

La protección constitucional del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico brasileño: mención especial al patrimonio cultural subacuático

RUBÉN MIRANDA GONÇALVES¹⁰⁹

Universidad de Santiago de Compostela

Introducción

Hoy en día quizás no hay duda de la importancia que tiene conservar y proteger el patrimonio cultural como símbolo y relación que tiene una sociedad con la historia y todos sus antepasados. En este sentido, además de ayudar a los ciudadanos de ese pueblo a identificarse, también sirve a otros para conocer cuál fue la historia del mismo.

El patrimonio cultural de un pueblo es muy abundante y no sólo se refiere a los bienes materiales y tangibles como puede ser un monasterio, un pecio hundido en el océano etc., sino que también, cuando se habla de patrimonio cultural, nos estamos refiriendo a lo inmaterial, lo que no se puede tocar, pero existe, y forma parte del legado de ese pueblo como por ejemplo la música, la lengua etc., por eso cuando se aborda la protección del patrimonio cultural, en general, se trata siempre por separado el patrimonio cultural material y el patrimonio cultural inmaterial.

Como podrá imaginar el lector, dentro de cada uno de esos tipos –material e inmaterial– las variantes que pueden incluirse como patrimonio cultural son numerosas. Uno de los tipos

¹⁰⁹ Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela; profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid; doctorando en Derecho Administrativo, Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas y Licenciado en Derecho, con grado (sobresaliente), por la Universidad de Santiago de Compostela. *Ruben.miranda@usc.es*

Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación DER2017-83436-C2-1-R, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad en el marco del Programa Estatal de I+D+I Orientada a los Retos de la Sociedad.

de patrimonio cultural material es el patrimonio cultural subacuático y es a este al que queremos dedicar mayor atención y ver cómo está protegido en la Constitución de Brasil de 1988.

1. La protección del patrimonio cultural en la Constitución Federal de Brasil de 1988

En la Constitución Brasileña de 1988 se encuentran varias referencias a la protección del patrimonio cultural en general. Por ejemplo, la primera alusión que puede encontrarse está en el apartado IV del artículo 23 cuando señala que “es competencia común de la Unión, de los Estados y del Distrito Federal y de los Municipios (...) impedir la evasión, la destrucción y la descaracterización de obras de arte y de otros bienes de valor histórico, artístico o cultural”. Claramente, con este artículo comienza la protección del patrimonio cultural brasileño. En este mismo sentido, los entes con competencia para legislar sobre esta protección serán la Unión, los Estados y el Distrito Federal, y así se infiere del apartado VII del artículo 24 del texto constitucional.

Como se apuntó *ut supra*, los Municipios tienen competencia para impedir que el patrimonio cultural radicado en su territorio sufra cualquier tipo de ataque y, a mayores, el texto constitucional los dota de competencia para “promover la protección del patrimonio histórico-cultural local, observada la legislación y acción fiscalizadora federal y estatal” tal y como se infiere del apartado IX del artículo 30 de la Constitución

Por patrimonio cultural brasileño, la Constitución se refiere a los “bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña”, así se desprende del artículo 216 del texto constitucional. Con esta regulación se engloba tanto al patrimonio material como al inmaterial y la propia Constitución recoge una lista entre los que se incluyen: formas de expresión, modos de crear, hacer y vivir, creaciones científicas, artísticas y tecnológicas, obras, objetos, documentos, edificaciones, conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico entre otros.

En cuanto a su protección, el párrafo primero del artículo 216 señala que será el Poder Público el que promoverá y protegerá al patrimonio brasileño con la colaboración de la comunidad. Entre esa protección se encuentra la confección de inventarios, registros, vigilancia etc., y cualquier tipo de daño y amenazas al patrimonio cultural serán punidos según las formas previstas en la ley.

Con el ánimo de acotar el análisis de los tipos de patrimonio cultural, nos gustaría centrarnos en el patrimonio cultural subacuático, un tipo de patrimonio que, a diferencia de los demás, se encuentra en el agua.

1.1. La protección del patrimonio cultural subacuático en la Constitución Federal de Brasil de 1988.

La Constitución Brasileña de 1988, en su art. 20.10 reconoce como bienes de la Unión, las “cuevas naturales subterráneas y los parajes arqueológicos y prehistóricos”, de forma que

el patrimonio cultural subacuático debe de interpretarse englobados en estos términos¹¹⁰. En su defecto podría quedar englobado dentro de otros bienes que forman parte de la Unión al encontrarse el patrimonio cultural subacuático bajo el lecho de diferentes bienes.

Brasil ha sido uno de los países más afectados por una política de dejadez administrativa y gubernamental. Ello ha dado lugar al expolio de múltiples yacimientos debido a la corrupción sistemática que ha padecido el país a lo largo de amplios periodos de tiempo y a la figura del caza tesoros RAMBELLI y FUNARI (2007), pp. 32-45. Como defiende CASTRO, “*el negocio de ellos no es encontrar galeones con tesoros debajo del agua sino inversionistas ricos o suficientemente estúpidos que les paguen las cuentas (...) Desentierran de entre los archivos la historia de un naufragio cualquiera, con un tesoro, real o imaginario. A veces se inventan una historia y le mezclan elementos de plausibilidad*”, *se unen junto con los políticos corruptos y la prensa sensacionalista, todo esto con el fin de atraer patrocinadores que se dejan llevar por el “canto de la sirena”* CASTRO (2004), pp. 51-53.

A pesar de no ser uno de los países signatarios de la Convención de 2001, el patrimonio cultural subacuático está protegido por la Ley nº 7542, de 26 de septiembre de 1986, a través de la modificación que se produjo con la Ley nº 10.166, de 27 de diciembre de 2000 que trata sobre la búsqueda, exploración, remoción y demolición de los bienes hundidos, bajo el mar, encallados o perdidos en aguas brasileñas o de su competencia RAMBELLI y GUSMÃO (2014), pp. 119-215 y RAMBELLI y FUNARI (2007), pp. 32-45. Debido a la influencia anglosajona, en Brasil se utiliza el término arqueología pública como sinónimo de destinada al público en general y no en el sentido de que sean bienes de dominio público o patrocinados por una entidad con personalidad pública RAMBELLI (2009) pp. 53-62.

La Marina brasileña viene realizando, desde 2010, esfuerzos para crear y proteger de la manera más eficaz el patrimonio cultural subacuático. Tal esfuerzo ha provocado la creación del “*Atlas dos Sítios de Naufrágio da Costa do Brasil*” MARTINS GUSMÃO (2016), pp. 86

Otro de los logros del país es el centro de Estudios de Arqueología Náutica y Subacuática, en adelante CEANS, en el Núcleo de Estudos e Pesquisas Ambientais de la Universidad Estadual de Campinas, en adelante NEPAM/UNICAMP, MARTINS GUSMÃO (2016), pp. 39.

¹¹⁰ Estos otros bienes son:

- “1. Los que actualmente le pertenecen y los que pudieran serle atribuidos;
2. las tierras desocupadas indispensables para la defensa de las fronteras, de las fortificaciones y construcciones militares, de las vías definidas en la ley;
3. los lagos, los ríos y cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él, así; como los terrenos marginales y las playas fluviales;
4. las islas fluviales y lacustres en las zonas limítrofes con otros países; las playas marítimas, las islas oceánicas y las costeras, excluidas de éstas las áreas referidas en el artículo 26 II.
5. los recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva;
6. el mar territorial;
7. los terrenos de marina y sus aumentos;
- (...) 9. los recursos minerales, incluso los del subsuelo; (...)
11. las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios”.

La influencia de la Convención de 2001 se ha hecho notar en Brasil en el sentido de que ha supuesto un cambio en régimen de concesiones de exploraciones y en los rescates y recuperación de objetos. De esta forma, Brasil convocó el I Simposio Internacional de Arqueología Marítima de las Américas en 2007, con sede en Itaparica en el Estado de Bahía, y a los que acudieron no sólo países americanos sino también europeos y oceánicos. Las principales conclusiones de dicho Simposio los siguientes EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017), pp. 252-279:

— Son cada vez más los países que reconocen los beneficios sociales, económicos y culturales de la protección del patrimonio cultural subacuático, de la ratificación de la Convención de 2001 e invita Brasil a ratificarla. Y recuerda que la ICOMOS siempre está disponible para prestar cualquier ayuda e información sobre el patrimonio cultural subacuático EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017), pp. 262.

La doctrina también está haciendo esfuerzo por concienciar e intentar crear una legislación acorde con la Convención de 2001 o que al menos permita disfrutar de dicho patrimonio a las generaciones venideras. En este sentido, podemos encontrar a BARCELOS DE FREITAS que explica dicha tesis con estas palabras: “(...) *engatinha na direção do zelo para com o patrimônio cultural submerso em suas águas, mas com suas portas escancaradas aos piratas atuais, não obstante o empenho da classe dos arqueólogos para mudar a posição oficial*” BARCELOS DE FREITAS (2012).

2. La regulación del patrimonio cultural subacuático en la legislación estatal brasileña

La Lei Nº 10.166, de 27 de Dezembro de 2000, en su versión actual acerca de la investigación, exploración, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encaillados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional, en terreno de marina y sus mayores y en terrenos marginales, como consecuencia de siniestro, aligeramiento o fortuna del mar, es la norma aplicable en Brasil a la protección del patrimonio cultural subacuático, EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017) pp. 252-279. Por la descripción del enunciado de la propia ley se puede dar a entender que esta norma no está pensada en sí misma para proteger los bienes que componente el patrimonio cultural subacuático, sino más bien para rescatar y proteger bienes derivados de accidentes o extraviados de embarcaciones o naves.

En sus capítulos iniciales se dedica a definir lo que se debe considerar como bienes perdidos y no lo que engloba el patrimonio subacuático como realizan otras normas¹¹¹. Es en el

¹¹¹ Los primeros artículos de la norma detallan cuando se consideran bienes perdidos y como estos pasan a ser de “dominio público”:

“Art 3º As coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei serão considerados como perdidos quando o seu responsável:

I - declarar à Autoridade Naval que o considera perdido;

II - não for conhecido, estiver ausente ou não manifestar sua disposição de providenciar, de imediato, a flutuação ou recuperação da coisa ou bem, mediante operação de assistência e salvamento.

Art 4º O responsável por coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei poderá solicitar à Autoridade Naval licença para pesquisá-los, explorá-los, removê-los ou demoli-los, no todo ou em parte.

art. 20 cuando se empieza hablar de bienes con valor artístico, histórico o arqueológico y que no pueden ser objeto de apropiación directa o a través de licitación. Destaca el contenido del art. 32.1 que, pese a no hablar de patrimonio subacuático, sí que protege de manera explícita y clara ciertos bienes con un pasado histórico y con determinados rasgos al indicar que “los restos de buques de casco de madera hundidos en los siglos XVI, XVII y XVIII se incorporan automáticamente en el dominio de la Unión, independientemente del lapso de tiempo de un año”, siendo por tanto objeto de protección y de “dominio público”. No obstante, dicha protección podría extenderse a épocas anteriores y no sólo al periodo colonial, pudiendo ser objeto de protección genérica tanto el siglo XIX como las épocas precolombinas.

Se otorga la potestad al Ministerio de Marina para coordinar, el control y la fiscalización de las operaciones y actividades investigación, explotación, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encallados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional, en terrenos de marina, así como en aquellos casos producidos como consecuencia de un siniestro, pudiendo el Ministro delegar la ejecución de tales servicios a otros órganos.

Será esta entidad la que autorice a que se celebre un contrato. En él se puede establecer un pago o recompensa por la remoción y extracción de los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico no pudiendo ser superior al 40% del total del valor que se atribuya a los bienes. También se puede establecer una fianza, así como un sistema de responsabilidad subsidiaria por las acciones que se lleven a cabo.

Los objetos rescatados deben ser evaluados por una comisión de peritos convocada por la Autoridad Naval o por el Ministerio de Cultura, que decidirá si tienen valor artístico, histórico y arqueológico y teniendo además que detallar el valor de los mismos de acuerdo al mercado internacional. El Estado siempre se guardará la potestad de elegir y adjudicar los bienes rescatados o encontrados, así como las formas de adjudicación de los mismos.

La ley establece como se deberá pagar este 40% sobre el valor de los bienes encontrados y rescatados, ya sea en dinero en efectivo o con valores. Con independencia del pago, todos

Art 5º A Autoridade Naval, a seu exclusivo critério, poderá determinar ao responsável por coisas ou bens, referidos no art. 1º desta lei, sua remoção ou demolição, no todo ou em parte, quando constituírem ou vierem a constituir perigo, obstáculo à navegação ou ameaça de danos a terceiros ou ao meio ambiente.

Parágrafo único. A Autoridade Naval fixará prazos para início e término da remoção ou demolição, que poderão ser alterados, a seu critério.

Art 6º O direito estabelecido no art. 4º desta lei prescreverá em 5 (cinco) anos, a contar da data do sinistro, alijamento ou fortuna do mar.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo ficará suspenso quando:

- I - o responsável iniciar a remoção ou demolição;
- II - a Autoridade Naval determinar a remoção ou demolição;
- III - a remoção ou demolição for interrompida mediante protesto judicial.

Art 7º Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data do sinistro, alijamento ou fortuna do mar, sem que o responsável pelas coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei tenha solicitado licença para sua remoção ou demolição, será considerado como presunção legal de renúncia à propriedade, passando as coisas ou os bens ao domínio da União.

Art 8º O responsável pelas coisas ou pelos bens referidos no art. 1º desta lei poderá ceder a terceiros seus direitos de disposição sobre os mesmos”.

los bienes recuperados deben ser entregados a la Autoridad Naval para llevar a cabo el análisis, hasta ese momento el autorizado está obligado a asegurar los bienes y la conservación de los mismos hasta que se efectuó la entrega.

La Autoridad puede cancelar y retirar la autorización siempre que el autorizado no realice las operaciones en el plazo establecido de inicio, cuando estas no sean acordes a lo establecido, cuando se haya verificado que se han producido riesgos inaceptables para la seguridad de la navegación, daños a terceros, al medio ambiente o acciones declaradas ilícitas de acuerdo a otra normativa. Al mismo tiempo, la Autoridad Naval también está autorizada para obligar al autorizado a terminar las obras que venía realizando. En estos casos no se hará efectivo ningún pago al afectado por el incumplimiento de lo autorizado.

Hay que destacar como esta ley cumple con la función de difusión cultural, puesto que en el caso de submarinismo para las zonas con gran valor en patrimonio cultural subacuático, basta con la comunicación al Ministerio de Marina o al Instituto Brasileiro de Turismo. La única condición es que no represente ningún riesgo inaceptable para la seguridad de la navegación, para terceros o para el medio ambiente. Dado que el submarinismo es la forma más fácil de acceder a los lugares con valor patrimonio cultural subacuático y la poca protección que reciben este tipo de bienes de forma legal, ha sido utilizado por la doctrina para fomentar el uso de los arqueólogos submarinistas de forma que se consiga no solo un reconocimiento al patrimonio cultural subacuático sino que se amplió a los pecios y lugares de las aguas interiores de Brasil y no sólo a las costeras RAMBELLI (2009), pp. 53-62.

3. CONCLUSIONES

Si la protección del patrimonio cultural en general no es una tarea fácil, mucho menos va a ser proteger el patrimonio que se encuentra sumergido. Son muchos los países que no contemplan una legislación específica que proteja uno de los patrimonios más valiosos y buscados por los *caza tesoros*.

La conclusión a la que se llega con este estudio es que la mejor opción para no dejar lagunas jurídicas o interpretaciones, sería que tanto el legislador brasileño aprobase una normativa específica de acuerdo a los principios básicos que establece la Convención de 2001 y protegiese de manera real y contundente el patrimonio cultural subacuático frente a la exportación y expoliación para poder preservarlo correctamente en beneficio de la humanidad.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomos I y II, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L., *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, Madrid, 1989.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L., *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

AZNAR GÓMEZ, M.J., *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- AZNAR GÓMEZ, M.J., “La definición de patrimonio cultural subacuático en la Convención UNESCO de 2001”, *PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, núm. 67, 2008, pp. 100-109.
- BARCELONA LLOP, J., “El dominio público arqueológico”, *Revista de administración pública* nº. 151, 2000, pp. 133-166.
- BARCELONA LLOP, J., “Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 99-100, 2014, pp. 493-512.
- BARCELOS DE FREITAS, G., “Arqueologia Subaquática: as legislações brasileira e portuguesa a luz da Convenção sobre a proteção do Patrimônio Cultural subaquático de 2001” (<http://www.webartigos.com/artigos/arqueologia-subaquatica-as-legislacoes-brasileira-e-portuguesa-a-luz-da-convencao-sobre-a-protecao-do-patrimonio-cultural-subaquatico-de-2001/92877> consultado el 28 de septiembre de 2017).
- CASAR FURIO M. E. y TABERNER PASTOR. F., “El concepto de entorno y su delimitación en los BIC Valencianos” *Práctica Urbanística*, Nº 99, Sección Perspectivas sectoriales, Diciembre 2010, p. 51.
- CASTRO F.V., “Caçadores de tesouros: proposta de uma taxomia” *Revista Eletrônica História e-História*. 2004, pp.51-53.
- DE MIGUEL RIERA. L., “Estrategias actuales en la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial. El papel del Ministerio de Cultura” *Patrimonio Cultural de España. El Patrimonio Mundial en España: una visión crítica*, nº 2, 2009, p.133.
- EUGÊNIA AMARANTE C. y BAVA DE CAMARGO P. F., “Arqueologia Subaquática Brasileira: porqué o país aproveita mal sua capacidade científica?”. *Cadernos do Lepaarq*. Vol. XIV, nº 27, 2017. Pp. 252-279.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”, *Revista Española de Administración*, nº. 39, 1983, pp. 575-594.
- MARTINS GUSMÃO D., *Patrimônio cultural subaquático: preservação por meio da conscientização*. IV Seminario de Preservação de Patrimônio Arqueológico, Rio de Janeiro, 2016.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “Análisis de la nueva ley 5/2016, de 4 de mayo, de patrimonio cultural de Galicia y la protección del patrimonio cultural subacuático en la Comunidad Autónoma de Galicia”, *Os novos horizontes do constitucionalismo global*, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, pp. 105-113.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “Las bases jurídicas de la protección del patrimonio cultural subacuático en España”, *Ius Publicum*, núm. 36, 2016, pp: 141-159.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre el marco competencial en materia de patrimonio histórico y cultural. La sentencia 122/2014, de 17 de julio”, *Diario La Ley*, núm. 8836, 2016, pp: 1-11.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “La protección del patrimonio cultural subacuático en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año24; núm. 1, 2017, pp. 247-262.

- MIRANDA GONÇALVES, R., “A proteção do património cultural subaquático e a sua regulação jurídica na legislação espanhola”, *Revista do Direito de Língua Portuguesa*, núm. 9, 2017, pp. 255-264.
- MIRANDA GONÇALVES, Rubén “Legal aspects of the underwater cultural heritage in Spain. Current state legislation”, *Veredas do Direito*, núm. 14, Vol. 30, pp: 39-51.
- MIRANDA GONÇALVES, Rubén “La protección del patrimonio cultural subacuático en el ordenamiento jurídico español y brasileño”, *Propostas de modernización do dereito*, Xunta de Galicia, 2017, pp. 127-138.
- PRIETO DE PEDRO, J., “Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- RAMBELLI, G., “A arqueologia subaquática no Brasil”. *Revista do Museu de Arqueologia e Etnologia, São Paulo, Anais da 1 Semana de Arqueologia, Suplemento 8*, 2009.
- RAMBELLI, G, y A FUNARI P. P., “Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios” *Memorias, Revista Digital de Historia y Arqueológica desde el Caribe*. Año 4, N° 7, 2007. Uninorte. Barranquilla.
- RUIZ MANTECA, R., *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*, Ministerio de Defensa, 2012.