto, nos últimos anos, a Corte IDH parece ter alterado o parâmetro para aferir a evolução da CADH. Parâmetros interamericanos estariam fora da análise, uma vez que, influenciada pelo texto do art. 31.2 CVDT<sup>88</sup>, aqueles foram realocados para o campo da interpretação sistemática ou contextual<sup>89</sup>, remanescendo o direito internacional dos direitos humanos e o direito comparado<sup>90</sup>. Na busca por indícios no direito comparado, a Corte IDH analisa a produção interna dos Estados partes da convenção, ainda que não tenha

fechado em uma noção clara de que almeja, com essa investigação, identificar um consenso regional. Em verdade, é muito provável que não.

Em primeiro lugar, porque o direito internacional e constitucional é citado no mesmo campo, sem que seja atribuído ao último qualquer força ou importância especial ou diferenciada. A escolha de agregar ambos os padrões em uma única rubrica interpretativa conota que seus elementos possuem valor equitativo, ou seja, uma decisão da Corte EDH terá o mesmo peso que decisões das cortes constitucionais da região. Além do mais, a inexistência de consenso regional não será motivo para que a Corte IDH deixe de reconhecer um padrão evolutivo ou se abstenha de decidir sobre uma matéria, ainda que ela seja controversa do ponto de vista moral nos Estados<sup>91</sup>.

Isso nos demonstra que a nova posição sobre o parâmetro evolutivo da CADH ocupa um meio termo entre seu modelo anterior, desregrado e tendente à discricionariedade seletiva, e o modelo da Corte EDH, fincado na ideia de que o guia para a evolução será, sempre, o consenso regional, não importando de que forma ou onde tenha sido formado<sup>92</sup>. No entanto, o novo modelo de parâmetro evolutivo interamericano não deixa claro como o balanceamento entre o parâmetro internacional e comparado será feito, muito embora abra a porta para a identificação de tendências convergentes em padrões de direitos como balizas da interpretação, em vez de apenas selecioná-los a esmo.

## 4 Fatores que explicam a mudança sobre Interpretação Evolutiva da CADH

Se considerarmos a interpretação evolutiva como uma variável dependente, algumas variáveis independentes podem ser sugeridas para explicar o recente câmbio sobre a interpretação evolutiva na jurisprudência da Corte IDH. O marco inicial do câmbio parece ser o caso *Atala Rizzo* (2012), muito embora os elementos que marcam a nova perspectiva da corte estejam mais salientes em *Artavia Murillo* (2012). Porém, de forma mais visível, a nova posição sobre a interpretação evolu-

<sup>85</sup> LIXINSKI, Lucas. The Consensus Method of Interpretation by the Inter- American Court of Human Rights. *Canadian Journal of comparative and contemporary law*. V. 03, n. 01, pp. 65-95, 2017, p. 69-70.

<sup>86</sup> Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

<sup>87</sup> ANTKOWIAK, Thomas M; GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: essential rights*. New York: Oxford University Press, 2017, p. 26.

<sup>88</sup> Art. 31.2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

<sup>89</sup> OC 22/16, §§ 44-45 (sino también el sistema dentro del cual se inscribe, esto es, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos), OC 25/18, § 146 e OC 24/17, § 183 (sino también el sistema dentro del cual se inscribe, esto es, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos). A mais recente leitura contrasta com a feita no Caso *Artavia* (2012, § 191), em que a interpretação contextual ou sistemática engloba 'el derecho internacional de los derechos humanos'.

<sup>90</sup> OC 22/16, § 49.

<sup>91</sup> OC 24/17, §§ 83-84.

<sup>92</sup> No plano internacional ou no âmbito da produção interna dos estados.



tiva aparece, inicialmente, na OC n.º 22 (2016). Portanto, considerando-se o período 2016-2018, traçamos as seguintes hipóteses.

#### 4.1 Mudanças na composição da corte

A CADH estava prestes a completar 20 anos quando a Corte IDH tomou sua primeira decisão contenciosa, mas esperou que ela completasse 30 anos para sugerir, pela primeira vez, que suas normas teriam sofrido alguma espécie de evolução. Não por acaso, a inserção dessa categoria interpretativa ocorreu após a chegada à presidência de Caçado Trindade, entusiasta de uma visão universalista dos Direitos Humanos, conforme o sugerido anteriormente, e que vincula a ideia de evolução à garantia dos padrões mais protetivos do ponto de vista teleológico. Se é possível afirmar que sua criação foi influenciada pelo jurista brasileiro, não é possível dizer o mesmo de sua prática, que continuou de forma regular após a sua saída em 2003 e se altera, apenas, em 2016. Portanto, não foi possível afirmar que a interpretação evolutiva dependeu da atuação daquele juiz, após ter influenciado sua inserção no cânone jurisprudencial da Corte IDH.

No entanto, a mudança de abordagem da Corte IDH em 2016 pode ser explicada, entre outras razões, pela mudança em sua composição e pela força intelectual dos argumentos do Juiz Vio Grossi sobre o tema. Em 2016, a Corte IDH passou a contar, apenas naquele ano, com os seguintes novos juízes e juízas: Elizabeth Odio Benito (2016-2021), Eugenio Raúl Zaffaroni (2016-2021) e Patricio Pazmiño Freire (2016-2021)<sup>93</sup>. A escolha dos componentes é um elemento capital para os rumos que a corte desenvolverá, uma vez que alguns juízes são selecionados por relações próximas com o poder, desconhecendo o funcionamento básico do sistema ou representando um projeto de poder do Estado, que pode ser valoroso, mas também poderá significar o enfraquecimento do sistema<sup>94</sup> (CASTILLA JUÁREZ, 2017, p. 123-125)<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Ricardo Pérez Manrique assumiu sua posição na corte em 2019. Laurence (2018, p. 206) considera que a grande mudança na composição ocorre em 2010, com a entrada dos juízes Pérez Pérez e Vio Grossi.

<sup>94</sup> JUÁREZ, Karlos Castilla. Lo bueno, lo malo, lo feo y lo deseable en la (s)elección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos. *Iuris Dictio* 20, 119-136, 2017, p. 13-125.

<sup>95</sup> Ventura Robles denuncia que em 2013 um grupo de juízes for-

Ademais, o Juiz Vio Grossi, em voto dissidente no caso *Artavia Murillo* (2012), criticou o emprego dos critérios interpretativos feito pela corte. O juiz repreendeu a corte por tratar da interpretação sistemática e histórica fazendo uso de instrumentos internacionais, regionais e de decisões de cortes constitucionais nacionais. Para Grossi, algumas das fontes deveriam estar dentro da regra interpretativa contextual (acordos internacionais firmados em relação com a CADH), e outros na ideia de desenvolvimento progressivo (fontes que podem ser tomadas em conta para interpretação daquela). Em seguida, abordando a interpretação evolutiva, ponderou que esta está centrada na prática posterior dos estados sobre a interpretação do tratado e em toda norma pertinente do direito internacional aplicável nas relações entre as partes. Em todo seu voto, o juiz criticou a aplicação frouxa dos padrões citados, bem como sua insuficiência material para alcançar o resultado formulado na sentença de mérito.

Em outra oportunidade, pontuou que existem limites à interpretação evolutiva, salientando que ela não pode acolher tudo aquilo que se parece legítimo, automaticamente, no momento da interpretação, sob o risco de o intérprete, nessas ocasiões, desempenhar uma função normativa<sup>96</sup>. Sua posição sobre a interpretação evolutiva, agora majoritária na corte, contrasta, por exemplo, com uma das principais figuras intelectuais da Corte IDH em sua atual composição, Ferrer-Macgregor<sup>97</sup>, cuja leitura sobre critérios interpretativos ainda mantém vinculação entre interpretação evolutiva e aplicação da norma mais favorável à pessoa e como uma via interpretativa capaz de configurar categorias especiais de proteção com base no art. 1.1, como pessoas em situação de pobreza<sup>98</sup>, por exemplo.

mou uma coalizão para alterar a jurisprudência da Corte IDH sobre liberdade de expressão e para manter o juiz Garcia Sayan como membro da corte, não obstante sua possível candidatura ao secretariado da OEA. Uma das manobras feita pela coalizão foi eleger os novos, à época, juízes à condição de Presidentes (Humberto Sierra Porto) e Vice (Roberto F. Caldas), rompendo a tradição de se eleger os mais antigos. VENTURA ROBLES, Manuel. La legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?. *Prudentia Iuris*, n.º 82, 2016, p. 271-86.

<sup>96</sup> Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, n.º 310.

<sup>97</sup> Laurence (2018, p. 206) também categoriza ambos os juízes em dois polos de um espectro ativista (Ferrer Mac-Gregor) e conservador (Grossi).

<sup>98</sup> Fazenda Brasil Verde (2016).

## 4.2 Consolidação democrática (?)

Uma das mais árduas tarefas a serem desempenhadas pelo SIDH foi a de ter de atuar, inicialmente, em um contexto de ditaduras regionais, que perpetravam violações de direitos humanos no âmbito de todos os poderes e graves indícios de impunidade. Com o passar dos anos, a atuação da corte enfocou não mais dar conta de violações surgidas em contexto ditatoriais, mas no fortalecimento do processo de consolidação democrática (leis de anistia, devido processo legal, liberdade de expressão – leis de desacato)<sup>99</sup>. Portanto, o papel a ser desempenhado pelo sistema é sensível aos processos de desenvolvimento democrático da região<sup>100</sup>. Tal panorama era propício para o desenvolvimento de uma prática interpretativa criativa que atribuía pouca ou nenhuma importância ao consenso regional, aproximando a visão evolutiva da ideia de maior e melhor proteção internacional da pessoa. A conjuntura política de frágeis democracias constitucionais da época demandava uma corte de direitos humanos assertiva e que tomasse as rédeas da interpretação jurídica dos padrões internacionais<sup>101</sup> (CANDIA, 2014).

Todavia, a posição de uma corte internacional ativista pode não se ajustar, confortavelmente, à mais recente onda de democratização do continente que, não obstante sua fragilidade, parece se instalar no continente americano. Dessa forma, se, quanto menos democracia, maior a **ação propositiva e assertiva da corte; uma maior consolidação deveria significar atribuir maior deferência aos Estados em suas decisões políticas e em sua interpretação da CADH.**

A inserção da margem de apreciação no preâmbulo da CEDH<sup>102</sup> e o reforço da subsidiariedade supervisionada levaram o Juiz Spano<sup>103</sup> a proclamar que a Corte

EDH chegara à Era da Subsidiariedade, na qual haveria um maior reforço para atribuir deferência aos Estados. O juiz caracteriza a convenção europeia como um acordo que estabelece padrões mínimos, mas não garante a unificação dos direitos humanos, portanto, no sentido de atribuir maior margem de deferência aos Estados, a corte deverá adotar uma abordagem qualitativa e de fortalecimento da democracia (*qualitative, democracy-enhancing approach*), aferindo a qualidade do processo deliberativo e institucional da decisão política tomada no Estado.

A visão da corte europeia e de seu membro demonstram a íntima vinculação entre interpretações dinâmicas que vão além das intenções originais dos Estados signatários, a deferência aos resultados políticos acolhidos pelo direito interno e a democracia, porquanto o grau de intervenção judicial interpretativa será inversamente proporcional à qualidade do autogoverno promovido no âmbito interno.

Se há um consenso regional americano quanto à vinculação ao ideal de democracia eleitoral, caracterizada por eleições justas, transparentes e universais periódicas dos agentes políticos, o mesmo **não se pode afirmar sobre o perfil político-ideológico desse governo democrático**<sup>104</sup>. As divisões dos estados sobre o ideal democrático criam instabilidades permanentes, uma vez que governos de esquerda e direita contestam os governos dos seus opositores como antidemocráticos. No entanto, os governos de diferentes espectros ideológicos parecem concordar com um ponto: a Corte IDH está indo longe demais e precisa ser contida.

Uma das primeiras formas de resistência ao SIDH e às práticas da Corte IDH se caracterizou pela denúncia da CADH, tal como o caso mais recente do Governo de esquerda Venezuelano em 2013<sup>105</sup>. A partir de seu comportamento próximo ao de uma Corte Constitucional do continente<sup>106</sup>, a Corte IDH passa, atualmente,

<sup>99</sup> ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, Dec. 2009, p. 09.

<sup>100</sup> Par ENGSTROM & Courtney HILLEBRECHT. Institutional change and the Inter-American Human Rights System. *The International Journal of Human Rights*, Vol 22, n 9, 1111-1122, 2018, p. 1.113.

<sup>101</sup> CANDIA, Gonzalo. Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Working Paper. (March 9, 2014), p. 01-24, acesso em 01 de agosto de 2019.

<sup>102</sup> O que será efetivado com a entrada em vigor do Protocolo n.º 15.

<sup>103</sup> SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, 14 (3) *Human Rights Law Re-*

*view*, 2014.

<sup>104</sup> MUNCK, Gerardo L. Building Democracy. Which Democracy? Ideology and Models of Democracy in Post-Transition Latin America. *Government and Opposition*, Vol. 50, No. 3, pp. 364-393, 2015, p. 365.

<sup>105</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*. Vol 14, 2018, p. 237-257, p. 253.

<sup>106</sup> DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Vol. 50, n.º 01, p. 45-93, 2015.

por uma fase de contestação de suas decisões por parte de Cortes Supremas e/ou Constitucionais locais, especialmente nos casos sobre justiça de transição, sobre o resultado do balanceamento entre direitos de pessoas privadas e sobre invalidação de decisões judiciais internas<sup>107</sup>.

Por fim, os governos de ocasião na América Latina desta década, em sua maioria de direita ou centro-direita<sup>108</sup>, enviaram comunicação conjunta à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, expressando preocupação com sua soberania em face das decisões tomadas pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos. A comunicação sugere uma maior atenção ao consenso regional e a aplicação da doutrina europeia da margem de apreciação. Cruz<sup>109</sup>, por exemplo, sugere que seria um pedido para que a Corte IDH deixe de agir como uma corte constitucional, com amplos poderes de revisão judicial, e passe a lidar com as demandas de maneira casuística, tirando o foco da solução de problemas estruturais da região.

O que está em jogo nesses embates entre os Estados e a Corte IDH é a legitimidade das decisões da corte internacional. Não obstante o baixo índice de cumprimento de suas decisões, o futuro e a legitimidade do sistema em uma região que se consolida democraticamente dependem da aceitação e respeitabilidade das decisões da corte. Na medida em que os Estados e seus órgãos passem a contestar as decisões internacionais, ameaçando sair do sistema ou não cumprindo com suas decisões, ele passa a perder autoridade, ou seja, perda de sua capacidade de determinar a ação dos outros<sup>110</sup>. Não apenas sua autoridade, mas a legitimidade de suas decisões sofrerá com reiteradas contestações<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> NEGISHI, Yota. Relative authorities: constitutional reasonable resistances against Inter-American Court's doctrines. *Iuris Dictio*, Vol 21, 2018, p. 49-61, p. 52.

<sup>108</sup> Comunicado conjunto enviado em 11 de abril de 2019 pelos governos da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai.

<sup>109</sup> MIRANDA DA CRUZ, Paula Baldini. Trackers and Trailblazers: Dynamic Interactions and Institutional Design in the Inter-American Court of Human Rights. *Journal of International Dispute Settlement*, 2020, Vol. 11, p. 69-90, p. 87-88.

<sup>110</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*. Vol 14, 2018, p. 237-257, p. 238.

<sup>111</sup> MIRANDA DA CRUZ, Paula Baldini. Trackers and Trailblazers: Dynamic Interactions and Institutional Design in the Inter-American Court of Human Rights. *Journal of International Dispute Settlement*, 2020, Vol. 11, p. 69-90, p. 88.

A margem de apreciação parece ter sido evitada pela Corte IDH em função da tibieza das democracias no início da década de 80<sup>112</sup>, mas, ao recorrer ao consenso regional para retirar a base da margem nacional de apreciação, se afigura como componente essencial para legitimar decisões evolutivas da Corte EDH<sup>113</sup>. Os Estados americanos parecem estar menos propensos a aceitar, sem serem consultados ou desconsiderando sua produção política, as decisões internacionais da Corte IDH, o que justifica sua posição mais deferente ao Estados nos últimos anos a partir do câmbio nas técnicas interpretativas.

## 5 Considerações finais

A ideia de que a CADH é um instrumento vivo não parece encontrar muitas vezes opositoras, a demonstrar que essa visão atrelada aos tratados sobre direitos humanos é menos contestada do que quando aventada para tratados de outro conjunto temático, como, por exemplo, no caso de tratados do direito internacional geral, como visto na prática da CIJ.

De 1999 a 2016, com uma única exceção (*Artavia Murillo*), a interpretação evolutiva estava intimamente ligada ao desenvolvimento de uma interpretação mais favorável à pessoa, dificultando a diferenciação entre seu uso e a aplicação do princípio *pro-homine* e, de forma mais ampla, da interpretação criativa. Em 2016, contudo, e isso fica mais evidente na jurisdição consultiva, a interpretação evolutiva passa a se aproximar do modelo europeu.

A incursão no método comparado a partir de 2016 pode ser constatado na jurisdição contenciosa pelo caso Fazenda Verde (2016) e na sua vertente consultiva nas OCs n.º 22/16, 23/17, 24/17, 25/18. Da mesma forma que a busca do consenso, a utilização mais rigorosa da metodologia comparada acarretada as seguintes consequências para a interpretação evolutiva: a) o conteúdo do padrão do direito humano não será extraído de toda ou qualquer norma internacional (ONU ou SEDH, por exemplo) ou interna, mas de alguma solução encontrada

<sup>112</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Decomartmentalization”: The key technique for interpreting regional human rights treaties. *I•CON*, 2018, Vol. 16 No. 1, 187-213, p. 208.

<sup>113</sup> DZEHTSIAROU, K. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 141.



pelo tribunal para identificar uma convergência na prática dos estados que ratificaram a CADH e b) o método comparado demanda uma resposta a partir do resultado da empreitada, que pode restar infrutífera ou inconclusiva.

## Referências

- ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 6-39, Dec. 2009.
- AGUIRRE ARANGO, José Pedro. La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista de Derechos Humanos, Guatemala*, vol. V, n.º 8, p. 73-97, 2007.
- ANTKOWIAK, Thomas M; GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: essential rights*. New York: Oxford University Press, 2017.
- ARATO, Julian, Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences. *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 9, n.º 03, p. 443-494, 2010.
- AREVALO NARVAEZ, Carlos Enrique; PATARROYO RAMIREZ, Paola Andrea. Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights. *ACDI*, v. 10, p. 295, 2017.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Decomartmentalization”: The key technique for interpreting regional human rights treaties. *I•CON* (2018), Vol. 16, n.º 1, 187–213.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, Las Técnicas y Las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Vol.12, n.º 01, p. 105-162, 2014.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; UBÉDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. New York: Oxford University Press, 2011.
- CANDIA, Gonzalo. Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Working Paper. (March 9, 2014), p. 01-24, acesso em 01 de agosto de 2014.
- COELHO, Inocêncio Mártires. A questão hermenêutica no direito das gentes. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n.º 2, 2016 p. 581-593.
- Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C, n.º 36
- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, n.º 63.
- Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, n.º 79.
- Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, n.º 110.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, n.º 111.
- Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 114.
- Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C, n.º 118.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, n.º 125.
- Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, n.º 144.
- Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, n.º 148.
- Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 134.
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 158.

- Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, n.º 164.
- Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, n.º 177.
- Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, n.º 182.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239.
- Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, n.º 245.
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, n.º 257.
- Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, n.º 259.
- Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, n.º 265.
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, n.º 279.
- Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, n.º 310.
- Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, n.º 318.
- Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, n.º 329.
- Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, n.º 333.
- Corte IDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A, n.º 1.
- Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, n.º 16.
- Corte IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A, n.º 20.
- Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A, n.º 21.
- Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A, n.º 22.
- Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A, n.º 24.
- Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A, n.º 25.

- CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, J. et AL (orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 295-316.
- DZEHTSIAROU, K.. *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, Vol. 50, n.º 01, p. 45-93, 2015.
- ENGSTROM & Courtney HILLEBRECHT. Institutional change and the Inter-American Human Rights System. *The International Journal of Human Rights*, Vol 22, n.º 9, 1111-1122, 2018.
- HARRIS, David. Regional Protection of Human Rights: The Inter-American Achievement. In.: HARRIS, David; LIVINGSTONE, Stephen (eds) *The Inter-American System of Human Rights*. London: Clarendon Press, 1998, p. 01-30.
- HELMERSEN, Sondre Torp. Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions. *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, n.º 01, p. 127-148, 2013.
- JUÁREZ, Karlos Castilla. Lo bueno, lo malo, lo feo y lo deseable en la (s)elección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos. *Iuris Dictio* 20, 119-136, 2017.
- KILLANDER, Magnus. Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 7, n.º 13, dez., 2010, p. 149-175.
- LIXINSKI, Lucas. The Consensus Method of Interpretation by the Inter- American Court of Human Rights. *Canadian Journal of comparative and contemporary law*. V. 03, n.º 01, pp. 65-95, 2017.
- MACINA, Alan. Avena & Other Mexican Nationals: The Litmus for Lagrand & the Future of Consular Rights in the United States. *California Western International Law Journal*, Vol. 34, n.º 01, p. 115-143, 2003.
- MIRANDA DA CRUZ, Paula Baldini. Trackers and Trailblazers: Dynamic Interactions and Institutional Design in the Inter-American Court of Human Rights. *Journal of International Dispute Settlement*, 2020, Vol. 11, p. 69–90.
- MUNCK, Gerardo L.. Building Democracy . . . Which Democracy? Ideology and Models of Democracy in Post-Transition Latin America. *Government and Opposition*, Vol. 50, n.º 3, pp. 364–393, 2015.
- NEGISHI, Yota. Relative authorities: constitutional reasonable resistances against Inter-American Court's doctrines. *Iuris Dictio*, Vol 21, 2018, p. 49-61.
- NEUMAN, Gerald. Subsidiarity. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 01, p. 101-123, 2008.
- PASQUALUCCI, Jo M. International Indigenous Land Rights: A Critique of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, n.º 01, p. 51-98, 2009.
- SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n.º 2, 2018 p. 324-337
- SPANO, Robert. Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, 14 (3) *Human Rights Law Review* (2014).
- SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*. Vol 14, 2018, p. 237–257.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Funag, 2007, p.207-321.
- VENTURA ROBLES, Manuel. La legitimidad de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Prudentia Iuris*, n.º 82, 2016, p. 271-86.



RESENHA

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Autonomous weapons systems and International Law: a study on human-machine interactions in ethically and legally sensitive domains**

Aziz Tuffi Saliba  
Lutiana Valadares Fernandes  
Barbosa

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE  
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL



# Autonomous weapons systems and International Law: a study on human-machine interactions in ethically and legally sensitive domains

Aziz Tuffi Saliba\*

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa\*\*

Amoroso, Daniele **Autonomous Weapons Systems and International Law** A Study on Human-Machine Interactions in Ethically and Legally Sensitive Domains. Napoli: Nomos. 1. Edition 2020, ISBN print: 978-3-8487-6856-1, ISBN online: 978-3-7489-0953-8, <https://doi.org/10.5771/9783748909538>

Humanity has long discussed its relationship with autonomous devices. In 1797 Goethe wrote a poem that describes a sorcerer's apprentice who bewitched a broom to do his job of fetching water. However, the broom multiplies and escapes out of his control, causing flooding. Only his master, upon return, is able to break the spell.<sup>1</sup> Similar to Goethe's bewitched brooms, Autonomous Weapons Systems (AWS) might behave in unexpected ways. The human role in the human-AWS interaction, named "Meaningful Human Control" (MHC), is an undetermined concept that is on the light spot both of the scholarship and States as a possible venue to address some of AWS's challenges. Throughout the book "Autonomous Weapons Systems and International Law". Daniele Amoroso discusses the central legal debates on AWS and provides a compelling normative model to contribute to regulating those weapons concerning MHC.

The book's aim is twofold: first, to dive into the legal analysis of AWS by scrutinizing existing international law and the challenges AWS pose to it; second, to think through a path to a global regulation on the issue. From a broader viewpoint, it also offers insights regarding a normative framework of the human-machine decision-making model shared by humans and autonomous devices. Amoroso analogizes the ongoing debate on AWS with four waves, since "(...) the focal points of scholarly attention have emerged in sequence, and have been coexisting for a while in discussions, even if those surfacing earlier have progressively lost much of their original weight and centrality."<sup>2</sup> The first wave encompasses whether AWS can comply with International Humanitarian Law (IHL), the alleged existence of an accountability gap, and the risks AWS pose to global stability. The second wave centers on the ethical and legal correctness of delegating to AWS the choice between life and death. The debates on MHC as a requisite for AWS represent the third wave. The fourth wave takes into account all these discussions and focuses on dealing with the challenges AWS raise. Amoroso's book essentially navigates in this fourth wave.

\* Professor Associado da UFMG.  
E-mail: azizsaliba@gmail.com

\*\* Doutoranda em Direito da UFMG. Defensora Pública Federal.  
E-mail: lutianafernandes@yahoo.com.br

<sup>1</sup> GOETHE, Johann Wolfgang Von Goethe. "Der Zauberlehrling"- The Sorcerer's Apprentice, 1797.

<sup>2</sup> AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and International Law A Study on Human-Machine Interactions in Ethically and Legally Sensitive Domains*. Napoli: Nomos. 1. Edition 2020. P. 25 (*hereafter*: AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and International Law*)



The book starts with chapter I, which introduces the book and presents a general overview of the legal debate on AWS. In chapter II, the author discusses if AWS would be prohibited under International Humanitarian Law (IHL) and International Human Rights Law (IHRL). To do so, the author defines the content of an IHL/IHRL test and then reviews AWS based on this test. He provides a lengthy analysis of the principles of distinction, proportionality, and precaution. Amoroso argues that distinction and proportionality are contingent upon technological developments, respectively the capacity to develop situational awareness and to translate a fluid notion and the skill to balance heterogeneous values into algorithms. The author elegantly refutes the argument that IHL challenges to AWS are solely dependent on technological development by arguing that precaution requires some autonomy restriction. He then calls for States to develop models of “(...) *human-weapon relationships that bring out the best in both machine and humans, by compensating their reciprocal weaknesses*”<sup>3</sup>, bringing to the surface the debate on MHC.<sup>4</sup> The author engages with the IHRL debate, which, except discussions on human dignity, often remains in the shade of AWS’s scholarship. He highlights the importance of IHRL if AWS are used to law enforcement and also, in the context of armed conflicts, about the right to life of combatants to be protected against friendly fire since, for AWS, the “(...) *distinction between a fellow combatant and an adversary’s tank is just a matter of pixels and other sensory data*”.<sup>5</sup>

Chapter III addresses the “accountability gap” AWS might create concerning individuals, States, and corporations. The book points to two “structural problems” regarding responsibility: a) the inherent unpredictability of AWS and; b) the “many hands problem”.<sup>6</sup> An in-depth analysis is made concerning the individual responsibility gap. Regarding State responsibility, the author provides a

compelling study of whether the personal accountability gap might also hinder States’ responsibility since some primary rules, such as IHL distinction and proportionality and IHRL prohibition of arbitrary deprivation of life, require intent. Thus, in those situations, the breach of an international law obligation does not occur absent the willful actions<sup>7</sup>. The precautionary duty is presented as a venue to hold States responsible in the case of negligence. It would have been interesting to read, regarding State responsibility, a critical assessment of the current regime on international responsibility of States, as Stated by the Draft Articles on State Responsibility, can address breaches committed by AWS.

Chapter IV discusses the argument that AWS are inherently wrong under the Martens Clause and the human dignity principle. The author provides an engaging debate through two paths, taking the perspective of those targeted by AWS and those delivering the force. From the view of targeted ones, he argues that it is not possible to ascertain that AWS are *malum per se*. Amoroso states that the traditional framework of *Objektformel* to verify violation of human dignity of the targeted ones is not a convincing argument against AWS. The book provides an insightful interpretation of the right not to be subjected to a decision based solely on algorithmic decision-making.<sup>8</sup> He states that such a right is emerging at least in Europe, flowing from the principle of human dignity and a progressive assessment of the *Objektformel*.<sup>9</sup> Nonetheless, he concludes that due to the few ratifications on Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (EU Convention 233), such an understanding grounded on an evolutionary interpretation of the *Objektformel* still has a long way to go. At the time the book was written, only three States ratified the modernized EU Convention 233. Significantly enough, the situation is shifting: as of March 1<sup>st</sup>, 2021, eleven States have ratified it, and only eight out of the Members of the Council of Europe have not

<sup>3</sup> AMOROSO, Daniele. Autonomous Weapons Systems and International Law. p. 117

<sup>4</sup> He recognizes that human control might be limited or excluded in situations that would be unfeasible since it would bring serious security risks (in a context where civilian protection and friendly forces are not at issue under the principle of proportionality and distinction). Under IHR and outside the armed conflict context, human control could be hindered only if a weapon with human control would pose an equal or greater risk to human life.

<sup>5</sup> AMOROSO, Daniele. Autonomous Weapons Systems and International Law, p. 59

<sup>6</sup> This refers to the situation that many people are involved in the causal chain, but it is difficult or impossible to discern who is responsible.

<sup>7</sup> AMOROSO, Daniele. Autonomous Weapons Systems and International Law, p. 147

<sup>8</sup> He does it on the basis of: Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data ETS No.108 1981; Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data CETS No.223; and Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council

<sup>9</sup> AMOROSO, Daniele. Autonomous Weapons Systems and International Law, 187

become a party to it yet.<sup>10</sup> It would have been interesting to read Amoroso's view on the impacts on AWS's debate if such a right prevails. From the standpoint of those delivering the force, the author provides in-depth analyses and strong arguments to the claim that AWS might be evil per se due to the inadmissibility to eliminate the human agency. He sheds light on a consensus that human agency must be retained in targeting decisions that affect individual rights. Amoroso states that "(...) *this could be pivotal to argue that a principle of international law envisaging the need to retain human agency may be derived from the "dictates of public conscience" (...)*"<sup>11</sup> as an element of the Martens Clause or, that it flows from a constraint oriented perspective of human dignity.

The normative lynch-pin for MHC was, thus, built throughout chapters II to IV: chapter II stated the necessity to assure human control in which humans play a fail-safe role as deriving from the obligation of precaution; chapter III framed human control as a feature to enable responsibility in cases of breaches of international law; and Chapter IV surfaced the requirement of MHC derived from the Human Rights and Martens clause, especially the of dictates of public conscience.

In Chapter V, the book reaches its climax and provides a problem-solving approach shaping the rules that gravitate around the notion of MHC. Amoroso focuses attention on two crucial issues of the MHC debate: one, the necessity to ensure the quality of the human role in the targeting process, and two, the "*identification of adequate human-machine shared control policies*".<sup>12</sup> The author proposes a normative model of MHC based on two branches: a) primary obligations, which are controlling tasks that a human being must develop; and b) ancillary obligations "*(...) aimed at guaranteeing that human-machine partnership conditions are fulfilled for the informed exercise of primary human obligations*".<sup>13</sup> He proposes "bridge-rules"

to ascertain the primary and ancillary MHC obligations depending on what mission the AWS will develop, where the weapon is deployed, and how it develops the targeting task. He also discusses how the proposed MHC model can be materialized and calls for a binding instrument, or a protocol VI to the CCW or a self-standing treaty, and provides some flesh and blood of this possible treaty's framework. The book's proposed legal instrument must give "(...) *more formal and substantive prominence to positive obligations*"<sup>14</sup>, which encompasses three clusters "Control Privileges," "Training," and "Design requirements". The book criticizes the one-size-fits-all approach regarding MHC by presenting presents diverse variables. Tailored treatment is laudable from an academic standpoint. Still, it might be very challenging on the ground since, for instance, war scenarios are inherently clumsy and surprise seeking, and the same weapon might be used in various venues and might have turn on/ turn of buttons that change their features.

For Amoroso, autonomy means functional autonomy, i.e., the weapon's capability to select and engage targets without a human being's intervention.<sup>15</sup> While discussing the MHC, he provides various degrees of human-machine interaction. Still, a question that remained unanswered is if a few or many of those levels of human control might hinder the proper concept of autonomy.

The Epilogue highlights that some of the AWS discussions also provide insights to tackle the challenges posed by other autonomous devices, including the book's proposed structure model of primary and ancillary obligations.

In sum, the book provides an impressive contribution to materialize the normative content of the notion of meaningful human control, which is still a fluid notion that has a prominent role in the Group of Governmental Experts' discussions on lethal autonomous weapon systems<sup>16</sup>. While States agree on the broad framework of the necessity of MHC, what precisely this means is still under construction, and this book adds essential building blocks to the debate.

<sup>10</sup> Information available at: [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list//conventions/treaty/223/signatures?p\\_auth=hmUd9JRO](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list//conventions/treaty/223/signatures?p_auth=hmUd9JRO)

Note also that Brazilian law on data protection, Law 13.709/2018 states in its article 20 a right to review if a decision is taken solely by automated means; in the same sense, Art. 49 of UK's Data Protection Act 2018 available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/49/enacted> Right not to be subject to automated decision-making

<sup>11</sup> AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and International Law*, p. 215

<sup>12</sup> AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and International Law*, p. 219

<sup>13</sup> AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and In-*

*ternational Law*, p. 220

<sup>14</sup> AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and International Law*, p. 257

<sup>15</sup> AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and International Law*, p. 18-19

<sup>16</sup> Group of Governmental Experts on lethal autonomous weapon systems, which is convened under the auspices of the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW)

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

