

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

NORMAS RELATIVAS A BIENES CULTURALES ORIGINARIOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

La repatriación o restitución internacional de bienes culturales originarios de pueblos indígenas conlleva una diversidad de complejidades. Mientras que los tratados internacionales relativos al movimiento internacional de bienes culturales —en especial, aunque no exclusivamente, la Convención de la Unesco de 1970 y el Convenio de Unidroit de 1995 (véase el capítulo segundo)— colocan a los Estados en una posición central, el papel de los pueblos indígenas se descuida considerablemente. En lugar de recibir una atención principal, estos pueblos son expulsados del centro y relegados a la periferia.¹ Esta dualidad centro-periferia se puede ver particularmente cuando los Estados que exigen el retorno de bienes culturales indígenas a instituciones extranjeras integran éstos a los museos nacionales sin considerar los intereses o derechos que sobre ellos puedan tener pueblos o comunidades indígenas con los cuales se encuentran vinculados.²

Sin embargo, en el ámbito nacional de algunos países se puede distinguir una tendencia que se ha desarrollado desde hace varias décadas en una dirección diferente. Esta tendencia se observa, por ejemplo, en Estados Unidos, donde en 1994 se adoptó la Ley de Protección y Repatriación de Tumbas de los Nativos Americanos (*Native American Graves Protection and Repatriation Act* [NAGPRA]).³ El objetivo de la NAGPRA es permitir a los grupos originarios la recuperación de artículos culturales que se encuentren en museos y agencias federales de Estados Unidos. Como resultado, restos humanos y bienes funerarios, objetos sagrados y patrimonio cultural, es decir, los objetos de im-

¹ Barkan, E. (2002), “Amending Historical Injustices: The Restitution of Cultural Property – An Overview”, en Barkan, E. y Bush, R. (eds.), *Claiming the Stones, Naming the Bones: Cultural Property and the Negotiation of National and Ethnic Identity* (pp. 16-50), Los Angeles, Getty Research Institute.

² Vrdoljak, A. F. (2008), *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Cambridge, Cambridge University Press.

³ Native American Graves Protection and Repatriation Act (NAGPRA), Pub. L. 101-601, 25 U.S.C. 3001 et seq., 104 Stat. 3048.

portancia duradera, histórica, tradicional o cultural para una cultura indígena americana se restituyen a grupos indígenas organizados y reconocidos por el Estado si dichos grupos tienen una relación con tales objetos. En ese contexto, dentro de Estados Unidos ha de observarse el comentario que hacía John Henry Merryman refiriéndose a algunas de las complejidades que implica la repatriación o restitución de esta clase de bienes:

Algunos objetos del tipo que conservan los museos occidentales se crearon con la intención de ser consumidos o expuestos al deterioro o destruidos deliberadamente después de un uso ceremonial. Otros objetos están destinados a ser vistos solo por un grupo restringido de personas en momentos particulares o expuestos solo en un lugar específico. Cuando un museo preserva y exhibe tales objetos, resulta un claro conflicto cultural. Todos los motivos por los que queremos preservar y mostrar tales objetos están presentes, pero entran en conflicto con las razones por las cuales sus creadores quieren que sean consumidos o destruidos o que permanezcan ocultos.

Este tipo de conflicto es común. Gran parte de lo que nos queda de las culturas antiguas se encontró en sepulturas y tumbas, colocadas allí con la intención de que permanezca con los muertos. Cada extracción de un objeto tal para una colección privada, o incluso para un museo o con fines académicos, viola las intenciones de la cultura de origen. Cuando esa cultura está muerta, el conflicto se ha resuelto —la violación se justifica— a favor de la recolección y preservación; pero cuando la cultura de origen está viva y consciente, el asunto no se resuelve tan fácilmente. Para su creador, el tratamiento adecuado del objeto puede ser esencial para su vida o estatus. Para la cultura, la violación puede ser un desastre espiritual que amenaza con consecuencias drásticas para el grupo.⁴

Las palabras de Merryman muestran claramente algunas de las complejidades que implican el acceso y la extracción de bienes culturales originarios de pueblos indígenas, que naturalmente inciden en su eventual repatriación o restitución internacional. Sin embargo, al mismo tiempo sobresale en el fragmento transcrito un aspecto problemático de especial relevancia. El autor se refiere únicamente a *razones* o *intenciones* de los creadores individuales o grupos culturales de origen, pero no hace referencia a los *derechos* de tales sujetos en relación con el uso o la disposición de tales bienes. En este capítulo trataremos algunas nociones que pueden ser útiles para aproximarnos a la comprensión de este aspecto.⁵

⁴ Merryman, J. H. (1989), *The Public Interest...*, cit., p. 356 (traducción propia).

⁵ Nótese que otro aspecto problemático fundamental que se plantea es la distinción entre los bienes culturales provenientes de una cultura “muerta” y aquellos originarios de

I. LOS BIENES CULTURALES ORIGINARIOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN NORMAS APLICABLES EN AMÉRICA LATINA

1. *Normas internacionales*

En las normas internacionales, la relación entre los bienes culturales de naturaleza material y los pueblos indígenas de los que son originarios no se regula como derecho de propiedad, en el sentido legal tradicional de éste. La consideración legal de los bienes culturales materiales debe distinguirse de la que se otorga a los bienes inmateriales. A nivel internacional, el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en relación con sus creaciones o aportes de carácter inmaterial se encuentra en el Convenio sobre Diversidad Biológica (artículo 8, lit. j)⁶ y en los instrumentos normativos que se han estado preparando en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), dentro del órgano específicamente creado en 2000 para debatir esta clase de asuntos, es decir, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.⁷ En este ámbito, se han desarrollado reglas generales en torno al consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios como requisitos previos para el acceso al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas sobre los recursos biológicos y las manifestaciones culturales inmateriales (música, danzas, etcétera).⁸

una cultura “viva”. No ahondamos aquí sobre este punto; sin embargo, se recomienda ver al respecto la ponencia presentada por la Organización Indígena de Colombia (ONIC) en el marco de la audiencia pública realizada en la Corte Constitucional de Colombia en el caso de la colección Quimbaya (véase introducción), disponible en: <https://www.onic.org.co/noticias/70-destacadas/928-el-tesoro-quimbaya-la-vida-de-102-pueblos-en-persistencia> (2911/2919).

⁶ Más información sobre la protección de los conocimientos tradicionales en el marco del Convenio sobre Diversidad Biológica, disponible en: <https://www.cbd.int/traditional/> (2911/2919).

⁷ Más información sobre el trabajo del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual disponible en: <https://www.wipo.int/tk/es/index.html> (2911/2919).

⁸ Bajo la influencia de estas disposiciones desarrolladas a nivel internacional, se han establecido en jurisdicciones nacionales, como la de Perú, el consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios como requisitos previos para el acceso al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas sobre los recursos biológicos. El art. 6 de la Ley 27811 de Perú se refiere al deber de cualquier parte interesada de obtener el consentimiento de organizaciones indígenas competentes previamente informadas. Y el art. 7 requiere la celebración de un acuerdo de licencia para la participación equilibrada en los beneficios si el

Los bienes culturales materiales originarios de estos pueblos, por su parte, fueron considerados como “patrimonio cultural indígena” en los Principios y Directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, redactados por la relatora especial, Erica-Irene Daes, y publicados en 1994,⁹ así como en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas¹⁰ trece años después. La concepción integral de los Principios y Directrices resulta en parte del hecho de que las voces de los pueblos indígenas fueron tomadas en cuenta para su elaboración. En particular, se consideraron la Declaración de Kari Oca de la Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas sobre Territorio, Medio Ambiente y Desarrollo (Brasil, 1992) y la Declaración de Mataatua de la Primera Conferencia Internacional sobre Cultura e Intelectual Derechos de Propiedad de los Pueblos Indígenas (Nueva Zelanda, 1993). Con respecto a los elementos relevantes del patrimonio indígena, los Principios y Directrices incluyeron todos los objetos, sitios y conocimientos transmitidos de generación en generación y pertenecientes a un pueblo en particular o su territorio (párrafo 11), así como todos los bienes muebles según lo definido por las convenciones pertinentes de la Unesco, restos humanos, bienes culturales inmuebles y documentación del patrimonio de los pueblos indígenas (párrafo 12).

Al referirse al derecho consuetudinario indígena, los Principios y Directrices establecieron que un pueblo, familia o clan en concreto, asociación o individuos son propietarios tradicionales (párrafo 13), y se refirieron a ellos como protectores principales de su cultura (párrafo 3). También se afirmó que la propiedad y retención de su patrimonio debe ser colectiva, permanente e inalienable (párrafo 5). En el resto del texto, sin embargo, no se hace alusión al derecho de propiedad, sino simplemente de una especie de preservación, que, sin embargo, incluye algunos elementos del derecho de propiedad. Por un lado, el párrafo 9 establece que el uso del patrimonio indígena está sujeto al consentimiento libre e informado de las personas interesadas. Esto significa que los propietarios tradicionales tienen derecho, primero, a disponer de los bienes y, segundo, a disponer de su uso, excluyendo a terceros (derechos de exclusividad). Por otro lado, el párrafo 10 establece que si se

propósito del acceso es para uso comercial o industrial. Las regulaciones nacionales sobre la protección de los bienes culturales no incluyen el consentimiento previo e informado y la distribución de beneficios para los bienes culturales materiales.

⁹ Consejo Económico y Social, Organización de las Naciones Unidas, 8 de julio de 1994, Documento E/CN.4/Sub.2/1994/31 (anexo).

¹⁰ Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007, Resolución A/RES/61/295 (anexo).

autoriza el uso comercial o la aplicación de los bienes culturales, los pueblos interesados deben ser beneficiarios principales de dicho uso comercial. De allí se deduce que tendrían derecho a participar de los beneficios derivados de su uso.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 también incluye el consentimiento fundamentado previo en relación con una noción de patrimonio cultural indígena, que abarca los bienes culturales, reconociendo el derecho a una reparación que *puede* “incluir la restitución”. Esto está previsto en el segundo párrafo del artículo 11 de la Declaración:

Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

La misma norma se encuentra en el artículo XIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 14 de junio de 2016 por la Organización de Estados Americanos,¹¹ en el cual se incluye el derecho a la identidad e integridad cultural de estos pueblos.

Los Principios y Directrices de 1994, la Declaración de la ONU de 2007 y la Declaración de la OEA de 2016 no son, sin embargo, instrumentos vinculantes. Los Estados no están legalmente obligados a reconocer a nivel nacional los derechos previstos en ellos, pero, a pesar de esto, dichos documentos reflejan estándares internacionales. En especial, la Declaración de la ONU de 2007 y la Declaración de la OEA de 2016 son manifestación oficial de la voluntad de los Estados miembros de cada una de esas organizaciones internacionales, que tienen una importante fuerza política y moral.

Ahora bien, como se ha indicado más arriba, los tratados internacionales relativos al movimiento internacional de bienes culturales (Convención de la Unesco de 1970 y el Convenio de Unidroit de 1995) reconocen sólo a los Estados como interesados, y por lo tanto sujetos de derechos y de obligaciones. En este orden de ideas, la decisión sobre qué objetos son relevantes para el grupo y, por lo tanto, dignos de protección, no es tomada por los pueblos indígenas, sino por el Estado (véase capítulo segundo). Esta decisión se toma teniendo en cuenta valores ajenos al respectivo pueblo. Las

¹¹ Resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), aprobada el 14 de junio de 2016.

reclamaciones indígenas dirigidas al control material de ciertos bienes culturales se enfrentan a ese supuesto fundamental del derecho internacional público. Tales reclamos no sólo entran en tensión con el derecho del Estado a controlar ciertos bienes culturales y, por tanto, el derecho a la propiedad estatal, sino también la posición privilegiada de los Estados como sujetos prioritarios en el sistema legal internacional. Ello explica que los bienes originarios de pueblos indígenas no se encuentren mencionados explícitamente en la Convención de la Unesco de 1970 ni en instrumentos regionales, como la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas de 1976, adoptada por la Organización de Estados Americanos (Convención de San Salvador).¹² Los desarrollos acaecidos internacionalmente en términos del reconocimiento de derechos a favor de los pueblos indígenas se reflejan, sin embargo, al observar el reconocimiento de ciertos intereses de estos pueblos en la Convención de Unidroit de 1995 (artículos 3.8, 5.3.d y 7.2).

En los acuerdos bilaterales que prohíben la importación de objetos arqueológicos, históricos y artísticos han sido celebrados entre algunos Estados latinoamericanos (véase el capítulo decimotercero), la definición de bienes protegidos es más general. Dado que el alcance de cada tratado en cuanto a los bienes protegidos no se especifica en detalle, los bienes culturales originarios de pueblos indígenas pueden calificarse como bienes culturales precolombinos. También pueden estar protegidos al provenir de una región particular, cuya población es predominantemente indígena, como la región amazónica. Una singularidad de los acuerdos en los cuales participan países de la región andina, particularmente Perú, es que en ellos se hace referencia expresa a materiales pertenecientes a grupos culturales de la Amazonia. No obstante existir otras categorías más generales; por ejemplo, objetos de origen precolombino o históricos, dentro de las cuales a primera vista los objetos pertenecientes a grupos amazónicos podrían estar incluidos, crear una categoría separada para los objetos culturales amazónicos deja clara su significación especial, así como la intención de evitar su tráfico ilegal y estimular la devolución de los que hayan sido exportados de una forma no amparada por el orden jurídico. Aunque hay una tendencia a evitar el uso del término “indígena” de manera explícita, puede afirmarse que los objetos originarios de pueblos indígenas se encuentran incluidos en estos acuerdos. Tales objetos se encuentran contemplados explícita-

¹² Asamblea General, Organización de Estados Americanos, 16 de junio de 1976, Resolución AG/RES.210 (VI-O/ 76). Ratificada por Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú.

mente en los acuerdos que Perú ha celebrado con El Salvador, Argentina, Uruguay, Panamá, México y Honduras. El acuerdo celebrado entre Perú y El Salvador se refiere expresamente a aquellos pueblos que se encuentren amenazados de extinción.¹³

Por otro lado, en el marco de la ley nacional estadounidense que implementa la Convención de la Unesco de 1970 (véase el capítulo segundo), el gobierno de Estados Unidos ha celebrado memorandos de entendimiento (o acuerdos bilaterales) con ciertos países de origen. En estos acuerdos, los bienes culturales cubiertos (que figuran en las listas de designación anexas a cada acuerdo) se clasifican principalmente de acuerdo con criterios temporales. Puede verse en los acuerdos celebrados entre Bolivia y los Estados Unidos,¹⁴ por ejemplo, que se han incluido explícitamente bienes específicos que tienen una relación sustancial con comunidades indígenas.

2. *Normas nacionales*

Los países latinoamericanos han evitado también en sus legislaciones nacionales sobre patrimonio cultural la protección explícita de los bienes materiales originarios de pueblos indígenas. Pueden considerarse como excepciones la Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico de Costa Rica, del 28 de diciembre de 1981, que incluye como parte del patrimonio nacional arqueológico “los muebles o inmuebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas culturas” (artículo 1), así como la Ley del Patrimonio Cultural Boliviano, del 23 de mayo del 2014. Esta última establece que el patrimonio cultural boliviano se compone por los significados y valores atribuidos a los bienes y expresiones culturales, inmateriales y materiales, por parte de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, comunidades interculturales transmitidos por herencia y establecidos colectivamente (artículo 4, segundo párrafo). La legislación boliviana establece además que cualquier expresión o bien cultural que se considere portador de identidad de las naciones y pueblos indígena puede ser reconocido como

¹³ Convenio entre Perú y El Salvador, 2000, art. 2, lit. n.

¹⁴ El actual acuerdo bilateral entre los Estados Unidos y Bolivia es de 2016; anteriormente se celebraron acuerdos en 2001, 2006 y 2011. Todos los acuerdos bilaterales celebrados por el gobierno de Estados Unidos en el marco de la *Cultural Property Implementation Act* se encuentran disponibles en: <https://eca.state.gov/cultural-heritage-center/cultural-property-advisory-committee/current-import-restrictions>.

patrimonio cultural (artículo 34.II). Pero estas normas no sujetan los bienes culturales originarios de pueblos indígenas a un régimen de propiedad distinto del régimen sobre patrimonio cultural nacional. Estos bienes tendrían que entenderse, siguiendo este orden de ideas, como regidos por el régimen de propiedad estatal, en la medida en que los bienes que integran el patrimonio cultural nacional son propiedad del Estado.

Además, existen en los países latinoamericanos, legislaciones especiales que han sido creadas para responder a ciertos intereses de los pueblos indígenas en relación con sus bienes culturales. Estas legislaciones especiales, aunque no favorecen la propiedad como tal, reconocen a los pueblos o comunidades indígenas como titulares de ciertos derechos. Entre las distintas legislaciones nacionales especiales que se han desarrollado en esa dirección se pueden reconocer tres constelaciones. Dos de ellas se refieren a leyes de protección de bienes culturales que tienen en cuenta expresamente las creaciones culturales indígenas, y el tercer grupo incluye leyes que integran cierto tipo de normas que han sido consideradas *sui generis*.

- 1) En la primera constelación de legislaciones nacionales se encuentran aquellas que exigen respeto a las culturas indígenas y promueven su protección. El Decreto 26-97 de Guatemala, por ejemplo, prohíbe la degradación de la cultura tradicional de las comunidades indígenas para que no se impida el desarrollo de sus estilos de vida, la realización de sus rituales tradicionales y el uso de sus lenguas. Las violaciones a estas disposiciones son castigadas con una multa (artículo 53). El Instituto de Patrimonio Cultural de Ecuador, por su parte, debe tomar medidas para conservar y proteger las culturas indígenas: costumbres, idioma, artesanía, etcétera. Para controlar esto, se establece, por ejemplo, que para cualquier investigación sobre expresiones culturales se cuente con autorización, así como también para su documentación con fines comerciales (artículos 30-33, Ley 3501 de 1979).
- 2) En una segunda constelación se encuentran las legislaciones que estipulan explícitamente la inclusión de los bienes culturales indígenas como patrimonio cultural de la nación. Aquí, los bienes culturales indígenas están directamente sujetos a las regulaciones para la protección de los bienes culturales. Por ejemplo, el Decreto 21951 de Bolivia, que se dirige específicamente a los textiles indígenas, complementa a la Ley de Protección de la Propiedad Cultural (Decreto 05918), que reconoce las expresiones etnológicas, etnográficas y folclóricas, las artesanías y los textiles fabricados antes de 1950 como patrimonio

cultural nacional. De ello se deduce que no sólo está prohibida su exportación, sino también su venta, al tiempo que pertenecen al Estado y deben ser inventariados (artículo 1, Decreto 21951 de 1988). Las disposiciones del Decreto 21951 se complementaron mediante el Decreto 22546 de 1990, con el fin de apoyar la recuperación de textiles tradicionales de la comunidad indígena de Coroma (véase el capítulo decimotercero). Este decreto estableció el apoyo del gobierno para la recuperación y devolución de ciertos textiles que habían sido retirados de la comunidad y exportados ilegalmente. Aunque de acuerdo con los decretos 2195 y 05918 la propiedad de los textiles se mantuvo en manos del Estado, se estableció que debido a su importancia para la organización social, política y religiosa de los *ayllus* de Coroma, se devolverían a éstos y no se depositarían en ningún museo. Estos decretos no establecen el derecho de propiedad a favor de los indígenas de Coroma, pero les reconoce como protectores. Otras leyes nacionales de protección cultural que hacen de los bienes culturales indígenas parte del patrimonio nacional son las de Honduras y Paraguay. La legislación hondureña habla de nombres indígenas de pueblos y sitios, como lugares sagrados (toponimia), así como de expresiones culturales (artículo 5, lit. e, Decreto 81-84 de 1984). Según la legislación de Paraguay, las lenguas indígenas, las creencias populares y los estudios relacionados pueden declararse patrimonio cultural nacional (artículo 5, Decreto 946 de 1982). Las normas patrimoniales costarricenses y bolivianas mencionadas arriba entran también en este grupo.

- 3) La tercera constelación de legislaciones, como se indicó anteriormente, incluye aquellas que integran cierto tipo de normas que han sido consideradas *sui generis*. Estas normas no consideran los bienes culturales indígenas desde la perspectiva de la protección del patrimonio cultural, sino que, por el contrario, se centran en su protección como creaciones espirituales inmateriales. Esto está garantizado en una forma que, aunque no es idéntica a la propiedad intelectual, se acerca a este tipo de normas. A este respecto, se pueden mencionar dos leyes nacionales que rigen ciertas formas especiales de propiedad. Estas son la Ley 426 de Guatemala, que establece derechos exclusivos para el uso de diseños, dibujos y bordados de textiles indígenas, y la Ley 20 de Panamá, que se refiere a derechos colectivos de propiedad intelectual.

En Guatemala, el Decreto 426 de 1947 distingue entre “tejidos indígenas”, “tejidos originales” y “tejidos de Guatemala” (artículo 2). El “Comité para el control de tejidos indígenas” de cada comunidad,

cuya composición está determinada en el mismo Decreto (artículo 4), puede registrar diseños, dibujos y tejidos de textiles indígenas y originales en la Oficina de Marcas y Patentes. Esto le da al comité la propiedad exclusiva para el uso de los tejidos protegidos de esta manera y le permite controlar y administrar el uso de la etiqueta de autenticidad emitida por la indicada oficina (artículos 4 y 7). Sólo las comunidades indígenas guatemaltecas que tradicionalmente fabrican estos tejidos pueden usar la etiqueta de autenticidad en los textiles autóctonos u originales que producen. Otros textiles fabricados industrialmente no pueden ser etiquetados como indígenas. Sin embargo, la industria textil puede registrar sus diseños para que puedan comercializarse como “tejidos de Guatemala” siempre que dichos diseños no sean autóctonos u originales y no hayan sido registrados (artículo 9). Además, el Decreto 426 de 1947 prohíbe vender, comprar o exportar textiles con diseños indígenas a nivel nacional (artículo 12).

Por su parte, Panamá adoptó en 2000 la Ley 20, que ha sido considerada como uno de los sistemas sui generis más completos para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas.¹⁵ En la Ley 20 de Panamá, los llamados derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas recaen sobre las creaciones de estos pueblos. Las creaciones a las que se refiere la Ley son vestimentas, instrumentos musicales y medios de trabajo, es decir, objetos físicos, pero también música, bailes y otras creaciones intangibles (artículo 4). Éstos incluyen prendas tradicionales de los siguientes pueblos indígenas: *kuna*, *ngöbe*, *buglé*, *emberá*, *wounaan*, *naso* y *bri-bri* (artículo 3). Por disposición de esta Ley, sujetos particulares no pueden hacer uso exclusivo de bienes pertenecientes al patrimonio cultural indígena si no están autorizados para hacerlo (artículo 2). La Ley establece explícitamente que se requiere el consentimiento de la comunidad cuando, por ejemplo, los bailes tradicionales u otras representaciones relacionadas con su cultura son reproducidos por terceros, lo cual aplica también a la reproducción de vestimentas indígenas (artículo 16). Las creaciones correspondientes deben registrarse para que puedan ser protegidas y excluir así a terceros de su uso o aplicación. El registro puede ser solicitado por el representante de la comunidad ante

¹⁵ Ramsauer, T. (2005), *Geistiges Eigentum und kulturelle Identität: eine Untersuchung zum immaterial-güterrechtlichen Schutz autochthoner Schöpfungen*, Múnich, Beck; Lucas-Schloetter, A. (2008), “Folklore”, en Lewinski, S. (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (pp. 339-306), La Haya, Kluwer Law International.

la Oficina de Propiedad Industrial (artículo 4). Para la determinación de cómo debe entenderse representada la comunidad y quién es reconocido como representante, se aplica el derecho consuetudinario indígena. El derecho consuetudinario indígena también puede regular el uso y la comercialización de cada bien cultural registrado, según se encuentre dispuesto en el reglamento de uso, que también debe registrarse (artículo 15). En cualquier caso, se establece que la protección legal ofrecida por la Ley es ilimitada en el tiempo (artículo 7). Los artículos 18 y 19 de la Ley 20 también prohíben la importación de productos que imitan los bienes protegidos. Con ello, se intentó proteger la autenticidad de la manufactura y el sector industrial asociado con las expresiones culturales tradicionales. La prohibición de importación se aplica también a artículos que imitan productos tradicionales, como las *molos*, que consisten en tejidos realizados mediante técnicas de aplicaciones que han sido tradicionalmente confeccionados por mujeres.¹⁶ Estas normas, que están contenidas en la Ley 21 de 1967 y en la Ley 26 de 1984, se refieren en gran parte a artículos hechos por pueblos indígenas. Conforme a la mencionada Ley 21 de 1967, también son aplicables ciertas restricciones sobre determinados artículos ingresados en una lista detallada. Dicha lista contiene algunos, que pueden ser de origen indígena. La Ley 26 de 1984 aborda específicamente la protección de las *molos*, antes mencionadas, que son de gran importancia para el pueblo indígena cuna. No sólo porque son una expresión de su cultura, sino también debido a que su comercialización juega un papel central en la economía del grupo. De hecho, la adopción del proyecto de ley fue creada con el fin de brindar una protección urgente a las *molos* ante su creciente falsificación, que se había vuelto cada vez más frecuente, especialmente en Japón y Taiwán, para ser comercializadas en Estados Unidos, e incluso dentro del mismo territorio panameño.¹⁷ Como resultado, la Ley 26 prescribe que tales imitaciones o falsificaciones de *molos*, o de textiles que podrían competir en el mercado con otros trabajos artesanales del pueblo cuna, no deben importarse a Panamá.

¹⁶ Steward, J. (1948), *Handbook of South American Indians*, tomo 4, Washington, Smithsonian Institution, p. 260.

¹⁷ OMPI (2001), *Conocimientos Tradicionales: Necesidades y Expectativas en Materia de Propiedad Intelectual. Informe Relativo a las Misiones Exploratorias sobre Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales (1998-1999)*, Misión Exploratoria a Centroamérica, p. 149.

Las dos leyes descritas —la Ley 426 de Guatemala y la Ley 20 de Panamá— prevén diferentes soluciones al reconocimiento de derechos relativos a bienes culturales originarios de pueblos indígenas. Esto se aplica en particular a la exclusividad en el uso de dichos bienes. Dado que se trata la protección de bienes inmateriales (música, bailes y otras creaciones intangibles) o a la dimensión inmaterial de tales bienes (diseños), los regímenes contenidos en dichas leyes se asemejan a los derechos desarrollados en el ámbito de la propiedad intelectual (en especial, del derecho de autor y derechos conexos y del derecho de marcas y otros signos distintivos). La peculiaridad de los sistemas nacionales que hemos descrito es que la protección que establecen no se requiere que se cumpla con los requisitos que se exigen en el régimen de propiedad intelectual. En este orden de ideas, dichas regulaciones nacionales sui generis vinculan las creaciones intangibles con ciertos elementos que se aproximan al derecho de propiedad. A ello han contribuido las discusiones que han tenido lugar especialmente en el marco del Comité Intergubernamental de la OMPI y del Convenio de Diversidad Biológica en relación con la protección de las creaciones intangibles de los pueblos indígenas. Otros estándares internacionales que se han desarrollado en el campo de los derechos indígenas, y que consideran el patrimonio cultural indígena en un sentido más amplio, también han influido en las discusiones sobre la producción intangible de estos pueblos.

Como se ha indicado, los bienes culturales originarios de pueblos indígenas de naturaleza material están cubiertos por las leyes nacionales dirigidas a la protección del patrimonio cultural de la nación. De ello se deriva la idea de que en relación con estos bienes culturales ha de atenderse primordialmente al interés del Estado, en tanto el cual debe prevalecer sobre los intereses de los grupos indígenas. Éste es un tema complejo que presenta diversas aristas, que pueden diferir en los respectivos contextos nacionales.

En cualquier caso, el hecho de que en estas leyes no se encuentren formulados derechos que puedan ser claramente identificados como derechos de propiedad a favor de los pueblos indígenas se erige en un evidente obstáculo desde el punto de vista del derecho internacional privado. Esto se evidencia en la imposibilidad de su eventual aplicación en tanto *lex originis*, que pueda servir de fundamento al reconocimiento de la propiedad de pueblos o comunidades indígenas por parte de tribunales extranjeros en casos relativos a repatriación o restitución internacional de bienes culturales originarios de dichos pueblos.

II. DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN RELACIÓN CON SUS BIENES CULTURALES

El derecho de propiedad ha sido reconocido como un derecho humano.¹⁸ Esto se refiere al derecho de propiedad sobre cualquier clase de bienes, incluidos los bienes culturales, e independientemente de los sujetos que son sus titulares. En el ámbito americano, ha quedado claro que el derecho de propiedad abarca la propiedad indígena, con todas sus particularidades culturales, gracias a la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁹ que ha sido realizada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. La interpretación evolutiva de dicho artículo ha sido la base para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales desde el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua decidido en 2001,²⁰ lo que ha sido reiterado en otros casos de los que también ha conocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Observar los derechos de los pueblos indígenas desde su dimensión de derechos humanos tiene una relevancia especial, puesto que, entre otras cosas, los derechos de estos pueblos tienen en las legislaciones nacionales un desarrollo menor que el que han tenido los derechos relativos a sujetos de otras clases.

En el contexto de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, es importante tener presente que los pueblos indígenas no pierden los derechos sobre sus expresiones culturales debido a que sus bienes culturales hayan pasado a estar en manos de una tercera persona o institución, o en un país extranjero, si tal situación ha ocurrido sin su consentimiento. Esta idea, planteada por Symeonides refiriéndose en general a la protección legal de que goza el propietario originario de bienes culturales de acuerdo con el ordenamiento jurídico de origen,²¹ es aplicable en relación con los derechos de los pueblos indígenas en tanto propietarios originarios de cierta clase de bienes culturales.

¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 17; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978, art. 21.

¹⁹ Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

²⁰ Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, excepciones preliminares, sentencia del 1 de febrero de 2000, serie C, núm. 66.

²¹ Symeonides, S. (2005), *A Conflict-of-law Rule...*, cit., p. 1186; Symeonides, S. (2016), *Choice of Law...*, cit., p. 594.

Los derechos a los que aludimos han sido reconocidos a favor de tales pueblos mediante instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, la necesidad de consentimiento por parte de los pueblos indígenas en este tipo de situaciones puede ser vista como una expresión de su derecho al autogobierno incluido en el artículo 7, párrafo 1, y en el artículo 8, párrafos 1 y 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169 de la OIT),²² así como del principio de autodeterminación.²³ De manera más específica, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto DESC) incluye el derecho a la participación en la vida cultural en su artículo 15, párrafo 1 a).²⁴ A través de este artículo, los Estados que han ratificado el Pacto DESC reconocen que toda persona tiene el derecho a “participar en la vida cultural”, el cual ha sido interpretado por la Observación General 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a) del Pacto DESC, que se adoptó en 2009 en la 43a sesión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC).

De acuerdo con esta Observación General, un primer aspecto que debe considerarse es que los pueblos indígenas, como sujetos colectivos, “gozarán plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”, lo cual está establecido en el artículo 3 del Convenio 169 de la OIT. Además, según el Comité DESC, el derecho a la participación en la vida cultural es, por una parte, interdependiente del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, que se encuentra en el artículo 1 del Pacto DESC, y, por otra parte, es un derecho colectivo, por lo que, amén de poder ser ejercido individualmente, también puede ser ejercido por una persona en asociación con otras, considerando que la cultura es “creación y producto social”.²⁵

El derecho a la participación en la vida cultural, tal como lo ha interpretado el Comité DESC, implica obligaciones para los Estados que han

²² Adoptado en la 76a. reunión Conferencia Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989. Actualmente 14 países latinoamericanos son parte del Convenio 169 de la OIT.

²³ Anaya, J. (2005), *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta.

²⁴ El Pacto de DESC ha sido ratificado por 19 países latinoamericanos. Estado de firmas y ratificaciones disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=en (29/11/2019).

²⁵ Observación General 21. Consejo Económico y Social. Organización de las Naciones Unidas. 43 período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2 a 20 de noviembre de 2009. Documento E/C.12/GC/21/Rev.1, p. 3. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN21 (29/11/2019).

ratificado el Pacto, incluidos los Estados latinoamericanos. Entre estas obligaciones, dos son especialmente relevantes en las situaciones jurídicas internacionales relativas a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales originarios de pueblos indígenas. Estas obligaciones deben considerarse de cara a una labor codificadora que está por ser desarrollada sobre la base del derecho internacional privado, en cuanto ámbito jurídico que se ocupa de la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a situaciones jurídicas privadas internacionales (véase el capítulo primero).

En primer lugar, en el marco del artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto DESC, los Estados que lo han ratificado deben tomar medidas para proporcionar acceso y preservar los bienes culturales. Esto significa que esos Estados deben garantizar que los pueblos indígenas y sus miembros conozcan y comprendan su propia cultura, para que puedan seguir un estilo de vida asociado con el uso de bienes culturales y beneficiarse del patrimonio cultural.²⁶ En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural. Todo esto no puede desarrollarse adecuadamente si los pueblos indígenas están privados ilegítimamente de ciertos objetos culturales y éstos no son devueltos.

En segundo lugar, existe otra obligación importante para esos Estados, que consiste en que éstos “deben cerciorarse de que su legislación no obste al ejercicio de esos derechos”.²⁷ En este sentido, se puede observar que la no devolución de los objetos culturales de los que haya sido despojado ilegítimamente un pueblo indígena puede ser el resultado de un contexto legal desfavorable, que ha sido consentido por los Estados.²⁸

²⁶ Consejo Económico y Social, Organización de las Naciones Unidas, 43 periodo de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2 a 20 de noviembre de 2009, Documento E/C.12/GC/21/Rev.1.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Para ahondar en la relación entre los derechos e intereses de los pueblos indígenas en el contexto de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, se puede consultar la siguiente bibliografía: Kuprecht, K. (2014), *Indigenous Peoples' Cultural Property Claims Repatriation and Beyond*, Nueva York, Springer; Kuprecht, K. (2010), “Human Right Aspects of Indigenous Cultural Property Repatriation”, en Odendahl, K. y Weber, P. (coords.), *Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht* (pp. 191-227), Baden-Baden, Nomos Verlag; Kuprecht, K. (2012), “NAGPRA: Its Potential and Limits in the Global Protection of Indigenous Cultural Property Rights”, *International Journal of Cultural Property*, 19, 33-63; Escobar, T. (2018), “Indigenous Art: The Challenge of the Universal”, en Pous, F., Quin, A. y Viera, M. (eds.), *Authoritarianism, Cultural History, and Political Resistance in Latin America. Exposing Paraguay* (pp. 83-105), Londres, Palgrave MacMillan; Nafziger, J. y Nicgorski, A. (2009), *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization, and Commerce*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers; Jessiman, S. (2011), “The Repatriation of the G’psglox Totem Pole: A Study of its Context, Process, and Outcome”, *International Journal of Cultural Property*, 18, 365-391; Cornu,

En el próximo capítulo enmarcaremos lo dicho en este acápite dentro del derecho internacional privado y presentaremos una propuesta para la formulación de una norma de conflicto de leyes, que dentro de ese mismo marco apoyaría la labor de los Estados latinoamericanos para cumplir con las obligaciones que hemos mencionado arriba.

M. (2013), "About Sacred Cultural Property: The Hopi Masks Case", *International Journal of Cultural Property*, 20, 451-466.