

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

UNA PROPUESTA EN PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

I. LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS EN CUANTO ESTADOS DE ORIGEN

Recordemos el caso de la colección Quimbaya mencionado al comienzo de este libro (véase la introducción). Si ocurriera que el gobierno colombiano, siguiendo la decisión de la Corte Constitucional, decidiera seguir la vía del derecho internacional privado a fin de procurar la devolución de las piezas de oro que se encuentran en España, se encontraría con que, conforme a la regla *forum rei sitae*, los tribunales españoles serían competentes.¹ Además, posiblemente, estos tribunales considerarían la aplicación de la regla *lex rei sitae*, establecida en su ordenamiento jurídico interno (artículo 10 del Código Civil) sin tomar en cuenta, de manera directa, los tratados internacionales sobre la materia (Convención de la Unesco de 1970 y Convenio de Unidroit de 1995), por no ser aplicables a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor. En un contexto tal, las piezas podrían ser tratadas por los tribunales como propiedad de España, y, en consecuencia, el gobierno español podría disponer legalmente de ellas.

Por otra parte, es posible pensar en torno a cómo podría ser vista esta situación desde las perspectivas que hemos expuesto, que abogan por la aplicación de las leyes del país de origen de los bienes culturales (véase el capítulo décimo). Así, por ejemplo, de acuerdo con la interpretación propuesta por Calvo Caravaca y Carrascosa González, basada en el artículo 3 de la Convención de la Unesco de 1970, sería posible que la ilegalidad de la donación sea analizada a partir de la *lex originis*, es decir, de las normas materiales colombianas. Si así fuera, los tribunales españoles podrían decidir que el gobierno español debe devolver las piezas. Pero si partiéramos de la hipotética

¹ Recordemos el art. 7, párrafo 4, del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y la interpretación que de esa norma hace Siehr en cuanto a que es posible que la acción sea ejercida por un Estado no miembro de la Unión Europea (véase capítulo cuarto).

existencia de una norma como la propuesta por Symeonides, podría pensarse que la aplicación del derecho material colombiano, en tanto *lex originis*, habría de ser presumida. No obstante, en un caso tal, España podría plantear la necesidad de que se resuelvan las siguientes cuestiones: primero, si existe una relación más estrecha entre España y la situación jurídica tratada; y, segundo, si España ha actuado de buena fe. Dentro del marco de la norma propuesta por Symeonides, la devolución de las piezas no podría tener lugar únicamente si alguna de estas dos preguntas tiene una respuesta afirmativa.

Como se desprende de lo expuesto en las páginas precedentes, existe una tendencia internacional, que se inclina hacia la transformación de la regla *lex rei sitae* en aquellas situaciones jurídicas privadas internacionales en las cuales se encuentran en juego derechos sobre bienes culturales (véanse los capítulos décimo, undécimo y decimotercero). Esta tendencia, que ha encontrado cierta acogida en ordenamientos jurídicos nacionales, como el búlgaro y el belga, debería también ser considerada y, eventualmente, estudiada en la región latinoamericana, en la cual el interés por la protección del patrimonio cultural es particularmente importante. Más allá de contribuir al reconocimiento de las normas de los terceros países desde los cuales ingresen de forma ilegal al respectivo país latinoamericano bienes culturales extranjeros, la consideración en la región del establecimiento de la regla *lex originis* debería actuar como acicate para la promoción de un desarrollo normativo en el plano internacional.

Un desarrollo normativo tal debería servir, por una parte, para que se tomen en cuenta los legítimos intereses de los países de la región, en cuanto éstos son tradicional e históricamente países de origen de bienes culturales. Y, por otra parte, para que los gobiernos latinoamericanos afiancen sus compromisos y den pasos firmes hacia el cumplimiento de obligaciones establecidas ya en sus propios ordenamientos jurídicos. Como hemos visto (véase el capítulo decimosegundo), en las legislaciones de los países latinoamericanos dichos bienes no sólo son considerados propiedad del Estado y han sido declarados como inalienables, imprescriptibles e inembargables, sino que deben esforzarse por que los bienes culturales que han salido ilícitamente regresen a sus territorios.

Las dificultades que pueden tener lugar alrededor del reconocimiento en el extranjero de dichas normas como *lex originis*² hacen que su establecimiento en el plano internacional adquiera sentido. La inclusión en un tratado internacional de una regla de conflicto de leyes formulada en esa dirección, que considere lo discutido en las páginas precedentes, sería deseable, además, porque ofrecería mayor seguridad jurídica. La propuesta de

² Siehr, K. (2002), *Das IPR der Kulturgüter...*, cit., pp. 754 y 755.

la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1991, que hemos mencionado (véase el capítulo décimo), contiene una regla de conflicto de leyes redactada en términos claros y sencillos; pero aunque representa un importante avance, no se refiere a todo lo que sería necesario que se discutiera en torno a la existencia de una norma internacional sobre este tema. Esta resolución no se refiere, por ejemplo, a la cuestión sobre cómo ha de determinarse que el objeto es un objeto cultural y que se encuentra en el patrimonio cultural del país; dicho de otra forma, no se refiere a cómo se determina que entre el Estado y un objeto determinado existe un “vínculo cultural”;³ esto es, si debe respetarse la atribución que cada país hace en relación con determinados objetos como parte de su patrimonio cultural.⁴ Así, esta propuesta no estaría respondiendo, pues, a la pregunta sobre cuál es el Estado de acuerdo con cuyo ordenamiento jurídico habría de realizarse el proceso de calificación (véase el capítulo tercero).

En cualquier caso, más allá de los asuntos técnicos legales, se encuentra el hecho de que para alcanzar una solución a través de un tratado internacional se requiere de un acuerdo de voluntades. La voluntad de los Estados es esencial para que éstos se obliguen mediante un tratado internacional. Ciertamente, es difícil que una voluntad tal exista en el contexto actual en todos los Estados, especialmente en los Estados de destino, en los que se encuentran la mayoría de los museos, coleccionistas privados, galerías y marchantes de arte y antigüedades. Pero esa voluntad existe, o debería existir, en muchos Estados que, como los países latinoamericanos, son Estados de origen de bienes culturales. Es imaginable, entonces, que estos Estados promuevan discusiones encaminadas a la creación, en el plano internacional, de una normativa que se ocupe del tema que estamos tratando.

Una cuestión importante se refiere, por supuesto, a cuáles serían los foros internacionales en los que pueden tener lugar tales discusiones. En primer lugar, habría de pensarse en la Organización de Estados Americanos, donde se han realizado esfuerzos para la armonización, codificación y desarrollo de soluciones a importantes temas en el marco del derecho internacional privado. La repatriación o restitución internacional de bienes culturales debería ser uno de esos temas, especialmente si consideramos que en el seno de esta organización se adoptó ya en 1976 la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador), que tiene un enfoque desde derecho internacional público. Las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacio-

³ Jayme, E. (1997), *Protection of Cultural Property and Conflict of Laws...*, cit., pp. 376-378.

⁴ Siehr, K. (2006), *The Beautiful One Has Come...*, cit., pp. 128 y 129.

nal Privado han producido más de veinte instrumentos internacionales desde que se abandonó en la región la idea de lograr una codificación general y comprensiva (como lo había sido el Código Bustamante)⁵ y se comenzaron a elaborar convenciones especiales sobre materias específicas a partir de la primera Conferencia realizada en Panamá en 1975.

No obstante, es de tener en cuenta, por una parte, el alcance territorial limitado de los instrumentos adoptados en un ámbito regional y, por otra parte, la diversidad que existe en las legislaciones nacionales de los Estados de la región en materia de derecho internacional privado.⁶ Frente a ello, es conveniente pensar en impulsar el debate también en foros de alcance universal. En cualquier caso, el tratamiento del tema en el marco de la Organización de Estados Americanos se presenta como insoslayable, dado que ofrece la ventaja esencial de permitir cohesionar voluntades en dos sentidos. Por un lado, para reforzar medidas que desde el derecho internacional privado pueden aunar esfuerzos para hacer frente al problema entre los países de la región, en relación con lo cual es importante recordar que Estados Unidos, donde se encuentra el mercado más importante de bienes culturales, es miembro de la Organización, al igual que lo es Canadá. Por otro lado, tratar el tema de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales dentro de la Organización de Estados Americanos fortalecería una posición conjunta de la región en otros foros internacionales, a la vez que la eventual adopción en este ámbito de un instrumento internacional sobre el tema podría influir en negociaciones en la misma dirección en foros internacionales de alcance universal.

En este último sentido, podemos pensar en dos organizaciones internacionales que serían especialmente idóneas para servir como escenarios en el desarrollo de esa labor: el Unidroit y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El primero tiene por objeto trabajar por la armonización, coordinación y uniformidad internacionales de las normas de derecho internacional privado,⁷ mientras que la segunda orienta su trabajo hacia la unificación progresiva de esas normas.⁸

⁵ Samtleben, J. (1983), *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. 1, *Parte general*, Buenos Aires, Depalma, p. 45.

⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁷ Estatuto del Unidroit (con enmienda de 1993), art. 1: “El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado tiene por objeto estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados, de una legislación de derecho privado uniforme”.

⁸ Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (con última enmienda del 2007), art. 2: “La Conferencia de La Haya tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”.

El Unidroit, que es una organización intergubernamental establecida en 1940, tiene un amplio recorrido en esta materia. Allí se adoptó el Convenio de Unidroit de 1995, cuyos trabajos en el tema que nos ocupa han sido tratados anteriormente (véanse los capítulos segundo y cuarto). El Unidroit se ha dedicado además al desarrollo de algunos instrumentos de *soft law*, como las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco sobre propiedad estatal de objetos culturales no descubiertos que sean importantes “para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura el arte o la ciencia y que se encuentren en el suelo o bajo el agua”, adoptadas en 2011 (véase el capítulo decimosegundo),⁹ y recientemente ha incluido el tema de las colecciones privadas de arte en su plan de trabajo para los años 2017-2019.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por su parte, fue establecida como organización intergubernamental en 1955.¹⁰ A favor de la Conferencia de La Haya como foro internacional idóneo para discutir el tema que estamos tratando habla el hecho de que los instrumentos normativos que se han adoptado en su seno gozan de un alto grado de aceptación entre los diferentes Estados. Entre los tratados adoptados en el seno de Unidroit, no son largas las listas de Estados en los cuales se encuentran en vigor. Una excepción es el Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, y su Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico. Además, en la Conferencia de La Haya se han adoptado un mayor número de instrumentos internacionales de *hard law* (tratados internacionales), mientras que en el Unidroit prevalecen instrumentos de *soft law*, es decir, documentos distintos de tratados; por ejemplo, normas modelo o principios.

Ahora bien, paralelamente a la promoción para la adopción de una regla en el plano internacional, sería deseable que se discuta este asunto a nivel nacional en cada uno de los Estados. Sería necesaria una revisión de normas nacionales sobre protección de patrimonio cultural, considerando su eventual aplicación como *lex originis*, lo cual requiere que sean configuradas de una forma que sea posible su comprensión por tribunales extranjeros. Una revisión tal no debería producirse de forma aislada, sino en el contexto de una observación del derecho internacional privado en general,

⁹ Estas normas modelo toman en cuenta la Recomendación de la Unesco de 1956, que define los principios internacionales que deberían aplicarse a las excavaciones arqueológicas, la cual se refiere a la propiedad estatal sobre objetos arqueológicos (II. Principios generales, 5, e).

¹⁰ El Estatuto de la Conferencia de La Haya fue adoptado el 31 de octubre de 1951 y entró en vigor el 15 de julio de 1955. Actualmente, la Conferencia de La Haya cuenta con 83 Estados miembros, frente a los 63 Estados que hacen parte del Unidroit.

y de su papel en el contexto del movimiento internacional de los bienes culturales, evaluando su trascendencia en cuanto a las posibilidades para la repatriación o restitución internacional de ese tipo de bienes.

II. PLANTEAMIENTO CONSIDERANDO LOS BIENES CULTURALES ORIGINARIOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

1. *Punto de partida*

De las explicaciones expuestas cuando describimos el uso de la regla *lex rei sitae* (véase capítulo séptimo) se desprende que el territorialismo ha estado presente en el derecho internacional privado en América Latina desde que se crearon las primeras codificaciones en el siglo XIX. Desde ese entonces, el territorialismo se ha manifestado en dos dimensiones, que evidentemente tienen connotaciones políticas. La primera dimensión, que se afianzó en los países de la región para ser ejercida frente a la antigua potencia colonial y a los demás Estados,¹¹ ha implicado una resistencia al reconocimiento y aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales extranjeros (dimensión externa). Esto se ha logrado redactando las normas de conflictos de leyes de manera unilateral (véase el capítulo primero), como ha ocurrido en relación con las normas de conflicto de leyes que incluyen la regla *lex rei sitae* (véase el capítulo séptimo). La segunda dimensión, que hasta el momento ha sido menos estudiada desde la perspectiva del derecho internacional privado, se traduce en el no reconocimiento de los sistemas normativos de los grupos indígenas que viven en los territorios de los países latinoamericanos desde la época precolombina (dimensión interna). Las manifestaciones de ambas dimensiones del territorialismo, tanto la externa como la interna, aún pueden identificarse en los sistemas legales de latinoamericanos. El planteamiento que se expondrá a continuación tiene como objetivo principal analizar la dimensión interna del territorialismo, considerando la posibilidad de atender a algunas normas que se refieren a derechos humanos reconocidos a favor de los pueblos indígenas en los últimos decenios.

Para realizar dicho planteamiento, partiremos de la doctrina del derecho interpersonal.¹² Esta doctrina implica el hecho de que en un Estado

¹¹ Samtleben, J. (1971), *Territorialitätsgrundsatz im Internationalen Privatrecht...*, cit.

¹² Como se mostrará más adelante, en el marco del presente planteamiento, el derecho interpersonal se ve desde una perspectiva diferente a la adoptada en algunas legislaciones latinoamericanas, como el Código Civil peruano (art. 2056), la Ley de Derecho Internacional

existan diferentes sistemas legales para diferentes grupos religiosos o culturales. Contrariamente a la doctrina del derecho interestatal o interregional, en la doctrina del derecho interpersonal la selección del ordenamiento jurídico aplicable a una situación jurídica internacional no se realiza atendiendo a divisiones geográficas, sino sobre la base de motivos religiosos o étnicos. Teniendo esto en cuenta, considerar la doctrina del derecho interpersonal podría aportar algunos insumos para imaginar formas de enfrentar algunos de los efectos negativos de la dimensión interna del territorialismo que ha existido tradicionalmente en el derecho internacional privado de América Latina.

La pregunta sobre si la doctrina del derecho interpersonal, en el sentido referido, se encuentra incorporada en los sistemas jurídicos nacionales de América Latina podría ser respondida de dos maneras diferentes. La primera respuesta es que el derecho interpersonal no se encuentra incorporado en los ordenamientos jurídicos de América Latina, en la medida en que no existen normas de conflicto de leyes codificadas que se refieran expresamente a situaciones de derecho interpersonal relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas. La segunda respuesta es que el derecho interpersonal existe en los ordenamientos jurídicos de América Latina, porque a) los Estados latinoamericanos forman parte de instrumentos internacionales vinculantes sobre derechos humanos, como el Convenio 169 de la OIT, que contiene los derechos de los pueblos indígenas a la participación y control de sus derechos y del desarrollo económico, social y cultural propio; b) con base en la diversidad étnica y el pluralismo cultural, los Estados latinoamericanos reconocen derechos fundamentales de los pueblos indígenas en sus Constituciones y regulaciones legales; c) existen las llamadas jurisdicciones indígenas, y d) la aplicación de derecho indígena ha sido reconocida por algunos tribunales nacionales no sólo en materia penal, sino también en asuntos familiares y de propiedad.¹³

Se puede ver fácilmente que si bien la primera respuesta se basa en un enfoque conflictual, la segunda respuesta se basa en una perspectiva material, orientada a los resultados, que se dirige a satisfacer la necesidad de

Privado de Venezuela (art. 3) o el Código Civil y Comercial de Argentina (art. 2595, letra b), todos los cuales consideran una remisión a la ley de un Estado plurilegal extranjero en lugar de considerar la diversidad legal en sus propios sistemas jurídicos. Para realizar este planteamiento nos enfocamos en el hecho de que, debido a su diversidad cultural y jurídica, que está reconocida en sus propios órdenes constitucionales y legales, los Estados latinoamericanos son plurilegales en sí mismos.

¹³ Figuera Vargas, S. (2011), *La jurisdicción especial indígena y su reconocimiento en el sistema jurídico español*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, disponible en: https://gedos.usal.es/jspui/bitstream/10366/108961/1/DDAFP_Figuera_Vargas_SC_LaJurisdicciónEspecial.pdf.

ofrecer una justicia material basada en los derechos humanos. Ambas respuestas son correctas.

Comencemos diciendo que la segunda respuesta es correcta, porque en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se pueden encontrar normas materiales específicas sobre los derechos humanos que permiten que los sistemas normativos propios de los pueblos indígenas se apliquen a situaciones que tradicionalmente se rigen por el derecho privado.¹⁴

Pero llamar la atención, como lo hace la primera respuesta, a la ausencia de normas de conflicto de leyes codificadas que se dirijan a situaciones de derecho interpersonal que involucran a pueblos indígenas, nos exhorta a considerar, en primer lugar, que las normas de conflicto de leyes codificadas pueden contribuir a la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, que las mismas pueden servir al logro de los objetivos subyacentes en la segunda respuesta, centrados en (la justicia basada en) los derechos humanos.¹⁵ Estos derechos incluyen aquellos referidos al patrimonio cultural de los pueblos indígenas que han sido incorporados en instrumentos internacionales, y que respaldan la restitución de objetos que sean importantes para sus tradiciones y hayan sido extraídos de sus territorios sin autorización.¹⁶

En este sentido, existe un reconocimiento general en la doctrina, que se encuentra reflejado también en el Convenio del Unidroit de 1995, en torno al hecho de que, tratándose de bienes culturales que son usados por grupos culturales vivos con fines religiosos o culturales, ha de prevalecer el interés de dichos grupos en acceder a ese tipo de bienes. Este interés estaría por encima del interés de conservación, de manera que habría de ser aceptada incluso la pérdida originada por dicho uso.¹⁷

En este orden de ideas, el planteamiento que se realiza en este capítulo desembocará en una regla de conflicto de leyes que incluye algunas características de la doctrina del derecho interpersonal, y que puede servir para satisfacer adecuadamente derechos culturales reconocidos a favor de los pueblos indígenas, que se encuentran en instrumentos de derecho interna-

¹⁴ Estas normas podrían considerarse como normas materiales relevantes para conflictos de leyes. Véase Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes...*, cit.

¹⁵ Las reglas de elección de la ley pueden diseñarse para producir un resultado sustantivo particular, como ha señalado Symeonides. Véase Symeonides, S. (2001), "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law", en Borchers, P. y Zekoll, J., *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers.

¹⁶ Nafziger, J. y Dobkins, R. (1999), "The Native American Graves Protection and Repatriation Act in Its First Decade", *International Journal of Cultural Property*, 8(1), 77-107.

¹⁷ Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter...*, cit., p. 205.

cional público. Dicha norma podría convertirse en una norma de conflicto de leyes codificada aplicable a situaciones relacionadas con la restitución de bienes culturales valiosos para las culturas de esos pueblos, y también podría considerarse como un modelo en otros asuntos.

2. *Derecho internacional privado y diversidad cultural: el derecho interpersonal*

El derecho interpersonal presupone la existencia de Estados con sistemas plurilegales. Los sistemas plurilegales se pueden clasificar en dos grupos. En el primer grupo se encuentran los sistemas de base geográfica (o territorial). Los sistemas en este grupo pueden adoptar varias formas; por ejemplo, pueden ser multilocales, multiestatales o multirregionales, dependiendo de la división y organización política interna de cada Estado. El segundo grupo de sistemas plurilegales está conformado por aquellos que tienen una base personal.¹⁸ En este grupo, diferentes ordenamientos jurídicos son aplicables a diferentes grupos religiosos o étnicos, sin ser necesariamente relevantes los elementos geográficos (territoriales).

En ambos tipos de sistemas plurilegales puede haber situaciones que, en principio, podrían ser regidas por varios ordenamientos jurídicos, es decir, puede haber conflictos de leyes (véase el capítulo primero) en el ámbito interno de los Estados.¹⁹ Las reglas de derecho interpersonal tratan sobre la forma en que se ha de seleccionar el ordenamiento jurídico que se aplicará a una situación a la que varios ordenamientos jurídicos —incluidas normas étnicas o religiosas diferentes— podrían ser, en principio, aplicables. En términos generales, hay dos perspectivas a partir de las cuales las normas de derecho interpersonal, en el sentido en el que está siendo tratado, pueden ser concebidas e incorporadas en los sistemas jurídicos.

Primera perspectiva: diversidad en un orden jurídico extranjero

En muchos Estados, las reglas de derecho interpersonal se conciben como aquellas que responden a la pregunta sobre cómo aplicar el ordenamiento jurídico de un Estado extranjero que tiene un sistema plurilegal de

¹⁸ Rauscher, T. (2017), *Internationales Privatrecht*, 5a. ed. Heidelberg, C. F. Müller.

¹⁹ En el marco del planteamiento que aquí se presenta, se considerará el derecho interpersonal que contempla los conflictos de ley que ocurren en sistemas plurilegales por razones personales.

base personal,²⁰ cuando la aplicación de dicho ordenamiento jurídico es ordenada por una norma de conflicto de leyes nacional. En otras palabras, estos Estados consideran la remisión a un ordenamiento jurídico extranjero, es decir, perteneciente a otro Estado con un sistema plurilegal de base personal, en lugar de considerar la existencia de diversidad jurídica y la posibilidad del surgimiento de conflicto de leyes dentro de sus propios sistemas. En este sentido, encontramos entre las codificaciones de derecho internacional privado en América Latina el artículo 2056 del Código Civil peruano, por ejemplo, que establece lo siguiente: “Cuando en la ley extranjera aplicable coexistan varios sistemas legales, el conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en la ley extranjera correspondiente”. La misma regla está incluida en la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (artículo 3). El artículo 2595, letra b, del Código Civil y Comercial de Argentina es muy similar, aunque además incluye la conexión más cercana (o vínculo más estrecho) como factor de conexión:

...si hay varios sistemas legales vigentes con competencia territorial o personal, o si se siguen diferentes sistemas legales, la ley aplicable está determinada por las normas vigentes en el Estado al que pertenece ese derecho y, en ausencia de tales normas, por el sistema legal en disputa que presenta las conexiones más cercanas con la relación jurídica en cuestión.

Remisiones al ordenamiento jurídico de un Estado extranjero con un sistema plurilegal se encuentran en codificaciones de derecho internacional privado en diferentes partes del mundo, como el artículo 4, párrafo 3, de la Ley Introductoria al Código Civil alemán,²¹ o el artículo 12, párrafo 5, del Código Civil español.²² También se usan en instrumentos supranacionales o internacionales.²³

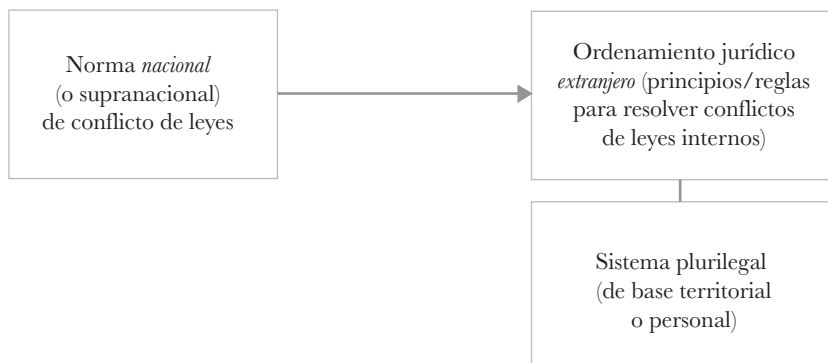
²⁰ Por lo general, la remisión a los ordenamientos jurídicos de Estados con sistemas plurilegales basados tanto en motivos geográficos (territoriales) como personales se tratan en la misma norma, como se hace en el art. 4, párrafo 3, de la Ley Introductoria al Código Civil alemán.

²¹ Ley Introductoria al Código Civil de Alemania, art. 4, párrafo 3: “Cuando se hace referencia a la ley de un Estado con varias jurisdicciones sin especificar la más autorizada, la ley de ese Estado determina la ley de qué jurisdicción parcial se aplicará. Si falta dicha regla, se debe aplicar la ley de la jurisdicción parcial con la que los hechos están más estrechamente relacionados” (traducción propia).

²² Código Civil de España, art. 12, párrafo 5: “Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado”.

²³ Ejemplos de esto último son el art. 37 del Reglamento de la UE 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a

Desde la perspectiva descrita anteriormente, el funcionamiento de las reglas de derecho interpersonal se puede exponer gráficamente de la siguiente manera:



A veces, las normas de derecho interpersonal solamente se relacionan con asuntos de matrimonio, familia o sucesiones,²⁴ como integrantes del llamado estatuto personal. El motivo de esto parece ser que en estos asuntos es más probable que se aplique un ordenamiento jurídico extranjero, mientras que, en otros asuntos, aquellos que no están incluidos en el estatuto personal, existen reglas según las cuales la aplicación de la ley extranjera no es tan fácil; por ejemplo, en asuntos de propiedad, a los que generalmente se aplica la regla *lex rei sitae* de forma territorial (unilateral), como hemos tenido oportunidad de ver (véase el capítulo séptimo). Sin embargo, si la norma de derecho interpersonal está escrita en términos generales (como ocurre, por ejemplo, en el Código Civil peruano), no parece haber razón para limitar su alcance de esa manera.

la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; el art. 34 de la Reglamento de la UE (UE) 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas; el art. 34 del Reglamento de la UE (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, o el art. 49 del Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

²⁴ Rauscher, T. (2017), *Internationales Privatrecht...*, cit.

Es de aclarar que algunos tratados internacionales sobre derecho internacional privado incluyen normas que se parecen a las normas mencionadas anteriormente, pero que en realidad son diferentes. Se trata de las denominadas “cláusulas federales”.²⁵ Éstas se encuentran en convenciones adoptadas en el marco de la OEA,²⁶ en las que se hace referencia a los Estados que tienen varias unidades territoriales, cada una con un sistema legal diferente sobre el tema tratado en la convención respectiva. En ellas se contempla, entonces, la existencia de Estados con un sistema plurilegal de base territorial. Estos Estados tienen la opción de declarar a cuáles de tales unidades territoriales se aplicará la Convención de que se trate. Este tipo de normas se encuentran, por ejemplo, en las convenciones de la OEA sobre arbitraje comercial internacional (artículo 11), sobre restitución internacional de menores (artículo 34) y sobre normas generales de derecho internacional privado (artículo 15). Igualmente, se pueden encontrar normas de este tipo en tratados universales (artículo 14, primer párrafo, del Convenio del Unidroit de 1995).

Segunda perspectiva: diversidad en el orden jurídico propio

Desde esta perspectiva, el derecho interpersonal se refiere a órdenes internos jurídicamente plurales, es decir, a la existencia de sistemas plurilegales de base personal que se fundamentan en la diversidad religiosa o étnica dentro del propio Estado. En este sentido, se alude a “...conflictos [que] pueden surgir de la coexistencia de varios grupos o tribus raciales, entre adherentes de comunidades religiosas particulares, entre miembros de grupos escindidos dentro de la misma fe o entre clases”.²⁷

La doctrina del derecho interpersonal desde esta perspectiva fue ampliamente desarrollada en las antiguas *Dutch Indies*, actual Indonesia. Allí se creó un sistema de derecho privado pluralista, no uniforme. Este sistema era aplicable para los principales grupos de población identificados por el Estado: europeos, extranjeros orientales y nativos indonesios,²⁸ y

²⁵ Mackelt, T., Hernández-Bretón, E. y Madrid, C. (2015), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y concordancias*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 19 y 20.

²⁶ Mackelt, T. (2005), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, p. 207.

²⁷ Boparai, H. (1985), “Reviewed Work(s)”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III (*Private International Law*), Chapter 10, “Interpersonal Conflict of Laws by Kurt Lipstein and Istvan Szaszy”, *American Journal of Comparative Law*, 36(4), 783-87, pp. 783-785.

²⁸ Gouw Giok Siong (1965), “Interpersonal Law in Indonesia”, *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 29, p. 549.

sus reglas tenían como objetivo determinar qué ordenamiento jurídico debía aplicarse a las situaciones jurídicas en las que sujetos de diferentes grupos realizaran transacciones privadas entre sí. Tales situaciones podían referirse a cualquier asunto legal; por ejemplo, contratos, matrimonio, asuntos agrarios o responsabilidad extracontractual.²⁹ Rasgos del modelo desarrollado en Indonesia se transmitieron a algunos países de África, donde ya existía una administración de justicia autóctona, aplicable en los territorios de autogobierno, para resolver situaciones de conflicto de leyes.³⁰ La doctrina del derecho interpersonal se ha desarrollado también en otras regiones.

En los diferentes Estados con sistemas plurilegales de base personal se han desarrollado soluciones desde el punto de vista jurisdiccional (dirigidas a resolver conflictos de jurisdicción) y soluciones desde el punto de vista del derecho aplicable (dirigidas a resolver conflictos de leyes). Dependiendo del reconocimiento y regulación en cada Estado, estas soluciones pueden tener lugar, o bien en normas de conflicto de leyes adoptadas por el propio Estado, o bien mediante el reconocimiento de las normas que integran el sistema normativo propio del grupo.³¹

En este sentido, han sido identificadas las siguientes modalidades:³²

- 1) Sistemas que operan dentro de su propia esfera, de forma separada del Estado y de otros sistemas jurídicos (esto ha ocurrido con sistemas normativos religiosos, como en el caso del derecho canónico y otras Iglesias cristianas).
- 2) Sistemas que son aplicados por los tribunales estatales (esto ha ocurrido en países como Egipto, Túnez, Algeria, Marruecos, Sudán, Grecia, Indonesia, India, Paquistán, Bangladesh y Malasia), y
- 3) Sistemas que son administrados por los tribunales del propio grupo, que ejercen jurisdicción basada en delegación realizada por el Estado (esto ha ocurrido en Siria, Iraq, Jordania, Libia, Líbano e Israel).

²⁹ *Idem.*

³⁰ Schiller, A. (1962), "Conflict of Laws in East Africa", en edited by R. Kollewijn, R. y Offerhaus, J. (eds.), *De Conflictum Legum*, Leiden, A. W. Sijthoff, p. 430; Rauscher, T. (2017), *Internationales Privatrecht...*, cit.

³¹ Lipstein, K. y Szász, I. (2011), "Interpersonal Conflict of Laws", en Lipstein, K. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 3, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 1-35.

³² Esta clasificación ha sido realizada por Lipstein y Szász (2011), quienes ofrecen una exposición detallada sobre la conformación de los diferentes sistemas de derecho personal que se indican en cada una de las modalidades indicadas.

Si bien los sistemas plurilegales de base personal pueden estar atados de alguna forma a un espacio territorial,³³ el elemento territorial no es esencial a ellos. De allí deriva que sea la membresía, es decir, la pertenencia al grupo, el aspecto que se utiliza como elemento atributivo de competencia (en las normas de conflicto de jurisdicción) o como factor de conexión (en las normas de conflicto de leyes) (véase el capítulo primero). En este sentido, cuando la jurisdicción es ejercida por el propio grupo (modalidad 3), la pertenencia al grupo sirve como base para el ejercicio de la jurisdicción, a la vez que determina el ordenamiento jurídico aplicable. Sin embargo, en el caso de que la solución adoptada en el ordenamiento jurídico respectivo consista en otorgar jurisdicción y competencia a los tribunales estatales (modalidad 2), la pertenencia al grupo determina únicamente cómo se resolverá el conflicto de leyes, es decir, determina sólo el ordenamiento jurídico aplicable.³⁴

III. SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA

En América Latina existió después de la independencia un periodo en el que se aplicaban diversas normas nacionales y normas de origen español. En el siglo XIX, a raíz de la independencia, la solución que se encontró a esa especie de caos legal consistió en crear codificaciones uniformes en cada una de las nuevas repúblicas.³⁵ En términos generales, estas soluciones se basaron en el Código Civil francés, en el que se inspiró el Código Civil escrito por Andrés Bello por encargo del gobierno chileno, y que fue adoptado en 1855 (véase el capítulo séptimo). En el desarrollo de este proceso, algunos Estados se convirtieron en sistemas federales, de modo que algunos países tienen un sistema plurilegal de base territorial o geográfica. No obstante, desde el punto de vista personal (religioso o étnico), las codificaciones en materia de derecho privado (tanto civil como comercial) se establecieron de manera uniforme. En este mismo sentido, en el marco de esas codificaciones, las reglas de derecho internacional privado se incluyeron también uniformemente.

Sin embargo, especialmente durante las últimas tres décadas, la diversidad cultural y jurídica de América Latina ha sido reconocida en sus órde-

³³ Véase, por ejemplo, Constitución Política de Colombia, art. 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales *dentro de su ámbito territorial*, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República...” (resaltado fuera del texto).

³⁴ Lipstein, K. y Szászy, I. (2011), *Interpersonal Conflict of Laws...*, cit., p. 25.

³⁵ Lira Urquieta, P. (1981), *Código Civil de la República de Chile*, Introducción..., cit.

nes constitucionales y legales. Este reconocimiento se ha relacionado con los debates sobre cuestiones indígenas en el ámbito internacional y la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en los instrumentos de derecho internacional público, destacando el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas de 2007 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Antes de que este desarrollo comenzara a consolidarse, la diversidad de sistemas normativos —indígenas y no indígenas— no daba lugar a la existencia de verdaderos conflictos de leyes dentro de los sistemas nacionales de América Latina, puesto que las complejidades derivadas de la existencia de los sistemas normativos indígenas no eran plenamente reconocidas por los Estados, con lo cual no podían operar efectivamente. La jurisdicción de las autoridades indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos indígenas no era reconocida por el Estado; tampoco los tribunales estatales aplicaban dichas normas.³⁶

De ello derivó que la diversidad jurídica de nuestros países no haya sido estudiada desde el punto de vista de la doctrina del derecho interpersonal, y que el derecho internacional privado, en cuanto disciplina científica, haya soslayado este asunto. Puede decirse, entonces, que la relevancia del derecho interpersonal en América Latina vendría de la mano del desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en el plano internacional, así como de los cambios constitucionales ocurridos en los países de la región durante las últimas décadas.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho internacional privado, no parece posible asegurar que las normas legales que reconocen y desarrollan los derechos de los pueblos indígenas puedan ser consideradas normas de conflicto de leyes propiamente, aseveración ésta cuya comprobación requeriría de un análisis exhaustivo de cada uno de tales instrumentos normativos. Lo que puede decirse con certeza, por ahora, es que en los órdenes jurídicos latinoamericanos se ha usado el método de atribución de jurisdicción a las autoridades de los propios grupos.³⁷

En este sentido, se pueden mencionar algunos ejemplos. Así, se puede hacer referencia a la decisión del Segundo Juzgado de Primera Instancia en Asuntos Civiles, Comerciales y Agrarios del estado Anzoátegui, en Venezuela, del 22 de abril de 2008, relativa a los derechos de mejoras sobre un lote de terreno. Tanto el demandante como el demandado eran

³⁶ Para Lipstein y Szászy, si se presentan esos tres escenarios, no hay propiamente conflicto de leyes, desde el punto de vista del derecho interpersonal. Lipstein, K. y Szászy, I. (2011), *Interpersonal Conflict of Laws...*, cit., p. 4.

³⁷ Véase, por ejemplo, la Constitución Política de Colombia, art. 246.

miembros de una comunidad indígena. El tribunal declinó la jurisdicción para conocer del caso, por considerar que éste debía ser decidido por las autoridades indígenas, de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales.³⁸ Otros ejemplos que pueden mencionarse se encuentran relacionados con el divorcio y la adopción. En uno de estos casos, una autoridad indígena en Colombia aprobó el divorcio entre dos miembros de la comunidad y decidió, según la ley indígena (Wayuu), que la familia de la esposa estaba obligada a compensar a la familia del esposo con una determinada suma de dinero y un collar.³⁹

En otro caso, la autoridad de una comunidad indígena Nasa-Páez, en el departamento colombiano del Cauca, permitió que un niño abandonado fuera adoptado por una pareja, basándose en el amor que le habían otorgado. Asimismo, se puede hacer referencia a una decisión en materia de sucesiones de la comunidad Nasa, en el departamento del Tolima, Colombia.⁴⁰ Después de la muerte del padre, se realizó la partición de un terreno entre los hijos supervivientes. Una hija se había ido de la comunidad hacía veinticinco años y no había atendido a sus padres durante la vejez. Según las leyes tradicionales del pueblo Nasa, los hijos que abandonan a la familia por más de diez años pierden los derechos hereditarios. Sólo se reconocen tales derechos a quienes, habiéndose ido por razones justificadas, continúan “...cumpliendo con sus obligaciones comunitarias como indígenas y ayuden a sus familias en las necesidades de la vida... cuando mueren los padres, los hijos se ponen de acuerdo y buscan a la autoridad indígena... para que realice la partición de los bienes”.⁴¹

En este caso, la hija que había abandonado la comunidad demandó a sus hermanos ante los tribunales ordinarios, frente a lo cual los hermanos recurrieron a la jurisdicción especial indígena. La autoridad indígena de-

³⁸ Véanse arts. 119 a 126 de la Constitución venezolana y arts. 27, 130, 131, 132 y 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

Véase también Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Transito. Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui – Venezuela. Juez Provisorio: Jesús Gutiérrez Díaz. Interdicto Restitutorio. 22 de abril de 2008. Véase Figuera Vargas, S. (2011), *La jurisdicción especial indígena...*, cit., pp. 178-180.

³⁹ Oficina de Asuntos Indígenas de Uribe. Decisión Indígena de Divorcio. Guajira. 29 de agosto de 1989. Véase Figuera Vargas, S. (2011), *La jurisdicción especial indígena...*, cit., anexo.

⁴⁰ Jurisdicción Especial Indígena Nasa de la Comunidad de Barbacoas. Cabildo Indígena Nasa de Barbacoas. Rioblanco. Tolima. Resolución 001 de 2002. Véase Consejo Superior de la Judicatura (2006), *Compilación y selección de fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena, 1980-2006*, Bogotá, Centro de Documentación Judicial, pp. 130-132.

⁴¹ *Idem*.

ció asumir la competencia para realizar el reparto de los bienes según el derecho de la comunidad.⁴²

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede haber duda de que los sistemas jurídicos de los Estados latinoamericanos son sistemas plurilegales de base personal. Sin embargo, deben ser hechas algunas observaciones. Por una parte, desde el punto de vista del derecho internacional privado, en América Latina se mantienen características de uniformidad de las codificaciones adoptadas en el siglo XIX. Si bien algunas codificaciones sobre derecho internacional privado toman en cuenta, como se ha visto, el derecho interpersonal que pueda existir en órdenes jurídicos extranjeros, el derecho internacional privado no considera la doctrina del derecho interpersonal en relación con los propios órdenes jurídicos nacionales, en tanto órdenes internos jurídicamente plurales. Por otra parte, el tratar de dar a los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas un carácter autónomo y absoluto, parece haberse producido el efecto de “dividir en lugar de unir”.⁴³ Frente a ello, sería aconsejable en términos de efectividad, y también en aras de claridad y seguridad jurídica, que se promueva una integración mediante legislación estatal.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, en el marco del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en los planos nacional e internacional, no ha sido fin de los Estados latinoamericanos modificar o suplementar los sistemas jurídicos indígenas. Esto se relaciona con el hecho de que en los países latinoamericanos, al igual que en otros países con población indígena, se ha rechazado la posibilidad de codificación de los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas con base en argumentos de diversa índole, pero especialmente debido al riesgo de petrificación. Colombia es tal vez el país en América Latina donde más se ha intentado tratar de una manera sistemática la diversidad jurídica reconocida en las normas constitucionales y legales. Ello ha tenido lugar mediante jurisprudencia y a través de la doctrina, pero no desde el punto de vista del derecho privado, sino más bien atendiendo principalmente a su relevancia desde el punto de

⁴² Cabildo del Resguardo Indígena de Vitonco. Resolución 002. Cauca. 17 de septiembre de 1999. Véase Figuera Vargas, S. (2011), *La jurisdicción especial indígena... op. cit.*, p. 165.

⁴³ Según Lipstein y Szász, “[si] bien es cierto que las reglas de conflictos interpersonales promulgadas o controladas por el estado equilibran y estabilizan los enfrentamientos entre las leyes de las diversas comunidades, el carácter autónomo o absoluto de los sistemas jurídicos personales divide a las unidades a pesar de cualquier intervención de la autoridad central; y los desarrollos recientes han demostrado que la integración es promovida mejor por la legislación central...”. Lipstein, K. y Szász, I. (2011), *Interpersonal Conflict of Laws...*, cit., p. 26.

vista del derecho penal.⁴⁴ No obstante, no se ha realizado una sistematización clara en cuanto a los sistemas normativos indígenas ni de la relación de éstos entre sí ni de su relación con el sistema jurídico del Estado. Esa situación ha conducido a que se ponga en duda la existencia de un verdadero pluralismo jurídico en Colombia.⁴⁵

Desde el punto de vista jurídico (más que político, antropológico o de otra índole), la diversidad cultural, y con ella la diversidad jurídica, ha sido observada sólo dentro del marco del derecho público, en particular dentro de la esfera del derecho internacional público (derechos humanos) o la esfera del derecho constitucional. Si bien es importante observar la diversidad cultural desde el derecho internacional público y el derecho constitucional, pues allí es donde tiene lugar el reconocimiento y se trazan los límites de los derechos de los pueblos indígenas, no parece suficiente ver la diversidad cultural, y con ella la diversidad jurídica, *únicamente* dentro de esas esferas jurídicas. Cada una de dichas esferas jurídicas tiene sus propias herramientas teóricas y normativas, que son distintas de las que han sido construidas en el marco de lo que en el desarrollo de la historia del derecho se ha identificado como derecho privado. La esfera del derecho privado dispone, por su parte, de herramientas teóricas y normativas que le son propias, y que están llamadas a respetar, pero también a materializar los derechos humanos y fundamentales en transacciones entre sujetos privados, siendo éstos individuos o colectividades. En este contexto, ha de observarse que ha sido en la esfera del derecho privado donde se ha desarrollado la doctrina del derecho interpersonal en los sistemas jurídicos de los diferentes países que han sido mencionados. El observar, pues la diversidad cultural y jurídica dentro de la esfera del derecho privado, en particular desde la perspectiva que brinda el derecho internacional privado, puede permitir tener en cuenta las experiencias en esos países, en las direcciones mencionadas, y abrir, así, los horizontes de análisis.

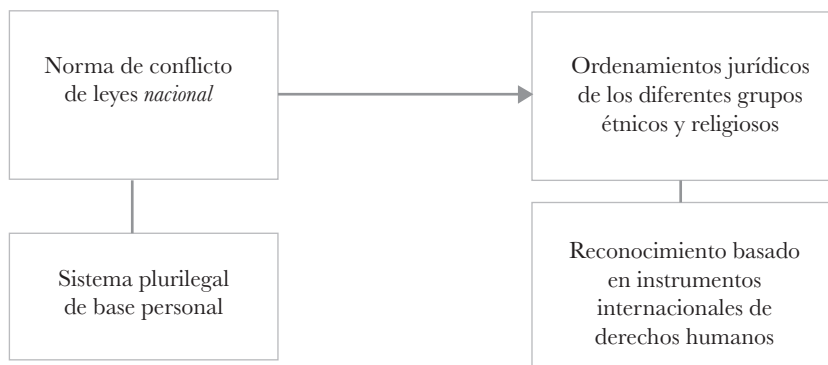
Como se ha dicho, desde el punto de vista del derecho internacional privado, no parece posible asegurar que las normas constitucionales y legales que reconocen y desarrollan los derechos de los pueblos indígenas puedan ser consideradas normas de conflicto de leyes propiamente. En este contexto, el reconocimiento de la existencia de sistemas plurilegales de base

⁴⁴ Benítez Naranjo, H. D. (2002), “La Corte Constitucional ¿juez penal? El caso de la Jurisdicción Especial Indígena”, *Opinión Jurídica*, 1(2), 51-58.

⁴⁵ Figueroa Vargas, S. y Ariza Lascarro, A. (2015), “Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista de Estudios Sociales*, 53, pp. 65-76.

personal en América Latina podría tener lugar mediante la codificación de normas de conflicto de leyes en relación con ciertos temas.

La forma como podría funcionar el reconocimiento mediante una regulación de los conflictos de leyes se puede representar gráficamente de la siguiente manera:



Vale acotar que las dos formas antes mencionadas de concebir el derecho interpersonal —es decir, como referido a la remisión a un ordenamiento jurídico extranjero y como aplicado a situaciones jurídicas internas— pueden incluirse en el sistema de derecho internacional privado de un mismo Estado con un sistema plurilegal. Este es el caso en España, que es un Estado con un sistema plurilegal de base territorial bastante complejo.⁴⁶ El Código Civil español contiene no sólo la regla del artículo 12, párrafo 5, mencionado anteriormente, para regir las remisiones al ordenamiento jurídico de un Estado plurilegal extranjero, sino también la regla del artículo 16, que se dirige a resolver conflictos de leyes internos, surgidos por la naturaleza plurilegal de su propio sistema.⁴⁷

⁴⁶ Borrás Rodríguez, A. (1994), “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 249, La Haya, Martines Nijhoff Publishers; Domínguez Lozano, P. (1997), “Internal Conflicts and «Inter-regional Law» in the Spanish Legal System”, *Spanish Yearbook of International Law*, 5, 43-72.

⁴⁷ Código Civil de España, art. 16: “1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1a. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2a. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del art. 12 sobre calificación, remisión y orden público.

IV. TERRITORIALISMO Y BIENES CULTURALES INDÍGENAS

Una concepción rígida de la regla *lex rei sitae* —que, como hemos visto ordena la aplicación de la ley del lugar de la ubicación (véase el capítulo séptimo)— puede socavar los reclamos de los pueblos indígenas para la restitución de objetos culturales que son valiosos para sus culturas. Ello puede ocurrir, por ejemplo, debido a la protección de la adquisición de buena fe por parte de terceros (véase el capítulo cuarto), o debido a la prescripción de las acciones que pudieran ser ejercidas en los Estados donde dichos objetos se encuentran actualmente situados (véase el capítulo sexto). En este sentido, se podría pensar que la regla *lex rei sitae* es problemática cuando se encuentra en los ordenamientos jurídicos de los Estados de destino de los objetos culturales cuyos tribunales tienen competencia para decidir sobre tales reclamaciones, y no en los Estados de origen, como es el caso de la mayoría de los países latinoamericanos en relación con objetos culturales arqueológicos o etnográficos, valiosos para los pueblos indígenas. Por otra parte, se podría decir que los problemas relacionados con la regla *lex rei sitae* no inciden sólo en las reclamaciones de los pueblos indígenas, sino que surgen también en relación con las reclamaciones de los propios Estados de origen o de sujetos privados. Es común que, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos de los países de origen, el Estado tenga derechos de propiedad sobre algunos objetos culturales (por ejemplo, objetos arqueológicos), así como que los sujetos privados tengan derechos de propiedad (protegidos por el derecho privado común), aunque estos pueden estar limitados legalmente (véase el capítulo decimosegundo).

2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del art. 9 y, en su defecto, por el Código Civil.

En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación”.

Ambas consideraciones son correctas. Sin embargo, lo que aborda críticamente el planteamiento que se presenta aquí va más allá de la concepción exclusiva de la regla *lex rei sitae* en relación con la restitución de objetos culturales únicamente desde una perspectiva internacional. Este planteamiento encara el territorialismo, en su dimensión interna, que subyace tras la rígida forma en la que se encuentra formulada la regla *lex rei sitae* dentro de los sistemas de derecho internacional privado de los países latinoamericanos, y los efectos que esto puede tener con respecto a algunos derechos culturales de los pueblos indígenas.

V. PROPUESTA NORMATIVA

La protección legal de los objetos culturales de los pueblos indígenas frente a su exportación ilegal puede producirse, y de hecho se ha producido, mediante normas materiales (véase el capítulo primero). Un ejemplo de ello se encuentra en el Decreto Supremo 22546 de Bolivia, del 23 de julio de 1990, en el que se autoriza a las autoridades de la comunidad Coroma, provincia Quijarro, departamento de Potosí, para que realicen gestiones “dentro o fuera del país, para la recuperación total de los textiles ceremoniales de los *ayllus* de Coroma... inclusive en nombre y representación del Estado Boliviano, si fuere necesario” (artículo 1), y se establece que “los textiles de los *ayllus* de Coroma que sean recuperadas no ingresarán al Museo Nacional de Etnografía y Folklore, sino que retornarán al cantón Coroma y sus *ayllus*, responsables de su cuidado y conservación” (véase el capítulo decimosegundo). El Decreto justifica esa disposición por “la función preponderante que desempeñan en la organización social, política y religiosa de la citada comunidad” (artículo 2).

La siguiente propuesta se distingue de una regulación como la que acaba de señalarse, porque, además de ser realizada desde la perspectiva conflictual del derecho internacional privado, la que se propone es una regla que tiene carácter general. Aunque la regla que se propone no tiene como objetivo ofrecer una solución a todos los conflictos de jurisdicción o de leyes que surjan de situaciones de derecho interpersonal relacionadas con los pueblos indígenas que viven en un Estado en particular, sino sólo casos referidos a bienes culturales restituidos del extranjero. En este sentido, no se pretende formular una nueva versión del derecho interpersonal para los países latinoamericanos. No obstante, esta propuesta podría contribuir a la concepción de una futura norma de conflicto de leyes que po-

dría considerarse “elíptica”, al abarcar solamente algunas situaciones con elementos de derecho interpersonal que pudieran tener lugar.⁴⁸ El objetivo de la presente propuesta es ofrecer una posible manera de enfrentar situaciones referidas a la restitución de bienes culturales originarios de pueblos indígenas, desde la perspectiva del conflicto de leyes. En la propuesta se pueden encontrar, asimismo, elementos de la doctrina del derecho interpersonal.

Es posible plantear, como punto de partida, una situación que permita encontrar un patrón hipotético.⁴⁹ Podría pensarse en un pueblo indígena que perdió una colección de objetos culturales; por ejemplo, esculturas de madera⁵⁰ o textiles⁵¹ con un valor religioso para el pueblo. Más allá de las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos a las que se ha hecho referencia, en estos casos, y en aquellos referidos a restos humanos pertenecientes a grupos culturales indígenas, se trata, como señala Siehr, de bienes culturales que, independientemente de su valor artístico o histórico, son parte de un contexto cultural, a cuya conservación todos estamos llamados o, por lo menos, todos debemos respetar.⁵²

Supóngase que tales objetos fueron tomados por individuos locales y transferidos a terceros (por ejemplo, vendedores de antigüedades) en el ex-

⁴⁸ Una regla de conflicto “elíptica” no pretende cubrir todos los casos posibles. Symeonides, S. (2016), *Choice of Law...*, cit., p. 228.

⁴⁹ Symeonides, S. (2005), *A Conflict-of-law Rule...*, cit., p. 1183.

⁵⁰ Un caso muy conocido referido a esta clase de bienes es el caso Afo-A-Kom. En este caso, se trata de una figura de un tótem que apareció en Estados Unidos en los años setenta. La figura, que era originaria de Camerún, específicamente del reino Kom, para el cual representaba un importante símbolo, había sido adquirida por un comerciante de arte de Nueva York, quien la ofrecía a la venta. Finalmente, la figura fue devuelta voluntariamente a Camerún. Sin embargo, si la figura hubiera sido reclamada judicialmente por Camerún, como considera Siehr, el caso posiblemente hubiera sido resuelto de manera comparable al caso de las estatuillas nigerianas, resuelto por el Tribunal Federal de Alemania, en 1972 (véase el capítulo noveno). Véase Siehr, K. (1994), *Öffentliches Recht und internationales Privatrecht...*, cit., p. 98; Merryman, J. H. (1989), *The Public Interest...*, cit.; Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen...*, cit.; Kurpiers, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht...*, cit., p. 209.

Otros casos relacionados con bienes culturales de origen indígena que han sido ampliamente comentados son el caso de Lakota Ghost Dance Shirt (véase Carruthers, J. (2005), *The Transfer of Property in the Conflict of Laws...*, cit., p. 125), devuelta por el Comité de Arte y Cultura del Ayuntamiento de Glasgow en 1998.

⁵¹ Por ejemplo, el caso de los tejidos de la comunidad Coroma en Bolivia (véase el capítulo decimosegundo). Más bibliografía sobre este caso disponible en: <https://traffickingculture.org/encyclopedia/case-studies/coroma-textiles/>.

⁵² Siehr, K. (1994), *Öffentliches Recht und internationales Privatrecht...*, cit., p. 99. Véase también Kurpiers, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht...*, cit., p. 209.

tranjero. En el caso extremo, podría ocurrir incluso que los objetos se transfieren en un país cuyo sistema legal permite que, aun cuando se exija la buena fe, los bienes muebles puedan ser adquiridos sin tener en cuenta la procedencia legal de los objetos (véase el capítulo cuarto).

Ahora, la propuesta se refiere, en concreto, a situaciones en las que los bienes culturales originarios de un pueblo indígena, que han sido trasladados fuera del territorio del país que dicho pueblo habita, son restituidos desde el extranjero. De manera que la cuestión principal consistiría en determinar qué ordenamiento jurídico debe aplicarse para decidir sobre el destino final de los objetos.

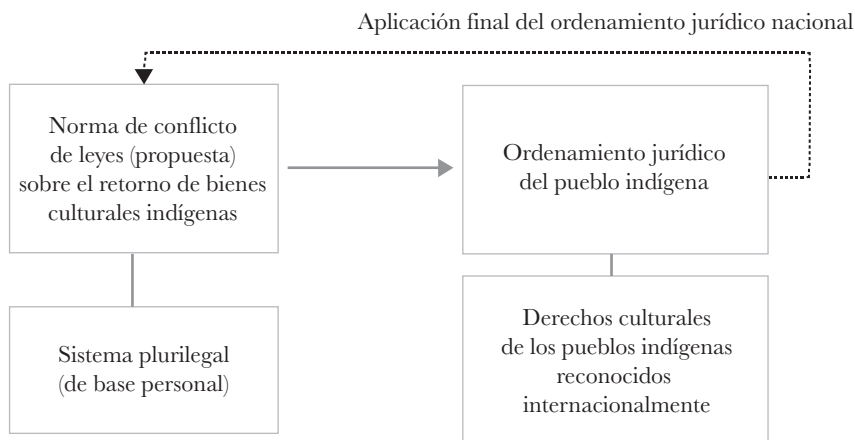
En este sentido, en la legislación nacional del Estado de origen se podría incluir una norma de conflicto de leyes como la siguiente:

Si un objeto de valor cultural para un pueblo indígena es (o puede ser) devuelto al territorio nacional, el destino final de dicho objeto se rige por el ordenamiento jurídico de ese pueblo indígena, a menos que el pueblo indígena decida que debe regirse por el ordenamiento jurídico nacional del Estado del cual hace parte.

En la última oración se puede observar el carácter residual de la norma propuesta. Esta norma se basa en el derecho al autogobierno, tal como ha sido reconocido a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Incluso, más que una simple consulta, la decisión del pueblo indígena puede verse como una expresión del principio de autodeterminación.

Desde el punto de vista del derecho internacional privado, en su perspectiva conflictual, el ordenamiento jurídico del pueblo indígena puede ser visto como el ordenamiento con la relación más estrecha. Esta solución ya ha sido considerada en materia de bienes culturales (véase el capítulo octavo). La Resolución de Basilea de 1991 (véase el capítulo décimo), por ejemplo, adoptó tal aproximación en relación con las ventas internacionales de obras de arte, para las que se recomendó la aplicación de la ley del país de origen: “Se aplicarán las disposiciones de la ley del país de origen que rigen la exportación de obras de arte” (artículo 3), entendiendo que “«país de origen» de una obra de arte significa el país con el cual la propiedad en cuestión está más estrechamente vinculada desde el punto de vista cultural” (artículo 1, lit. b).

El funcionamiento de la aplicación de la norma propuesta puede ser representado gráficamente de la siguiente manera:



En la aplicación de la norma propuesta pueden identificarse dos momentos. El primer momento es aquel en el cual la situación es resuelta directamente mediante el ordenamiento jurídico propio del pueblo indígena (derecho sustantivo). En un segundo momento, la situación se resuelve según el ordenamiento jurídico nacional (derecho sustantivo), debido a una remisión hecha por la decisión del pueblo indígena, en consideración de su ordenamiento jurídico propio.

Una norma de conflicto de leyes como la propuesta, en la cual se incluye un enfoque desde la doctrina del derecho interpersonal, brindaría mayor claridad y certeza no sólo a las autoridades nacionales, sino también a las extranjeras, cuyos sistemas de derecho internacional privado contengan una norma como la de la Ley Introductoria al Código Civil alemán o la del Código Civil y Comercial argentino, a las que se ha hecho referencia anteriormente. En este sentido, en la medida en que el artículo 4, párrafo 3, de la Ley Introductoria al Código Civil alemán, que mencionamos arriba, por ejemplo, contiene una remisión al ordenamiento jurídico extranjero en su conjunto (*Gesamtverweisung*),⁵³ es posible plantearse si dicha remisión pudiera incluir normas no codificadas (por ejemplo, las que hacen parte de un ordenamiento jurídico indígena) como parte del ordenamiento jurídico nacional extranjero. En cualquier caso, la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero de un Estado con un sistema jurídico plurilegal de base personal sería más acorde con las normas internacionales de derechos humanos si este ordenamiento incluye una norma de conflicto de leyes codificada como la que se propone.

⁵³ Rauscher, T. (2017), *Internationales Privatrecht...*, cit., p. 99.

Una norma que ofrece una solución que puede, en el fondo, producir en la práctica un resultado similar, aunque únicamente en cuanto respecta a los restos humanos indígenas que se encuentran en museos, se encuentra en la Ley 25517 de Argentina, adoptada en 2001, en la cual se regula lo concerniente a ese tipo de bienes. El artículo 1 de esa Ley establece: “Los restos mortales de aborígenes, cualquiera fuera su característica étnica, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas, deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que lo reclamen”.⁵⁴

Ahora bien, una pregunta importante es la que se refiere a cómo llegarían las autoridades de un país cuyo sistema legal contiene una regla de conflicto de leyes (por ejemplo, el artículo 2595, letra b, del Código Civil y Comercial de Argentina) a aplicar el ordenamiento jurídico del país de origen del objeto de valor cultural para un pueblo indígena, en lugar de la regla *lex rei sitae*, en el caso de que ésta fuera, en principio, aplicable según su ordenamiento jurídico. Frente a dicha cuestión, las siguientes tres respuestas serían posibles:

Primero, una interpretación flexible o amplia de la regla *lex rei sitae* por parte de las autoridades, que tome en cuenta, por ejemplo, que las circunstancias fácticas exigen la consideración de la *lex originis* como el ordenamiento jurídico que tiene el “vínculo más estrecho” con la situación (véase el capítulo octavo). También se pueden observar los límites estrechos (carácter rígido) de la regla *lex rei sitae* y considerar que existe una laguna axiológica, porque el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación no tiene en cuenta la protección de los bienes culturales, en cuanto valor protegido por instrumentos internacionales vinculantes, como la Convención de la Unesco de 1970, valor éste que sería mejor atendido mediante la *lex originis* (véase el capítulo décimo).

En segundo lugar, una norma nacional (o de carácter supranacional o regional) puede contener una excepción específica a la regla *lex rei sitae* en relación con la propiedad cultural. Las variantes de esta opción son diversas, de lo cual dan muestra las normas adoptadas en Bélgica, Bulgaria y la Unión Europea, que conllevan una remisión a la *lex originis* (véase el capítulo undécimo).

En tercer lugar, una posible norma de conflicto de leyes codificada, que podría ser incluida en un instrumento de derecho internacional público

⁵⁴ Endere, M. L. y Colombato, L. C. (2017), *The New Unified Civil and Commercial Code...*, cit., p. 84.

(tratado internacional), podría establecer que si un bien de valor cultural para un pueblo indígena se devuelve de un Estado a otro Estado que haya ratificado el tratado internacional respectivo, el destino final de tal bien se rige por el ordenamiento jurídico nacional del último Estado. Esta remisión tendría que ser hecha al ordenamiento jurídico del Estado de origen en su conjunto.

En cualquiera de esos tres escenarios, una regla de conflicto de leyes dentro del ordenamiento jurídico nacional del Estado de origen que se refiera a la aplicación directa del ordenamiento jurídico indígena tiene más sentido. El último escenario, que se refiere a la remisión al Estado de origen por medio de un tratado internacional, sería preferible, por tres razones: 1) un tratado internacional también podría remitir directamente al ordenamiento jurídico indígena (derecho sustantivo), en términos similares a la regla que se ha propuesto a nivel nacional; 2) la comunidad internacional ya ha expresado su voluntad de proteger derechos indígenas específicos en relación con los bienes culturales, y 3) los intereses de los pueblos indígenas han sido reconocidos en el tratado internacional más importante que protege la propiedad cultural desde la perspectiva del derecho internacional privado; es decir, el Convenio del Unidroit de 1995. El Convenio del Unidroit no contiene una remisión a la aplicación del ordenamiento jurídico indígena ni del ordenamiento jurídico del país de origen. Sin embargo, su artículo 7, párrafo 2, permite las demandas de devolución de bienes exportados ilícitamente “cuando el bien cultural haya sido creado por un miembro o miembros de la comunidad autóctona o tribal para uso tradicional o ritual de esa comunidad y el bien se deba devolver a esa comunidad”, contrariamente a la regla general que impide las demandas de devolución de bienes exportados ilícitamente cuando “la exportación del bien cultural no sea más ilícita en el momento en que se solicite la devolución” o cuando “el bien se haya exportado en vida de la persona que lo creó o durante un período de cincuenta años después del fallecimiento de esa persona”.

VI. BREVE BALANCE

Ciertamente, la función y el objetivo principal de los sistemas plurilegales de base personal no consiste en proteger las minorías, sino en reconocer las particularidades de cada grupo social.⁵⁵ Ello es verdad también en relación

⁵⁵ Maekelt, T. (2005), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada...*, cit., 207.

con las normas de derecho interpersonal que abordan los conflictos de leyes que surgen al interior de sistemas plurilegales de ese tipo. Incluso se podría decir que su función, y su objetivo principal, no es cumplir con las normas de derechos humanos. Sin embargo, eso no significa que no puedan cumplir ese objetivo, y que, de hecho, lo hagan finalmente, satisfaciendo así no solamente exigencias de justicia formal, a las cuales apunta la perspectiva conflictual del derecho internacional privado, sino también exigencias que impone la justicia material. El planteamiento expuesto en las páginas precedentes puede ser visto también desde este último punto de vista.