

INALIENABILIDAD DE LOS BIENES CULTURALES

María Julia Ochoa Jiménez*

Resumen

El artículo gira en torno al tema de la inalienabilidad absoluta de ciertos bienes culturales a partir de la teoría de John Moustakas sobre propiedad grupal. En primer lugar, y luego de algunas consideraciones generales, se intenta circunscribir la definición de lo que debe entenderse por un bien cultural. En segundo lugar, se toca el tema de cómo determinar el carácter de inalienables de los bienes culturales esencialmente unidos a la identidad de un grupo. En tercer lugar, se intenta precisar si determinados bienes culturales (tejidos Aymara de Coroma) encuadran como bienes inalienables en atención a la teoría de Moustakas. Por último, se trata de demostrar que si ciertos principios morales deben ser tomados en cuenta para la aplicación de la teoría de Moustakas, entonces la inalienabilidad de los bienes culturales esencialmente unidos a la identidad de un grupo debe ser presumida.

Palabras clave: bienes culturales; propiedad grupal; inalienabilidad; presunción.

ON THE INALIENABILITY OF CULTURAL OBJECTS

Abstract

The article deals with the strict inalienability of certain cultural objects from the perspective of John Moustakas' property for grouphood theory. After some general considerations, the article firstly attempts to delimit the definition of cultural objects. Secondly, it considers how to determine the inalienability of the cultural objects substantially "bound up" with a group's identity. Thirdly, the article analyses whether some cultural objects (Aymara textiles from Coroma) can be classified as

* María Julia Ochoa Jiménez. Abogada (Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, 1999). Realizó el Máster en Estudios Jurídicos Iberoamericanos (Universidad de Navarra, España, 2003), culminó la Especialización en Propiedad Intelectual (Universidad de Los Andes, Venezuela, 2004) y obtuvo el grado de *Magistra Iuris* (Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania, 2008). Actualmente es candidata a doctora en el Instituto de Derecho Internacional y Europeo de la Universidad Georg-August de Gotinga con beca del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Líneas de investigación: propiedad intelectual y protección de los conocimientos tradicionales; propiedad cultural. mariajulia85@yahoo.com

inalienable objects, from the perspective of Moustakas' theory. Finally, the article attempts to demonstrate that if in order to be applicable, Moustakas' theory requires that certain moral principles are considered, then the presumption of the inalienability of the objects substantially "bound up" with a group's identity is needed.

Key words: cultural objects; property for grouphood; inalienability; presumption.

Introducción

Hace alrededor de dos décadas manifestaba John Moustakas preocupaciones que siguen siendo hoy tan válidas como entonces. Por una parte, le preocupaba que a pesar de existir normas destinadas a proteger los bienes culturales, su destrucción, saqueo y tráfico ilegales siguiesen en aumento. Esta preocupación es ahora como antes el principal incentivo para estudiar el tema y buscar formas de proteger estos bienes. Por otra parte, llamaba su atención que los estudiosos del tema se enfrascasen en la tarea de hacer coincidir lo que los bienes culturales son en realidad con las rígidas clasificaciones que el derecho ha creado para regular su propiedad. Debido a esta última preocupación, Moustakas trató de ir más allá de dicha rigidez y escribió un artículo titulado *Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability*,¹ en el que plantea la teoría que denomina 'property for grouphood', expresión que traducimos en este artículo como 'propiedad grupal'.

Moustakas considera obsoleta la concepción de propiedad en materia de bienes culturales, basada principalmente en los trabajos de la UNESCO. Criticable es para él ante todo que esta concepción ampare la alienabilidad de cualquier bien cultural cuando se dan ciertas circunstancias, básicamente la transferencia voluntaria realizada por una autoridad de acuerdo a un procedimiento regulado. Moustakas sostiene que ciertos bienes culturales son absolutamente inalienables, lo cual se justifica por la proximidad de tales bienes con determinado grupo.

La teoría de Moustakas es una extensión de la teoría de la 'property for personhood' (propiedad para la personalidad) desarrollada por Margaret Radin. Moustakas no aplica esta teoría, sin embargo, en el ámbito de la propiedad individual, sino en el ámbito de la propiedad correspondiente a grupos. Según la teoría de la propiedad para la personalidad formulada por Radin, los bienes que están unidos a la identidad de una persona y que son importantes para su auto-desarrollo y realización merecen la más alta protección. No obstante, Radin opina

¹ Publicado en *Cornell Law Review*, Nro. 74, 1988-1989, pp. 1179-1227.

que esto no es posible cuando el vínculo emocional del sujeto con el bien amenaza el desarrollo de la identidad ‘saludable’ del individuo, situación que ella describe como ‘fetichista’ o constitutiva de una ‘bad object relation’, aquí traducido como ‘relación negativa con el objeto’.²

Los paralelos entre los planteamientos de Moustakas y esta teoría saltan a la vista. Para Moustakas, los bienes más próximos al grupo en cuestión son aquellos bienes que están ‘sustancialmente atados a la identidad del grupo’. Estos bienes que son más próximos al grupo deben ser inalienables. Los demás bienes son para él fungibles y, por tanto, alienables. Para Moustakas la inalienabilidad de los bienes que están ‘sustancialmente atados a la identidad del grupo’ se justifica, al igual que en el marco de la teoría de la personalidad de Radin, solamente cuando su retención no implica una ‘relación negativa con el objeto’.

Esta teoría puede ser vista en el contexto del debate conocido como internacionalismo-nacionalismo, dentro del cual se enmarcan desde hace décadas las discusiones más importantes en torno a las normas destinadas a proteger los bienes culturales.³ Se designa como internacionalismo-nacionalismo la dicotomía entre quienes, por un lado, consideran que los bienes culturales son patrimonio común de la humanidad y en consecuencia defienden su libre tráfico (internacionalismo) y quienes, por otro lado, consideran que los bienes culturales no deben ser separados definitivamente del grupo o nación en la cual se han originado y que, si ello ha ocurrido, deben ser restituidos al grupo o nación originaria (nacionalismo). En la teoría de Moustakas se vislumbran rasgos de ambas posiciones. En efecto, en relación con determinados bienes culturales, es decir, aquellos ‘sustancialmente atados a la identidad’ del grupo y cuya retención no implique una ‘relación negativa con el objeto’, esta teoría se inserta en la posición nacionalista, ya que al considerar estos bienes como intrínsecamente inalienables justifica su retención dentro del grupo, o su restitución, cuando hayan sido separados del mismo. No obstante, esta teoría cobra facciones internacionalistas al reconocer que son alienables los bienes

² Cfr. Radin, Margaret, Property and Personhood, *Stanford Law Review*, Nro. 34, 1981-1982, pp. 957-1015. Ver también: George, Tanya, *Using Customary International Law to Identify “Fetishistic” Claims to Cultural Property*, *New York University Law Review*, Nro. 80, 2005, pp. 1209, 1218 y ss.

³ El dualismo nacionalismo-internacionalismo fue propuesto por primera vez en 1986 por John Henry Merryman en su artículo Two Ways of Thinking about Cultural Property, publicado en *American Journal of International Law*, Nro. 80, 1986, pp. 1882-1923. Desde entonces estos términos se usan para describir estas dos posiciones encontradas que subyacen en las discusiones en torno a las normas sobre el movimiento internacional de bienes culturales.

que no están ‘sustancialmente atados a la identidad’ del grupo y cuya retención puede implicar una ‘relación negativa con el objeto’.⁴

La teoría de la propiedad grupal de Moustakas concibe la inalienabilidad de determinados bienes culturales en un sentido amplio. La inalienabilidad que plantea se opone tanto a la alienación voluntaria (venta o donación, por ejemplo) como a la alienación no voluntaria⁵ (embargo o prescripción adquisitiva, por ejemplo). En este sentido, esta teoría ofrece fundamentación a la inalienabilidad de los bienes culturales que expresamente establecen algunas leyes en la forma de inalienabilidad (referida a la alienación voluntaria), imprescriptibilidad o inembargabilidad. Esta es la tendencia existente en los países latinoamericanos, los cuales han optado por establecer en sus leyes que los bienes culturales son inalienables, inembargables⁶ o imprescriptibles, en su afán por proteger sus abundantes bienes culturales que, por ser muy solicitados en contextos distintos de sus grupos de origen, son desde hace mucho tiempo objeto de vandalismo para ser comercializados ilegalmente. Dicha fundamentación aplicaría, sin embargo, aun cuando en estas leyes la inalienabilidad se refiera por lo general a todo bien cultural, ya que la distinción entre los bienes que están relacionados ‘sustancialmente con la identidad del grupo’ y aquellos que no lo están les es ajena.

En el presente artículo se describe de manera general la teoría de la propiedad grupal planteada por Moustakas. Con ello se persigue presentar sus planteamientos para el debate dentro del marco de las discusiones en torno a la regulación de la protección de los bienes culturales. Al mismo tiempo, se revisan algunos aspectos de esta teoría que no han sido suficientemente elaborados. El artículo se divide en tres partes. En la primera parte se intenta dar respuesta a la pregunta ¿qué es un bien cultural? Al hacer esto se tratan especialmente los aspectos que son relevantes para

⁴ El mismo Moustakas señala expresamente que los admiradores de arte occidentales no deben temer que su teoría de la propiedad grupal suene la campana para la repatriación de todo arte proveniente del extranjero. Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1201.

⁵ Con la expresión “alienación no voluntaria” queremos dar a entender que no es requerida la aceptación expresa por parte del propietario originario.

⁶ Artículo 4 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de Venezuela: “El Patrimonio Cultural de la República es inalienable e imprescriptible”; artículo 60 de la Constitución de Guatemala: “Forman el patrimonio cultural de la Nación los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país y están bajo la protección del Estado. Se prohíbe su enajenación.”; artículo 30 del Decreto 81-84 de Honduras: “...el Estado de Honduras declara el dominio o propiedad permanente, inalienable e imprescriptible sobre los bienes a que se refiere el artículo 5 de esta ley”; artículo 2 de la Ley 27721 de Perú: “Declárense intangibles e inalienables los monumentos arqueológicos prehispánicos...”.

comprender la inalienabilidad de estos bienes a partir de la teoría de Moustakas. Ello implica principalmente tratar la relación de los bienes culturales con el grupo en el que se originan. La segunda parte se centra en el ‘examen de inalienabilidad’ que ha sido planteado por Moustakas como un mecanismo de determinación de inalienabilidad de los bienes culturales, basado en los requisitos que debe cumplir un bien cultural para ser considerado como inalienable desde la perspectiva de esta teoría. Estos requisitos giran en torno a las dos circunstancias mencionadas anteriormente, es decir, el hecho de que el bien esté ‘sustancialmente atado a la identidad’ de un grupo y el hecho de que su retención por parte del grupo originario no implique una ‘relación negativa con el objeto’. En la tercera parte del artículo se aplica este examen en un caso concreto. Finalmente, se intenta demostrar que, si admitimos que la existencia de una ‘relación negativa con el objeto’ puede ser determinada tomando en cuenta ciertos principios morales generalmente aceptados, entonces debe existir una presunción en favor de la inalienabilidad de los bienes culturales que según la teoría de la propiedad grupal tengan ese carácter.

1. ¿Qué es un bien cultural?

Como punto de partida, la realización de un planteamiento en torno a la inalienabilidad de los bienes culturales impone dar respuesta a la pregunta sobre qué es un bien cultural. La delimitación de los bienes culturales en el ámbito jurídico implica una gran complejidad, ante todo porque aquí, al igual que ocurre en otras materias jurídicas, esta tarea debe basarse en conceptualizaciones nacidas fuera del derecho. En un sentido general, suele afirmarse que bienes culturales son aquellos que manifiestan la cultura de un grupo. Esto no nos conduce muy lejos, pero nos deja claro, sin embargo, que el concepto bien cultural conlleva un sentido de colectividad.⁷ Para avanzar un poco más en la comprensión del concepto de bien cultural es necesario considerar que la manifestación de la cultura en el bien cultural hace referencia a la identidad del grupo⁸ dentro del cual el bien se ha originado.

Así, pues, pueden distinguirse tres elementos en la conceptualización de bien cultural: el objeto en sí, el grupo a cuya identidad el bien está unido y el vínculo entre ellos. En cuanto al primer elemento, es decir, qué tipo de objetos entran en consideración como bienes culturales, baste con aclarar que su naturaleza

⁷ Cfr. Merryman, John, Two Ways of Thinking about Cultural Property, *American Journal of International Law*, Nro. 80, 1986, pp. 1882-1923.

⁸ Cfr. Gerstenblith, Patty, *Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States*, Boston University Law Review, Nro. 75, 1995, pp. 559-588.

cultural impone una postura ampliamente inclusiva, pues incluso la más reservada aproximación al concepto de cultura deja entrever su carácter esencialmente diverso.⁹ Hasta mediados de siglo XX la codificación de las normas para la protección de los bienes culturales se centraba en impedir o aminorar la destrucción de monumentos artísticos en tiempos de guerra,¹⁰ luego este interés se extiende hacia el combate contra el tráfico ilícito de bienes culturales.¹¹ Sin embargo, actualmente la tendencia legislativa apunta a incluir además de los bienes culturales materiales también los inmateriales,¹² como las expresiones culturales tradicionales (llamadas también, aunque cada vez con menor frecuencia, expresiones folclóricas).

Ahora bien, en cuanto al grupo al cual el bien cultural está asociado, generalmente se considera que es aquél dentro del cual el bien fue creado.¹³ No obstante, se ha planteado la posibilidad de que un bien cultural esté vinculado a

⁹ La cultura ha sido definida, por ejemplo, como “parte de la inalterable red de lo que una sociedad es y hace”; cultura es “la mejor manifestación de lo que una sociedad ha creado, lo que una sociedad valora y en lo que una sociedad cree. Estas actividades se mantienen vivas sólo en el contexto de la sociedad entera”. Gerstenblith, op. cit., p. 561.

¹⁰ La masiva destrucción de bienes culturales ocurrida durante la segunda guerra mundial condujo a que en 1954 se adoptara la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, conjuntamente con un primer protocolo para la restitución bienes usurpados al Estado de origen. En 1999 se adoptó un segundo protocolo de esta Convención. Documentos disponibles en: http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=35261&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (visitado el 10-07-2009).

¹¹ En 1970 se celebró la Convención de la UNESCO sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, cuya regulación es complementada mediante la Convención UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Importados Ilícitamente, de 1995. Documentos disponibles en: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=35252&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (visitado el 10-07-2009).

¹² En el año 2003 se aprobó la Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. En el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y de manera conjunta entre esta Organización y la UNESCO, se han desarrollado trabajos centrados en el análisis de las posibilidades que el sistema de propiedad intelectual podría ofrecer para la protección del conocimiento tradicional derivado del uso de recursos biológicos y las expresiones culturales tradicionales. Véase *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders*. WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge, y demás documentos disponibles en: <http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffim/report/index.html> (visitado el 20-07-2009).

¹³ Cfr. Gerstenblith, op. cit., p. 570.

determinado grupo por motivos diferentes de la creación. En este sentido, dos preguntas se asoman. La primera pregunta se refiere a cuál es el grupo relevante para determinar si un bien determinado es un bien cultural. La segunda pregunta apunta al hecho de si sólo en la creación del bien puede encontrarse el vínculo entre el bien cultural y el grupo. La primera interrogante se identifica con el segundo elemento para la conceptualización de bien cultural, o sea, el grupo; mientras que la segunda interrogante hace referencia al tercer elemento, es decir, el vínculo entre el bien y el grupo.

Para Moustakas el concepto de grupo es un concepto relativo.¹⁴ Dentro de un grupo pueden existir otros grupos: dentro del gran grupo humano se distinguen regiones conformadas por grupos de Estados, que a su vez son grupos dentro de los cuales se distinguen otros grupos, tales como minorías religiosas o pueblos indígenas. Sin embargo, en las normas sobre bienes culturales aparecen por lo general sólo los Estados como grupos de referencia. En la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, los bienes culturales para ser tales deben tener desde el punto de vista del Estado, en tanto Estado-Nación, un significado para la “historia, la prehistoria, la literatura, el arte o la ciencia”. Esta convención no atiende, en efecto, al hecho de que no sólo el Estado sino también otros grupos deben ser considerados como grupos relevantes para la conceptualización del bien cultural. Determinados bienes culturales están, por ejemplo, asociados a la identidad de pueblos indígenas de manera directa y, si tienen alguna relación con el Estado del cual estos pueblos indígenas forman parte, esta relación difícilmente deja de ser una relación indirecta y difusa. En este sentido, es de resaltar que al plantear su teoría de la propiedad grupal, Moustakas entiende el concepto de grupo más allá de la idea de Estado.

Importante es para la teoría de la propiedad grupal, en todo caso, que al grupo de que se trate le sea reconocido por el ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, el derecho a existir, desarrollarse y perpetuarse.¹⁵ Según Moustakas, es este derecho lo que otorga fundamento jurídico a la inalienabilidad de los bienes culturales ‘sustancialmente atados a la identidad’ del grupo, ya que cuando

¹⁴ Cfr. Moustakas, *op. cit.*, p. 1194.

¹⁵ *Idem*, p. 1190 y ss.

él se refiere al vínculo del bien con la identidad del grupo, se está refiriendo a la importancia del bien para el auto-desarrollo del grupo. El bien está ‘sustancialmente atado a la identidad’ del grupo cuando el grupo no puede ser el grupo que es sin ese bien,¹⁶ es decir que el hecho de impedir al grupo controlar el bien amenaza la existencia misma del grupo.¹⁷ Al no limitarse al Estado como grupo relevante, esta teoría es aplicable a bienes culturales creados por grupos existentes dentro de un Estado, como es el caso de los pueblos indígenas, aun cuando el bien en cuestión no esté ‘sustancialmente atado a la identidad’ del Estado, siempre que el ordenamiento jurídico reconozca, explícita o implícitamente, el derecho de estos grupos a existir desarrollarse y perpetuarse en tanto grupos.

Si bien esta teoría nos ofrece un marco legitimador inmediato para la inalienabilidad de bienes culturales pertenecientes a grupos distintos del Estado, con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente, no deja de ser cuestionable el hecho de que hace reposar, en definitiva, la determinación del grupo relevante en manos del Estado. Este planteamiento sigue dejando a los pueblos indígenas en un plano de sumisión absoluta a la autoridad estatal y, en este mismo sentido, queda igualmente sin resolver la falta de reconocimiento de comunidades tradicionales distintas de los pueblos indígenas que bien podrían reclamar la calidad de grupos relevantes en este contexto (pensemos, por ejemplo, en las comunidades afrodescendientes que habitan en América) y que no son reconocidos como sujetos de derecho por parte de los Estados de los cuales forman parte o, desde una perspectiva internacional, dentro del sistema de Naciones Unidas.¹⁸

En cuanto al vínculo entre el bien cultural y el grupo en cuestión, se considera generalmente que la creación del bien cultural es el vínculo fundamental que hace que un bien esté atado a la identidad de un grupo. Sin embargo, se ha planteado que podrían existir otros vínculos. El caso de los mármoles del Partenón, que es el caso más referido por la literatura en materia de restitución de bienes culturales a los países de origen, permite exponer la discusión sobre este punto. El Partenón

¹⁶ Moustakas hace referencia aquí a la teoría de Radin en la que se inspira. Según la teoría de la “property for personhood” de Radin los bienes personales de un sujeto merecen una protección especial precisamente porque sin el bien su titular no puede ser la persona que es. Cfr. George, op. cit., p. 1209.

¹⁷ Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1196.

¹⁸ Sobre este punto y los intereses compartidos de grupos indígenas y otras comunidades tradicionales no consideradas indígenas dentro del debate en el plano internacional sobre la protección de los conocimientos tradicionales, ver: Coombe, Rosemary, *The Recognition of Indigenous Peoples' and Community Traditional Knowledge in International Law*, St. Thomas Law Review, Nro. 14, Invierno, 2001, p. 277.

fue construido en la Acrópolis de Atenas por Fidias en el siglo V a.C. y se cree que su construcción fue ordenada por Pericles para inmortalizar el triunfo de Atenas contra las fuerzas persas. De esta forma, se trata, por una parte, de un monumento con un gran valor artístico, el cenit del arte clásico griego, y, por otra parte, de una obra que hace referencia a la historia griega. Entre 1801 y 1812 Thomas Bruce, conocido como Lord Elgin, embajador inglés ante el imperio otomano desde 1799 hasta 1803, remueve desde Grecia hasta Inglaterra una buena parte de los restos del Partenón que habían sido dejados por el transcurrir del tiempo. En 1816 Lord Elgin vende los mármoles al Museo Británico.¹⁹ Mucho se ha discutido sobre la legalidad tanto de la remoción de los mármoles por parte de Lord Elgin como de su transmisión al Museo Británico, así como también sobre la conveniencia de que los mismos permanezcan en Inglaterra en lugar de ser retornados a Grecia.²⁰ Aquí nos centraremos, sin embargo, en uno de los puntos que esta discusión genera: la determinación del vínculo de los mármoles del Partenón con un grupo determinado, Grecia o Inglaterra.

En este sentido, se ha sostenido, por una parte, que los mármoles del Partenón deben retornar a Grecia porque son “símbolo y sangre y alma del pueblo griego”,²¹ el Partenón dice a los griegos quiénes son y de dónde vienen, pues son el símbolo por excelencia de la identidad nacional griega, el vínculo de muchos griegos con el pasado y una muestra de la contribución que ellos y sus antepasados han hecho a la civilización moderna.²² Por haber sido creados en Grecia, ser fruto del desarrollo artístico de la cultura griega y estar insertos dentro de la historia del pueblo griego, salta a la vista como evidente que los mármoles del Partenón se encuentran ‘sustancialmente atados a la identidad’ del pueblo griego. Por otra parte, sin embargo, se ha dicho que los mármoles del Partenón han llegado a ser parte del patrimonio cultural inglés, pues luego de haber permanecido casi doscientos años en el Museo Británico “ayudan a los británicos a definirse a sí mismos, inspiran el arte británico, dan identidad y comunidad a los británicos, civilizan y enriquecen

¹⁹ Cfr. Merryman, op. cit., p. 1882.

²⁰ La información sobre este tema es muy abundante. Entre los documentos que pueden recomendarse se encuentran el artículo de John Merryman, *Thinking about the Elgin Marbels*, Michigan Law Review, Nro. 83, 1984-1985, pp. 1881-1923; y la transcripción de la conferencia ofrecida por Matthew Taylor en el Architecture Centre en Bristol en septiembre de 2004, en la que defiende que el Museo de la Acrópolis de Atenas sería un mejor ambiente para exhibir los mármoles que actualmente están en el Museo Británico, disponible en: http://www.elginism.com/wp-content/uploads/2008/08/bristol_20040929.pdf (visitado el 12-06-2009).

²¹ Merryman, op. cit., p. 1883.

²² Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1200.

la vida británica y estimulan la academia británica”.²³ Si se toma por válido este planteamiento, entonces los mármoles del Partenón se encontrarían vinculados a la identidad de los británicos a pesar de no haber sido creados por ellos. Si fuese cierta esta afirmación, si los mármoles del Partenón estuviesen ‘sustancialmente atados a la identidad’ de los británicos, Inglaterra podría tener, aplicando la teoría de Moustakas, un derecho sobre los mármoles del Partenón basado en el hecho de que la permanencia de los mármoles en el Museo Británico ha influenciado la cultura inglesa. Como puede apreciarse, la permanencia de los mármoles del Partenón en Inglaterra además traería implícita una especie de prescripción adquisitiva, la cual impediría que, con el trascurso del tiempo, los mismos puedan ser devueltos. De ser así, este derecho sería oponible frente a Grecia, a cuya identidad los mármoles se encuentran sustancialmente unidos por haber sido allí donde han sido creados.

A primera vista, ambas posiciones aparecen como igualmente convincentes y pareciera que la teoría sobre la propiedad grupal no ayuda a decidir cuál reclamación debe prevalecer, si la de los griegos que se basa en el hecho de que ha sido en su seno donde los mármoles fueron creados, o la de los británicos, basada en el hecho de que los mármoles han permanecido allí cerca de dos siglos.²⁴ No obstante, una observación detallada hace que la balanza se incline en favor de la creación del bien cultural como base del vínculo sustancial entre el mismo y el grupo de que se trate. Moustakas no elabora en detalle este punto y no dice expresamente que sea a partir de la creación del bien que se produce el hecho de que el mismo se encuentre sustancialmente unido a la identidad de un grupo, aunque parece insinuarlo al utilizar en su artículo como caso ejemplar el de los mármoles del Partenón para, justamente, concluir que los mismos están esencialmente atados a la identidad del pueblo griego.²⁵ Tomando en cuenta esto, es pertinente hacer algunas aclaraciones en relación con este punto. En primer lugar, un bien cultural se origina ante todo dentro de un contexto determinado. En el caso del Partenón, por ejemplo, resulta bastante claro que frisos, esculturas y diseño arquitectónico se encuentran en balance y simetría, de manera que la relación de los mármoles con la forma y significado del edificio es inseparable de su arquitectura.²⁶ Un bien cultural y su contexto original son en gran medida una unidad.²⁷ Cuando un bien cultural es separado de su contexto

²³ Merryman, op. cit., p. 1915. Ver también: George, op. cit., p. 1211.

²⁴ Cfr. George, op. cit., p. 1211.

²⁵ Cfr. Moustakas, op. cit., pp. 1196 y ss.

²⁶ Idem, p. 1198.

²⁷ Cfr. Gerstenblith, op. cit. pp.564 y ss.

originario esta unidad se disuelve y se hace imposible conocer completamente, por un lado, el bien mismo y, por otro lado, su contexto. En consecuencia, resulta difícilmente sostenible que una nueva relación entre el bien y un nuevo contexto pueda legitimarse sobre la base del rompimiento de ese vínculo primario entre el bien y su contexto originario. En segundo lugar, es igualmente poco probable que la separación de un bien cultural de su contexto originario y el enriquecimiento cultural²⁸ que se produce para el nuevo contexto puedan considerarse legítimos cuando significan un empobrecimiento cultural del grupo originario. El significado de este empobrecimiento no puede traducirse meramente en términos de cantidad, pues la separación de un bien cultural de su contexto primario no sólo significa que el grupo originario dispone ahora de menos bienes culturales. Más allá de eso, esta separación significa que puede impedirse la transmisión dentro del grupo originario de elementos constitutivos de su identidad y, de esta forma, se ven amenazados el desarrollo y la existencia del grupo en tanto tal.²⁹ En efecto, esto podría conllevar al menos dos consecuencias. Por un lado, existiría una nueva visión del pasado del grupo con el riesgo implícito de que los miembros del grupo se alienen de su propio pasado, hecho al cual se refiere Moustakas como ‘amnesia cultural’.³⁰ Por otro lado, la separación del bien del grupo originario podría ser cuestionable desde el punto de vista de la justicia intergeneracional.³¹

Ahora bien, para finalizar la reflexión sobre este punto es de hacer notar el caso muy particular constituido por los restos humanos y los restos de fauna y flora, los cuales son incluidos por lo general como bienes culturales en las normas

²⁸ La idea de “enriquecimiento cultural” subyace en las palabras de Merryman cuando, al hablar de la permanencia de los mármoles del Partenón en Inglaterra, emplea los verbos “ayudar”, “inspirar”, “dar identidad y comunidad”, “civilizar”, “enriquecer” y “estimular”. Véase supra nota 22 y el texto que la acompaña.

²⁹ Cfr. Tugores, Francesca et al., *Introducción al Patrimonio Cultural*, Trea, Gijón, España, 2006, p. 18. Véase también, por ejemplo, el segundo párrafo del preámbulo de la Convención de 1976 sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de Las Naciones Americanas, el cual resalta que los Estados tienen la “obligación fundamental transmitir a las generaciones venideras el legado del acervo cultural”.

³⁰ Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1200 (nota 88).

³¹ Idem, p. 1205 (nota 107). Bator plantea la misma cuestión cuando indica que si bien es cierto que, por ejemplo, la exportación de una máscara precolombina a Estados Unidos hace accesible la máscara de manera inmediata en un museo americano que dispone de recursos para su exhibición, permanece la cuestión sobre qué ocurre con las generaciones futuras dentro de la comunidad originaria, para quienes la máscara se ha vuelto virtualmente inexistente. Cfr. Bator, Paul, *An Essay on the International Trade in Art*, Stanford Law Review, Nro. 34, 1981-1982, pp. 209-300.

sobre esta materia.³² Si la creación del bien es lo que vincula al bien con el grupo, cabe preguntarse ¿cómo pueden ser considerados como bienes culturales estos bienes que no han sido creados por grupo humano alguno? A esta pregunta da respuesta el hecho de que, si bien estos bienes no han sido creados por ningún ser humano, ellos comienzan a ser bienes culturales a partir del momento en que un determinado grupo les asigna un significado cultural, como elemento relevante para la constitución y desarrollo del grupo. De ello se sigue que en estos casos el grupo en cuestión, aun cuando no ha creado el bien en sí, ha creado el significado cultural del bien. La creación, no ya del bien sino del significado cultural de éste para el grupo, sigue siendo en estos casos el vínculo fundamental entre el bien cultural y el grupo en cuestión.

2. Sobre el ‘examen de inalienabilidad’

Dentro de su teoría sobre la propiedad grupal, Moustakas plantea la existencia de un ‘examen de inalienabilidad’. Este examen consiste en un mecanismo de determinación de inalienabilidad de los bienes culturales. Señala Moustakas que, sin ser universalmente aplicable, este mecanismo enuncia determinados factores para evaluar los requisitos que el bien debe cumplir, advirtiendo que el análisis debe realizarse caso por caso.³³ Los requisitos que debe cumplir un bien cultural para ser considerado como absolutamente inalienable, desde la perspectiva de esta teoría, giran en torno a las dos circunstancias que han sido mencionadas anteriormente, es decir, el hecho de que el bien esté ‘sustancialmente atado a la identidad’ de un grupo y el hecho de que su retención por parte del grupo originario no implique una ‘relación negativa con el objeto’. El mecanismo para la determinación de

³² Artículo 1(a) de la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales: “Para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales [...] colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico”; Artículo 2(a) de la Convención de 1976 sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas: “Los bienes culturales a que se refiere el artículo precedente son aquellos que se incluyen en las siguientes categorías: a) monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y flora, relacionados con las mismas.”

³³ Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1186.

inalienabilidad que plantea Moustakas estaría constituido por dos fases, cada una de las cuales coincidiría con las indicadas circunstancias.

Primera fase. Cuando Moustakas se refiere al vínculo sustancial del bien con la identidad del grupo, está haciendo referencia a aquello que hace posible su correcta auto-constitución y auto-desarrollo. Al mismo tiempo, para él la propiedad grupal tiene como fundamento el derecho del grupo a existir, desarrollarse y perpetuarse que, expresa o implícitamente, le es reconocido por el ordenamiento jurídico.³⁴ De esta forma, si a un grupo, al cual le es reconocido el mencionado derecho, le pertenece un bien cultural que es necesario para la auto-constitución y el auto-desarrollo del grupo, es decir, si el bien está sustancialmente atado a la identidad del grupo, entonces dicho bien merece la más alta protección (dicho en los términos usados por Radin).

Hasta ahora el examen de inalienabilidad deja, sin embargo, intacta la alienabilidad del bien cultural,³⁵ pues el bien aún puede ser enajenado voluntariamente. El bien está ‘sustancialmente atado a la identidad del grupo’, pero el mismo no entra todavía en la esfera de la propiedad grupal porque su retención por parte del grupo aún podría implicar una ‘relación negativa con el objeto’. En torno a la existencia de tal relación gira la segunda fase del examen de inalienabilidad absoluta del bien cultural.

Segunda fase. Superada la primera fase, para que pueda considerarse que el bien es inalienable de manera absoluta, es decir, para que pueda considerarse que el grupo tiene un derecho de propiedad grupal en relación con el bien cultural en cuestión, es necesario que la retención del bien por parte del grupo no entrañe una ‘relación negativa con el objeto’.³⁶ En este punto, Moustakas distingue entre ‘buenas’ y ‘malas’ relaciones con el objeto e introduce el concepto de ‘consenso moral objetivo’.³⁷ Según Moustakas, un bien cultural que está sustancialmente atado

³⁴ Idem, p. 1193.

³⁵ Idem, pp. 1188-1189.

³⁶ Al igual que Radin, Moustakas usa también el término “fetichista” para hacer referencia a la “relación negativa con el objeto”, la cual define como el estado contrario a lo que Radin llama “relaciones saludables”. Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1189.

³⁷ Ello deriva de la extrapolación de la teoría de la personalidad de Margaret Radin. Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1189.

a la identidad un grupo no puede considerarse absolutamente inalienable si existe un ‘consenso moral objetivo’, según el cual el hecho de que el bien continúe atado al grupo es incompatible con su identidad,³⁸ es decir, con su auto-constitución o auto-desarrollo. Moustakas no elabora detalladamente los conceptos de ‘relación negativa con el objeto’ y de ‘consenso moral objetivo’. Indica, sin embargo, que una ‘relación negativa con el objeto’ puede existir en dos situaciones. Por una parte, cuando la retención del bien se basa solamente en el deseo de impedir que otros posean el bien y únicamente se trata de acaparar piezas de las cuales existen varios ejemplares³⁹ y, por otra parte, cuando la retención del bien cultural se produce con el fin de “promover intolerancia cultural o etnocentrismo desenfrenado”, o tiene ese efecto.⁴⁰

Tanya George considera que la teoría de Moustakas es difícilmente aplicable en la práctica, porque para ella esta teoría no elabora suficientemente el concepto de ‘relación negativa con el objeto’, dejando su determinación a la intuición.⁴¹ Para salvar esta deficiencia del planteamiento de Moustakas, George resalta que, si bien un verdadero consenso no puede existir en la realidad, existen ciertos principios morales que son ampliamente reconocidos y que pueden ser aplicados en el contexto de la teoría de la propiedad grupal. Para indicar cuáles son esos principios morales, George apela a la doctrina de la costumbre internacional. En particular, se refiere al cuerpo de normas a cuyo cumplimiento la mayoría de las naciones están sujetas, aun cuando no exista una manifestación expresa de la voluntad de sujetarse. Una norma de este tipo es conocida como norma de *ius cogens*,⁴² es decir, una norma “que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.⁴³ De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para que una norma adquiera el estatus de norma de *ius cogens*, la misma debe ser “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”. George afirma que si en el vínculo entre el bien cultural y el grupo subyace de manera esencial un valor que es contrario a una norma de *ius cogens*, entonces esta relación es una ‘relación negativa con el objeto’.

³⁸ Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1189.

³⁹ Idem, p. 1223.

⁴⁰ Idem, p. 1189 (nota 41); Cfr. George, op. cit., p. 1212.

⁴¹ Cfr. George, op. cit., p. 1212.

⁴² Idem, pp. 1212-1213.

⁴³ Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sobre cuál es el contenido de las normas de *ius cogens* no existe acuerdo unánime, ni regulación en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁴ Sin embargo, el intento de George de concretizar el concepto de ‘relación negativa con el objeto’ resulta exitoso en buena medida al echar mano de algunas normas que han sido enunciadas como contrarias al *ius cogens*.⁴⁵ En efecto, se ha indicado que existen tres ejemplos de tratados que serían contrarios a normas de *ius cogens*: 1) los tratados que regulen un uso de la fuerza contrario a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, 2) los tratados que regulen cualquier otro acto criminal en el sentido del derecho internacional, y 3) los tratados que contemplen o amparen el comercio de esclavos, la piratería o el genocidio. Además, se suman a los anteriores, los tratados que violen derechos humanos, la igualdad de los Estados o el principio de autodeterminación. George concluye que si un bien cultural está vinculado con la identidad de un grupo de una forma que viola alguna de estas normas o promueve prácticas que violan alguna de estas normas o intencionalmente exprese adherencia a creencias contrarias a alguna de estas normas, entonces la retención del objeto conlleva una ‘relación negativa con el objeto’.⁴⁶

Una vez que el bien cultural ha superado ambas fases, una protección especial aplicaría automáticamente en la forma de limitación de la alienabilidad. Ello ocurre cuando se haya constatado que, por una parte, el bien cultural se encuentra ‘sustancialmente atado a la identidad’ del grupo y que a dicho grupo le es reconocido el derecho a existir, desarrollarse y perpetuarse, y por otra parte, que la retención del bien no conlleva una ‘relación negativa con el objeto’. Si ambos requisitos están presentes, entonces habrá que concluir que el bien cultural en cuestión es absolutamente inalienable.

⁴⁴ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contiene un artículo (Art. 53) que lleva por título “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (‘*ius cogens*’)”, el cual está referido a dichas “normas imperativas de derecho internacional general”, en el cual el contenido de las mismas no se incluye. El texto del artículo es el siguiente: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

⁴⁵ Los ejemplos traídos por George se encuentran en los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre los “Draft Articles on the Law of Treaties”, artículo 37: *Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (ius cogens)*. Véase el 1963 Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, pp. 198-199, disponible en: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1963_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1963_v2_e.pdf) (visitado el 20-07-2009).

⁴⁶ Cfr. George, *op. cit.*, p. 1236.

3. Aplicación de la teoría de la propiedad grupal en el caso de los tejidos de Coroma

Al examen de inalienabilidad que plantea la teoría de la propiedad grupal puede ser sometido cualquier bien cultural, es decir, un bien que se encuentra unido a la identidad del grupo en cuyo seno ha sido creado. Si bien su aplicación puede producirse para fundamentar la no enajenación de un bien que aún se encuentra en el seno de un grupo determinado, esta teoría cobra mayor relevancia cuando se trata de fundamentar la restitución de bienes que han sido separados de su grupo de origen.

Casos de separación de bienes culturales de sus grupos de origen han existido en todo el mundo en cantidades indeterminables. Refiriéndose al caso de Latinoamérica, el Consejo Internacional de Museos habla de una “hemorragia” de bienes culturales⁴⁷. En efecto, la separación de bienes culturales de sus grupos de origen se ha producido en Latinoamérica de tal forma que los casos son incontables; mientras que los casos de restitución han sido, por el contrario, escasos. Uno de esos casos ha sido el de los tejidos de la comunidad indígena Aymara de Coroma, en Bolivia. Muchos de estos tejidos fueron separados de su comunidad de origen durante la década de 1970. Entonces surgió especialmente en Estados Unidos una gran demanda de tejidos producidos por comunidades indígenas del Altiplano boliviano, en torno a la cual se desarrolló un importante mercado. En un principio, los tejidos eran extraídos por traficantes extranjeros que iban personalmente a la comunidad. Posteriormente, los traficantes dejaron de hacerlo directamente y contrataban y asesoraban en esta tarea a campesinos conocedores de la región, quienes podían pasar desapercibidos y comunicarse con los miembros de la comunidad en su idioma. Estas personas entregaban los tejidos a los extranjeros en la ciudad de La Paz. Luego de años de esfuerzos para la documentación de la desaparición de estos tejidos y mediante el contacto entre autoridades bolivianas y estadounidenses, una parte importante de los mismos fue restituida a la comunidad en 1992⁴⁸. El hecho de que estos bienes entran dentro de la esfera de la teoría

⁴⁷ Cfr. Consejo Internacional de Museos, *Saqueo en América Latina*, ICOM, Paris, 1997, p. 9.

⁴⁸ Aunque una descripción pormenorizada no es imprescindible en este contexto, pues no todos los elementos del caso son relevantes a los fines de la aplicación del examen de inalienabilidad planteado por Moustakas, es importante conocer de qué manera se desarrollaron los acontecimientos en este caso. Se distinguen diferentes etapas desde la extracción de los tejidos de la comunidad de Coroma hasta su restitución que pueden ser esquematizadas como sigue:

1) Extracción. Los traficantes visitan Coroma durante la Fiesta de Todos los Santos, única vez al año que los tejidos se exponen al público, y hacen un registro fotográfico de las piezas más importantes, luego envían a intermediarios para adquirirlos de cualquier forma. Estos intermediarios, a fin de

de la propiedad grupal puede ser demostrado al someter este caso al examen de inalienabilidad que ha sido expuesto anteriormente. Antes conviene, no obstante, hacer una descripción de los tejidos de Coroma, a fin de tener clara la relevancia de su rol dentro de la comunidad, lo que implica su carácter de bienes culturales.

que la sustracción pase desapercibida, sustituyen los *q'ipi* por tejidos de otras comunidades. En principio, se pagaban entre 50 y 100 dólares por pieza, y ya en 1987 se llega a entregar el equivalente a 7.200 dólares por el robo de uno de los mejores tejidos. Los traficantes sacan los tejidos de Bolivia haciéndolos pasar por artesanías, pues la exportación de tejidos anteriores al año 1900 es prohibida por el Decreto Legislativo 05918 (1961), prohibición que fue extendida a tejidos anteriores a 1950 por el Decreto Legislativo 21951 (1988).

2) Ingreso y venta en Estados Unidos. Si bien la exportación de los tejidos estaba prohibida por la legislación boliviana durante el período en que los tejidos fueron importados y vendidos en Estados Unidos (1978-1987), su importación no estaba prohibida por la legislación estadounidense. Los tejidos fueron vendidos en Estados Unidos a precios que llegaron a ser mil veces superior al precio de compra.

3) Inventarios. En 1971 se hacen algunos inventarios escritos y para 1986 existe un inventario fotográfico de todos los tejidos. Paralelamente, las autoridades de la comunidad llevaban un registro de los visitantes extranjeros. A partir de 1982, las autoridades bolivianas establecen que la pérdida y sustitución de los tejidos coinciden con las visitas de extranjeros a la comunidad.

4) Detención y castigo de intermediarios. Cuatro habitantes de la comunidad fueron detenidos y condenados a un año de prisión. Otros fueron castigados por la comunidad de acuerdo con procedimientos internos.

5) Restitución. El trabajo conjunto de antropólogos bolivianos, el gobierno de Bolivia, el servicio de aduadas de Estados Unidos y el Center for Constitutional Rights de Estados Unidos permitió la recuperación de una parte de los tejidos de manos de un vendedor de San Francisco, Steve Berger, quien los regresó a cambio de no ser denunciado y de que se le regresaran otros bienes que le habían sido incautados. Cinco tejidos fueron regresados por un cliente de éste, aunque por lo menos uno de sus clientes se negó a regresar los tejidos que había adquirido.

6) Convenio bilateral. Con motivo de la solicitud hecha por el gobierno de Bolivia, el Cultural Property Advisory Committee de Estados Unidos recomendó la adopción de una prohibición de importación de los textiles de Coroma. En 1989, dentro del marco de la ley de implementación de la Convención de la UNESCO de 1970 (ver section 303(a)(3) de la Convention on Cultural Property Implementation Act y artículo 9 de la Convención de la UNESCO de 1970), los gobiernos de Bolivia y Estados Unidos firmaron un Convenio Bilateral de Emergencia, el cual expiró en 1996. En 2001 se firmó un nuevo convenio, aplicable a una mayor variedad de bienes culturales. Los convenios pueden ser consultados en: <http://culturalheritage.state.gov/blfact.html> (visitado el 10.06.2009).

Sobre la información aquí resumida y más detalles del caso, puede consultarse: Consejo Internacional de Museos, op. cit., pp. 30 y ss.; Lowenthal, Constance, Textiles Returned, The Wall Street Journal, 9 de diciembre, 1992, disponible en: <http://culturalheritage.state.gov/aymara.html> (visitado el 14.06.2009); Booth, Sarah, Sacred Textiles Returned to Bolivia, Washington Post, 25 de septiembre, 1992, disponible en: <http://culturalheritage.state.gov/aymara.html> (visitado el 14.06.2009).

Los *q'ipi* pueden consistir en ponchos, mantas o sombreros⁴⁹ realizados con lana de vicuña, ardilla, chinchilla, alpaca, llama y oveja, teñidas con tintes naturales. Los diseños de los *q'ipi* consisten en líneas de distinto grosor y diferentes colores, las cuales tienen significados específicos.⁵⁰ Hebras torcidas e hiladas se incorporan en diferentes direcciones con el fin de proteger a la persona que lleva puestos los *q'ipi*. Tradicionalmente, la comunidad indígena de Coroma ha atribuido a estos tejidos un papel central en la vida de la comunidad. Los *q'ipi* son los vestidos de los antepasados y al mismo tiempo los antepasados mismos. Los miembros de la comunidad los definen como “nuestros Jach’atata Jach’amama, nuestros antepasados, la ropa de las almas fundadoras de Coroma, son la herencia que nos han dejado, que nos muestra el camino que debemos seguir”. Los *q'ipi* son custodiados por quien ejerce la autoridad dentro de la comunidad. Estas personas, elegidas por los *q'ipi* mismos en el marco de ceremonias especiales, los llevan consigo durante el tiempo que dure su autoridad como símbolo de poder religioso y político. Desde el punto de vista de la comunidad misma, la función de los *q'ipi* es, además, central para su bienestar económico, pues, entre otras cosas, el ganado es rociado con el agua que ha sido usada para lavar los tejidos con el fin de aumentar su fertilidad y, a través de rituales especiales, son los *q'ipi* los que indican el momento propicio para iniciar la siembra.⁵¹

Primera fase. Resulta bastante claro que los *q'ipi* son bienes culturales. Estos tejidos son esenciales para la auto-constitución y el auto-desarrollo de la comunidad de Coroma en tanto grupo cultural. La pérdida de los tejidos supuso para esta comunidad el riesgo de dejar de ser el grupo que es. A pesar de que los peores efectos de la pérdida de los tejidos sobre la auto-constitución y auto-desarrollo de la comunidad como grupo cultural, fueron impedidos por su recuperación posterior, las consecuencias de este hecho, desde la perspectiva de la comunidad, continuaron. Los miembros de la comunidad están convencidos de que la separación de los tejidos de su seno trajo como consecuencia problemas internos en la comunidad, pues luego de la pérdida de los tejidos, la comunidad considera que se encuentra atrasada porque los *q'ipi* no son suficientemente fuertes para guiar a las autoridades de la comunidad y teme, además, el castigo de sus antepasados, *sus Jach’atata*

⁴⁹ Cfr. Consejo Internacional de Museos, op. cit., p. 30.

⁵⁰ El diseño de estos tejidos se ha comparado con las pinturas de Mark Rothko (1903-1970), artista plástico cuya obra se clasifica dentro del expresionismo abstracto. Cfr. Lowenthal, Constance, *Textiles Returned*, The Wall Street Journal, 9 de diciembre, 1992, disponible en: <http://culturalheritage.state.gov/aymara.html> (visitado el 14.06.2009).

⁵¹ Consejo Internacional de Museos, op. cit., pp. 30-31.

Jach'amama.⁵² Si bien este último hecho no es constatable desde el punto de vista de la sociedad occidental, pues este temor se comprende únicamente partiendo de las creencias de la comunidad, su consideración refuerza la importancia que los tejidos tienen para la supervivencia de sus tradiciones. Esto conduce a aclarar que la determinación de la relevancia del bien para la comunidad –y con ello la existencia del ‘vínculo sustancial con el grupo’– es una tarea que debe partir del respeto, conocimiento y aceptación de la cultura del grupo en cuestión.

Ahora bien, desde la perspectiva de la teoría de la propiedad grupal, para que los *q'ipi* puedan ser considerados como absolutamente inalienables, no basta el hecho de que los mismos sean fundamentales para la auto-constitución y el auto-desarrollo de la comunidad. Para la procedencia de esta protección especial, es además necesario, como antes se ha dicho, que el ordenamiento jurídico reconozca al grupo, explícita o implícitamente, el derecho a existir, desarrollarse y perpetuarse. Dado que la separación de los tejidos de la comunidad de Coroma se produjo a partir de la década de 1970, deben tomarse en consideración las normas que se encontraban vigentes para entonces en el ordenamiento jurídico boliviano. En este sentido, el derecho de la comunidad indígena de Coroma a existir, desarrollarse y perpetuarse encuentra fundamento en la constitución de Bolivia. Este derecho era ya reconocido en la Constitución de 1967, toda vez que la misma reconoce a los pueblos indígenas los derechos relativos “a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones”⁵³ y sigue estando contemplado en la Constitución boliviana vigente desde 2007.⁵⁴

De lo anterior se sigue, por una parte, que los *q'ipi* se encuentran ‘sustancialmente atados a la identidad’ de la comunidad de Coroma, ya que son necesarios para la auto-constitución y el auto-desarrollo del grupo, y toda vez que este vínculo sustancial entre los *q'ipi* y la comunidad de Coroma encuentra amparo

⁵² Idem, p. 33. Booth Conroy, Sarah, *Sacred Textiles Returned to Bolivia*, Washington Post, 25 de septiembre, 1992, disponible en: <http://culturalheritage.state.gov/aymara.html> (visitado el 14.06.2009).

⁵³ Artículo 171 de la Constitución de Bolivia de 1967: “1. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos ... a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones.”

⁵⁴ El derecho de los pueblos indígenas a existir, desarrollarse y perpetuarse se reconoce en la Constitución boliviana vigente, cuyo artículo 2 dispone: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas ... se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.”

en el ordenamiento jurídico boliviano, en la medida en que éste reconoce a la comunidad, en tanto pueblo indígena, el derecho a existir desarrollarse y perpetuarse. Con ello, puede considerarse superada la primera fase del examen de inalienabilidad.

Segunda fase. En esta fase se trata de determinar si la retención de los q'ipis por parte de la comunidad indígena de Coroma constituye o no una 'relación negativa con el objeto'. Para ello, tomaremos en cuenta, en primer lugar, las dos situaciones que, según Moustakas, pueden dar lugar a la existencia de una 'relación negativa con el objeto'. Estas situaciones son que la retención del bien se base en un deseo de acaparamiento, o que la retención del bien cultural se produzca con el fin de promover intolerancia cultural o etnocentrismo desenfrenado, o tenga ese efecto.

En este sentido, se aprecia, por un lado, que en el presente caso el retorno de los q'ipi a la comunidad no se basó en el mero propósito de impedir que otros los poseyeran, es decir, en el deseo de acapararlos. Desde un punto de vista objetivo, la existencia de la intención de acaparamiento por parte de la comunidad como base para reclamar la restitución de los q'ipi solamente puede apreciarse por la existencia de varios ejemplares fungibles entre sí. O sea, si la comunidad posee bienes que puedan sustituir a los bienes que ya no están y que puedan cumplir la misma función que los mismos cumplían dentro de la comunidad, el deseo de retener o restituir los bienes no sería más que un deseo de acaparamiento. Sin embargo, la infungibilidad de los q'ipi resulta clara debido a que cada uno de ellos son piezas únicas, cuya elaboración se remonta en algunos casos a tiempos preincaicos, y debido a que la permanencia de sus funciones específicas hasta el presente han sido celosamente resguardadas mediante la custodia que personalmente realizan las autoridades de la comunidad.

Por otro lado, la retención que se realiza con el fin de promover intolerancia cultural o etnocentrismo desenfrenado, o que tiene ese efecto, es aquella que se produce con el propósito de incitar el desprecio hacia otros grupos culturales y de hacer que el grupo de origen del bien prevalezca sobre otros grupos, es decir, de acciones que busquen anular la diversidad cultural.⁵⁵ En este sentido, debe considerarse que la restitución de los q'ipi por parte de su comunidad de origen no ha tenido por fin, ni a tenido el efecto de, promover intolerancia cultural o etnocentrismo. La relación de la comunidad con estos tejidos se basa en la función que los mismos desempeñan dentro de la vida religiosa, política y económica de la comunidad. El reclamo de restitución tiene fundamento en esa relación y en la

⁵⁵ Cfr. Moustakas, op. cit., p. 1189 (nota 41).

importancia de la misma para el desarrollo y la supervivencia de la comunidad. En lugar de significar una amenaza para la diversidad cultural, el retorno de los bienes a la comunidad contribuye, por el contrario, a la permanencia de este grupo cultural como grupo único que forma parte de la rica multiplicidad de culturas, ya que la separación definitiva de estos tejidos de la comunidad implicaría una amenaza a la existencia de instituciones vitales para su mantenimiento en tanto grupo cultural diferenciado.

Finalmente, queda por constatar si la permanencia de los q'ipis en el seno de las comunidades de Coroma va en contra de alguno de las normas morales generalmente aceptadas que han sido ofrecidos por George para dar concreción al concepto de 'consenso moral objetivo' planteado por Moustakas, es decir, como referencia para la determinación de la existencia de una 'relación negativa con el objeto'. En este sentido, tratar de aplicar el examen de inalienabilidad de un bien cultural a un caso concreto, tomando como punto de partida la solución planteada por George, parece ser una tarea especialmente difícil. El planteamiento de George parte de la violación de determinados principios morales, representados por las normas internacionales de *ius cogens*. Su aporte a la teoría de Moustakas es valioso en tanto señala determinadas normas generales. Sin embargo, existe un problema fundamental en este planteamiento que hace que su aplicación sea considerablemente limitada. En efecto, este planteamiento sólo sería aplicable cuando la violación de una de las normas sea evidente, pero su aplicabilidad se desvanece cuando existen dudas sobre cuál es la norma que resultaría violentada a través del vínculo del bien con el grupo. Si existen dudas sobre cuál es la norma que resultaría vulnerada a través del vínculo del bien con el grupo, esto supondría constatar la correspondencia de ese vínculo con cada una de las normas que podrían haber sido vulneradas, de manera individualizada.

Este cotejo implicaría además, en sentido contrario, demostrar que el vínculo del bien con el objeto no viola alguna de las normas, es decir, se trataría de demostrar un hecho negativo. De acuerdo con el planteamiento de George, si se quiere comprobar que el bien es inalienable debe demostrarse, entre otras cosas, que su retención por parte del grupo de origen no implica un uso de la fuerza prohibido por el derecho internacional, no implica la ejecución de un acto criminal en el sentido del derecho internacional, no contempla o ampara el comercio de esclavos, la piratería o el genocidio, y no vulnera un derecho humano. Esto resultaría imposible desde un punto de vista lógico. Posible sería, sin embargo, demostrar que determinados hechos contrarios a una de las normas indicadas han sido producidos.

En este sentido, la única forma de salvar esta dificultad sería que, en casos en los cuales se discuta la retención o restitución de bienes culturales esencialmente vinculados con su grupo de origen, se presuma la existencia de una relación ‘buena’ o ‘positiva’ con el objeto. De esta manera, quien alegue lo contrario, es decir, quien sostenga que el vínculo del bien con su grupo de origen viola una norma de *ius cogens* –o lo que es lo mismo, que el vínculo se basa en una ‘relación negativa con el objeto’– y que, por lo tanto, no se trata de un bien cultural inalienable, deberá demostrar el hecho que vulnera, o amenaza con vulnerar, alguna de las normas antes enunciadas.

Tomando en cuenta la observación anterior, puede afirmarse que la retención de los tejidos de Coroma en el seno de la comunidad no está, en principio, relacionada en forma alguna con las normas indicadas por George. Podría afirmarse que esto resulta evidente en cuanto a las normas que prohíben un uso de la fuerza contrario a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, la ejecución de cualquier otro acto criminal en el sentido del derecho internacional, así como también en cuanto a las normas sobre el comercio de esclavos, la piratería o el genocidio. Así mismo, la posibilidad de que la retención de los tejidos implique una amenaza para la igualdad entre Estados o el principio de autodeterminación debería ser excluida porque, aun cuando esta retención se fundamenta en la existencia de la comunidad como grupo cultural, no existe referencia alguna a la intención de aislamiento, y aún menos a la idea de secesión. La inalienabilidad de los textiles y, en consecuencia, la retención de los mismos por parte de la comunidad, se ha justificado partiendo de la pertenencia del grupo al Estado boliviano y se fundamenta, justamente, en la existencia de ciertos derechos que como grupo le han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico de Bolivia. Esto sería, cuando menos, un indicio valedero de un sentido de permanencia a la nación boliviana.

Ahora bien, siguiendo el planteamiento de George, en el examen de inalienabilidad se deben tomar en consideración igualmente las normas sobre derechos humanos, en tanto normas de *ius cogens*. En el presente caso, no obstante, la relación o no relación del vínculo del bien con el grupo con un derecho humano no es evidente. Debido a ello, sería necesario un análisis individualizado en relación con cada derecho humano y, puesto que la violación de un derecho humano podría darse mediante el uso de los tejidos en situaciones específicas, habría que disponer, así mismo, de información suficientemente detallada en torno a las funciones y el uso de los tejidos dentro de la comunidad. Así, pues, ahondar en este punto para demostrar la inalienabilidad de los tejidos de Coroma resulta imposible, en tanto no

exista una acusación específica basada en un hecho que pueda conducir a afirmar que la retención del bien cultural por su grupo de origen lesiona un derecho humano determinado.

Tomando en cuenta el planteamiento de George, la teoría de la propiedad grupal cobra más concreción, pero su aplicación verdadera será posible solamente si, una vez demostrada la existencia del ‘vínculo sustancial del bien con el grupo’, se presume que ese vínculo sustancial se basa en una ‘relación positiva con el objeto’. Por las razones expuestas anteriormente, la existencia de una ‘relación negativa con el objeto’ debería tener que ser demostrada por quien la alegue.

En los países de origen suele establecerse expresamente en los textos constitucionales o leyes nacionales la inalienabilidad no sólo de los bienes sustancialmente atados a la identidad del grupo, sino de todo bien cultural. En términos prácticos, sin embargo, la presunción de inalienabilidad de los bienes esencialmente vinculados a la identidad del grupo, cuyo derecho a existir y perpetuarse (auto-constitución y auto-desarrollo) sea reconocido por el ordenamiento jurídico, solamente cobra verdadera relevancia si se admite en los ordenamientos jurídicos de los países consumidores de estos bienes, es decir, los países que tradicionalmente son destino de bienes culturales. Pero la aceptación de una presunción de inalienabilidad como la que aquí se plantea por parte de países consumidores de bienes culturales, como por ejemplo Estado Unidos, dista todavía mucho de ser una realidad. En todo caso, tomar en cuenta las normas de *ius cogens* para la determinación de la existencia de una ‘relación negativa con el objeto’ podría sentar las bases para la fundamentación de dicha presunción en los correspondientes debates en el contexto internacional.

Referencias

Bator, Paul, *An Essay on the International Trade in Art*, Stanford Law Review, Nro. 34, 1981-1982, pp. 275-384.

Booth, Sarah, *Sacred Textiles Returned to Bolivia*, Washington Post, 25 de septiembre, 1992, disponible en: <http://culturalheritage.state.gov/aymara.html> (visitado el 14.06.2009).

Consejo Internacional de Museos, *Saqueo en América Latina*, ICOM, Paris, 1997.

Coombe, Rosemary, *The Recognition of Indigenous Peoples' and Community Traditional Knowledge in International Law*, St. Thomas Law Review, Nro. 14, Invierno, 2001, pp. 275-285.

George, Tanya, *Using Customary International Law to Identify “Fetishistic” Claims to Cultural Property*, New York University Law Review, Nro. 80, 2005, pp. 1207-1236.

Gerstenblith, Patty, *Identity and Cultural Property: The Protection of Cultural Property in the United States*, Boston University Law Review, Nro. 75, 1995, pp. 559-588.

Lowenthal, Constance, *Textiles Returned*, The Wall Street Journal, 9 de diciembre, 1992, disponible en: <http://culturalheritage.state.gov/aymara.html> (visitado el 14.06.2009).

Merryman, John, *Two Ways of Thinking about Cultural Property*, American Journal of International Law, Nro. 80, 1986, pp. 1882-1923.

Moustakas, John, *Group Rights in Cultural Property: Justifying Strict Inalienability*, Cornell Law Review, Nro. 74, 1988-1989, pp. 1179-1227.

Radin, Margaret, *Property and Personhood*, Stanford Law Review, Nro. 34, 1981-1982, pp. 957-1015.

Tugores, Francesca *et alt.*, *Introducción al Patrimonio Cultural*, Trea, Gijón, España, 2006.