Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

# CASOS RELATIVOS A BIENES CULTURALES LATINOAMERICANOS

Las situaciones jurídicas internacionales que giran en torno a derechos relativos a bienes culturales se han tratado tradicionalmente de la misma manera que las situaciones de ese tipo referidas a cualquier bien mueble, es decir, a través de la regla *lex rei sitae* (véase el capítulo séptimo).[1] Sin embargo, los objetos culturales tienen una naturaleza especial y un gran valor,[2] que va más allá de los intereses que en ellos puedan tener el Estado o los sujetos particulares. Es por ello por lo que la regla *lex rei sitae* no puede aplicarse a rajatabla cuando se trata de la repatriación o restitución internacional de objetos de arte, objetos arqueológicos o antigüedades de cualquier tipo, que poseen un valor científico, histórico o cultural. Jayme, defendiendo la existencia un vínculo especial entre los bienes culturales y la nación de la cual éstos son originarios, ha resaltado acertadamente que, además, tratándose de casos en los que se debaten derechos reales referidos a bienes culturales, la regla *lex rei sitae* resulta ser accidental y fácilmente manipulable.[3]

Considerando esto, la complejidad que reviste el problema de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales desde el punto de vista del derecho internacional privado es muy amplia, y concierne a países de todas las regiones del mundo. En América Latina, el complejo panorama de esta temática incluye, por ejemplo, la situación, muy poco estudiada hasta ahora, y de la que no nos ocuparemos aquí, de las obras de arte nacionalizadas por el régimen cubano, cuyos propietarios privados originarios han reclamado de vuelta. Dichas obras no sólo se incluyeron en las colecciones públicas del Museo Nacional de Bellas Artes de La Habana,

[1] Jayme, E. (2005), *Ein internationaler Gerichtsstand…, cit.*, p. 518.

[2] Fincham, D. (2008), *How Adopting the Lex Originis Rule…, cit.*, p. 115; Krischok, H. (2016), *Der rechtliche Schutz des Wertes…, cit.*; Wiese, V. (2010), *Der Bedeutungswandel der Situs-Regel…, cit.*, pp. 83-100; Jayme, E. (1994), *Diskussion…, cit.*, p. 144.

[3] Jayme, E. (2005), *Ein internationaler Gerichtsstand…, cit.*, p. 517.



DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



como podría presumirse, sino que también han sido vendidas en el mercado internacional pasando a manos de coleccionistas privados.[4]

En este capítulo vamos a exponer un conjunto de siete casos específicos de repatriación o restitución internacional de bienes culturales originarios de América Latina que son emblemáticos, y que fueron resueltos en Estados Unidos, Italia y Canadá. Podrá observarse que en tales casos ha jugado un papel destacado la posibilidad de aplicación de las leyes de los países de origen (véase capítulo decimosegundo). Asimismo, se verá que la mayor parte de los casos a los que nos referiremos han tenido lugar en Estados Unidos, país en el que se encuentra el mercado de bienes culturales más grande del mundo.[5]

## I. Repubblica dell'Ecuador contro Danusso[6]

Este caso fue decidido por el *Tribunale di Torino*, Italia, el 25 de marzo de 1982. Los hechos que dan lugar a la controversia se inician en 1974, cuando aparece una publicación en una revista italiana en la que se describía una colección de piezas arqueológicas provenientes de Ecuador, y se indicaba que su propietario era un ciudadano italiano residente en Milán, que luego fue identificado como Giuseppe Danusso. El cónsul de Ecuador en Milán conoció en 1975 lo que se reseñaba en la revista, y solicitó que la fiscalía investigara la legalidad de la importación de las piezas a Italia. A partir de esta denuncia, los bienes fueron incautados, y se inició un proceso penal en el que se acusaba a Danusso y a sus colaboradores de haber cometido, entre otros, los delitos de robo y ejercicio abusivo del comercio de bienes antiguos. Danusso declaró que había adquirido los bienes de ciudadanos ecuatorianos entre 1972 y 1975, y los había importado a Italia en diferentes momentos con ayuda de varias personas, entre las que se encontraba un anticuario de Quito, y también dijo que había vendido muchas de las piezas en ferias en Italia. Reconoció, además, que conocía la legislación ecuatoriana que prohibía la exportación de ese tipo de bienes.

---

[4] Dickieson, W. (2019), "Artistic Absolution: Can Cuba and the United States Cooperate in Restituting Castro's Looted Collection?", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 40, 509-535.

[5] Paterson, R. (2014), "Canada", en Nafziger, J. y Paterson, R (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Tade* (pp. 74-106), Cheltenham, Edward Elgar.

[6] Repubblica dell'Ecuador – Casa della cultura ecuadoriana (avv. Bisocchi Visconti, Dodero) contro Danusso (avv. Grande Stevens, Borda), Matta (avv. Crufi) e altri. Tribunale di Torino, sentenza 25 marzo 1982. Presidente, Conti – Giudice Rel., Barbuto. Véase *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, anno XVIII, 1982, pp. 625-635.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



En este proceso se decidió que no era posible proceder penalmente contra ciudadanos italianos por delitos que habían sido cometidos en el extranjero. La propiedad de los bienes incautados fue objeto, no obstante, de un proceso civil, que se inició por demanda de la República de Ecuador, que reclamaba la propiedad de dichos bienes y su restitución. A continuación, expondremos la decisión a la que se llegó en este proceso civil.

Para resolver este caso, las consideraciones del tribunal se centraron en cinco aspectos. El primer aspecto consistía en comprobar la naturaleza de los bienes objeto de la disputa como bienes muebles de interés histórico, artístico y arqueológico para la cultura ecuatoriana, lo que significaba realizar la calificación de dichos bienes (véase el capítulo tercero). El segundo aspecto implicaba especificar el régimen jurídico de los bienes arqueológicos en Ecuador. Para ello, el tribunal se basó en disposiciones legislativas ecuatorianas (Constitución de 1945, Ley de Patrimonio Artístico de 1945 y Código Civil), que se encontraban vigentes en el momento de la ocurrencia de los hechos, y cuya traducción oficial fue presentada por Ecuador en su calidad de demandante. De esas disposiciones (artículos 145 y 146 de la Constitución de 1945 y artículo 47 de la Constitución de 1967; artículos 618, 623, 626 y 660 del Código Civil; y artículos 1 y 4 de la Ley de Patrimonio Artístico), el tribunal dedujo la existencia de la categoría jurídica del *dominio eminente del Estado sobre bienes fiscales*, bajo la cual entran los bienes arqueológicos. Esta categoría jurídica se ubica en una posición intermedia entre bienes privados, sometidos a la propiedad civil, y bienes nacionales de uso público (o bienes estatales), sometidos a la propiedad común. Se trata de bienes que son propiedad del Estado, pero sobre los cuales se admite el derecho privado, aunque irreversiblemente limitado por la posición eminente del Estado, por cuya protección tales bienes quedan cubiertos en interés y beneficio de la sociedad.

Del *dominio eminente* se desprende, en términos prácticos, la prohibición del libre comercio de esta clase de bienes, es decir, su tratamiento como *res extra commercium*.[7] En este mismo orden de ideas, no es posible la transferencia de su dominio a título oneroso o gratuito. No es posible tampoco su adquisición a título originario (por ejemplo, mediante excavación) ni su tradición o sucesión. Como puede observarse, las limitaciones de la propiedad privada sobre esta clase de bienes, que el tribunal deduce de las disposiciones legales ecuatorianas vigentes al momento de los hechos que dan origen a este caso, se traducen en el carácter inalienable, inembargable e imprescriptible, que actualmente se encuentra expresamente en la

[7] Siehr, K. (1994), *Öffentliches Recht und internationales Privatrecht…, cit.*, p. 97.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



Constitución de Ecuador de 2008 (artículo 64), al igual que ocurre en otros ordenamientos jurídicos nacionales, como ya vimos (véase el capítulo decimosegundo).

En conclusión, el tribunal estimó que las disposiciones legales consideradas implicaban que

> a) los bienes arqueológicos están sujetos por ley al dominio del Estado de Ecuador;
>
> b) la titularidad del dominio, si pertenece a la persona privada de buena fe (en cotitularidad con el Estado), no es libremente transferible a terceros;
>
> c) los bienes no pueden ser transferidos de un lugar a otro en el Ecuador sin la autorización de los cuerpos ministeriales;
>
> d) los bienes no pueden ser sacados del Estado de una manera definitiva.[8]

El tercer aspecto del que se ocupó el tribunal consistía en determinar cuál ordenamiento jurídico regulaba el caso concreto. Mientras que Danusso afirmaba que la propiedad se derivaba de la posesión de buena fe (basándose en el principio de "posesión vale título" presente en el ordenamiento jurídico italiano), el demandante (Ecuador) sostenía que el título de su derecho de propiedad se desprendía (*ex lege*) de la legislación ecuatoriana. Para dilucidar este aspecto fue fundamental la consideración del artículo 22 (disposiciones preliminares) del Código Civil de Italia, que contempla que la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes muebles e inmuebles se rigen por la ley del lugar de la ubicación (regla *lex rei sitae*). En este caso concreto, que trataba de bienes muebles que habían sido trasladados de Ecuador a Italia, el tribunal consideró que el artículo 22 requería una interpretación más profunda que tomara en cuenta la distinción entre el título del cual se deriva el derecho de propiedad y el contenido de ese derecho real. En tal sentido, el Tribunal afirmó lo siguiente:

> En caso de transferencia del bien de un Estado a otro, el título del cual se deriva el derecho de propiedad sobre el bien en disputa queda sujeto a la ley que originalmente lo regulaba; de hecho, el simple desplazamiento del bien no puede hacer nacer el título del cual se deriva la existencia del derecho. El mero contenido de la ley, en cambio, estará sujeto a la ley del nuevo Estado de la "situación".
>
> …si bien el contenido actual del derecho real sobre el bien trasladado a otra parte debe ser apreciado de acuerdo con la ley de la nueva "situación", las disputas concernientes a la forma en que el titular del derecho lo aprove-

[8] Traducción propia.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



> chó cuando el bien estaba en el otro Estado (disputas sobre el título de propiedad o sobre la propiedad) continuarán sujetas a la ley a la cual entonces estaba el bien sometido (no a la que actualmente está sujeto, es decir, en el momento en que surge la disputa).[9]

En este caso, el objeto de la disputa "se refiere a la titularidad del derecho de propiedad y, en particular, a los hechos legales que han permitido la formación de un título válido de propiedad sobre los bienes incautados". Así vistas las cosas, el tribunal consideró que como *lex loci*, de conformidad con el artículo 22, debía entenderse "la ley del lugar donde se formó el título de propiedad, lugar en el que se ubicaban originalmente los bienes y de donde luego se trasladaron o retiraron, aunque sea ilegítimamente, de manera fraudulenta y criminal", es decir, la legislación de Ecuador.

El tribunal se encargó, por último, de dos aspectos, que consistían en evaluar la compatibilidad de la legislación ecuatoriana, por un lado, con el orden público interno italiano y, por otro lado, con el orden público internacional. Para evaluar la compatibilidad con el orden público interno, el tribunal realizó en primer lugar la calificación del título del derecho de propiedad originado bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este sentido, aunque el término "dominio" usado por la legislación ecuatoriana no coincidía con los términos de la legislación italiana, el tribunal consideró el contenido y ejercicio de este derecho, y las limitaciones y prohibiciones que éste implicaba, como "perfectamente compatibles, y en todo caso no en contradicción, con la legislación nacional". En especial, el tribunal determinó que se trataba de un derecho real, y, en consecuencia, entraba dentro del ámbito del artículo 22 (disposiciones preliminares) del Código Civil italiano (*lex rei sitae*), de la manera que fue interpretado en este caso concreto. En general, El Tribunal sostuvo que

> …la legislación sobre el modo de adquirir la propiedad, las prohibiciones, las limitaciones de contenido, el sistema de autorización vinculante con respecto a los bienes de interés histórico, artístico y arqueológico coincide perfectamente con la legislación positiva vigente en Italia, con los principios generales del ordenamiento jurídico y con los principios fundamentales establecidos en la Constitución.
>
> …[No] existe ningún obstáculo jurídico para la inserción de la legislación extranjera ecuatoriana, en relación con la adquisición de la titularidad del derecho de propiedad, dentro del ámbito de la legislación interna nacional, su

[9] Traducción propia.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



> armonía sistemática no se ve perturbada ni comprometida por la recepción contingente de normas extranjeras.[10]

En cuanto a la compatibilidad de la legislación ecuatoriana con el orden público internacional, el tribunal se refirió particularmente a la Convención de la Unesco de 1970, que no había entrado en vigor para Italia al momento de la ocurrencia de los hechos del caso, por lo que no puedo ser tomada como fundamento legal de la sentencia. La Convención, sin embargo, era relevante en dos sentidos: por una parte, porque en ella se recogen principios generales del orden público internacional sobre patrimonio cultural, cuyo respaldo había dado ya el Estado italiano al momento en que se decidió el caso, y por otra parte, porque la Convención "adapta al espíritu de solidaridad y colaboración entre los Estados".

En conclusión, el tribunal afirmó lo siguiente:

> La aplicación de las reglas de Ecuador en la presente disputa, de hecho, no crea desarmonía, ni causa peligros de incompatibilidad en el sistema general de acuerdos internacionales a los que Italia está actualmente vinculada.
>
> Por el contrario, parecería que se crea una cierta falta de armonía en el caso contrario, si Italia se negara a tal inclusión.[11]

Con base en las consideraciones descritas, el tribunal decidió que los bienes muebles objeto de la disputa, de interés histórico artístico y arqueológico para la cultura ecuatoriana, son "propiedad total y exclusiva del Ecuador", y, en consecuencia, ordenó su devolución inmediata a dicho país.

## II. United States v. Hollinshead[12]

Otro caso relativo a objetos originarios de un país latinoamericano es el caso *United States v. Hollinshead*, decidido por sentencia de la *U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit*, del 17 de junio de 1974. Éste fue el primer caso relativo a bienes culturales en el cual se aplicaba la Ley sobre Bienes Nacionales Robados (*National Stolen Property Act* [NSPA]).[13] Este caso se refería al hecho de que Clive

[10] Traducción propia.

[11] *Idem*.

[12] *United States v. Hollinshead* (1974), 495 F.2d 1154, U.S. Court of Appeals 9th Cir.

[13] Eyster, J. (1996), "United States v. Pre-Columbian Artifacts and the Republic of Guatemala: Expansion of National Stolen Property Act in its Application to Illegally Exported Cultural Property", *International Journal of Cultural Property*, 5(1), 185-191.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



Hollinshead, un comerciante de objetos precolombinos, organizó, junto con otras personas, la obtención de objetos en Centroamérica para su comercialización en Estados Unidos. Específicamente, el caso se centró en una estela precolombina conocida como Estela Machaquila 2, originaria de Guatemala. La pieza, que medía 208 cm x 124 cm y tenía la figura de un sacerdote y jeroglíficos en su cara y a los lados,[14] había sido extraída de una ruina maya en la selva guatemalteca y cortada en pedazos para ser transportada hasta Belice dentro de cajas marcadas con la frase "efectos personales" e identificada con dirección de Hollinshead en Santa Fe Springs, California.[15] La estela fue enviada a Miami, Florida, donde otros conspiradores la recogieron, y, posteriormente, intentaron venderla a varios coleccionistas y museos en diferentes lugares de Estados Unidos: Decatur, Georgia, Nueva York, Wisconsin y Raleigh, Carolina del Norte. Al final, terminó en poder de Hollinshead en California, donde él también intentó venderla.[16]

En este caso se trataba de actos de comercio de bienes importados y transportados dentro del territorio estadounidense en contravención de la NSPA. De manera que implicaba un análisis sobre la consideración del objeto como "robado", lo que, en el marco de la NSPA, 18 U.S.C. § 2314, significa: "…adquirido o poseído, como resultado de algún acto o toma ilícita o deshonesta, mediante la cual una persona obtiene o retiene la posesión de bienes que pertenecen a otra persona, sin o más allá de cualquier permiso otorgado, y con la intención de privar al titular del beneficio de la propiedad".[17]

En relación con este aspecto, la resolución del caso *McClain*, que tuvo lugar posteriormente, y se explicará más adelante, se produjo siguiendo el camino abierto por las consideraciones sobre las cuales se basó la decisión del caso *Hollinshead*.[18]

En su apelación contra la sentencia a través de la cual se les había condenado por conspiración para transportar bienes robados desde el extranjero y dentro de Estados Unidos, Hollinshead y otro de los conspiradores planteaban, por una parte, que era bajo la ley guatemalteca como la estela podía ser caracterizada como un bien robado, y, por otra parte, que

[14] Hughes, W. (1977), "United States v. Hollinshead: A New Leap in Extraterritorial Application of Criminal Laws", *Hastings International and Comparative Law Review*, 1(1), 149-171, p. 149.

[15] United States v. Hollinshead (1974), 495 F.2d 1154, 9th Cir. Véase también, Hughes, W. (1977), "United States v. Hollinshead, A New Leap…", *cit.*

[16] United States v. Hollinshead (1974), 495 F.2d 1154, 9th Cir.

[17] Traducción propia.

[18] Eyster, J. (1996), "United States v. Pre-Columbian Artifacts…", *cit.*

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



no podía presumirse que ellos conocieran la legislación extranjera.[19] En la sentencia de la *U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit*, se hizo referencia al hecho de que, de acuerdo con la legislación de Guatemala, la propiedad de esta clase de objetos recae en el Estado, y éstos no pueden ser removidos del territorio guatemalteco sin permiso del gobierno. Pero, adicionalmente, se afirmaba que tanto de la conducta de los implicados como de sus testimonios podía concluirse que "También hubo pruebas abrumadoras de que los acusados sabían que remover la estela era contrario a la ley guatemalteca y que la estela fue robada".[20] La presencia de este elemento era muy importante, dado que uno de los aspectos claves de la NSPA es la exigencia de conocimiento doloso.[21] En este orden de ideas, se aclaró en la sentencia, además, que "la ley según la cual se imputó a los apelantes era la ley de Estados Unidos",[22] puesto que, como se afirma más adelante, "viendo las instrucciones en su conjunto, creemos que es muy improbable que el jurado haya considerado que la instrucción cuestionada se refería a la ley de Guatemala".[23] La sentencia explica, en ese sentido, que el conocimiento de la ley guatemalteca por parte de los apelantes era relevante "solo en la medida en que se relaciona con la cuestión de su conocimiento de que la estela fue robada".[24]

La sentencia de la *U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit* ratificó finalmente la decisión condenatoria.

## III. United States v. McClain[25]

Al caso *United States v. McClain* se refieren dos sentencias de la *U. S. Court of Appeals*, Fifth Circuit, una del 24 de enero de 1977 (*McClain I*) y otra del 23 de abril de 1979 (*McClain II*). Estas sentencias establecieron la denominada "doctrina McClain", que ha creado en Estados Unidos un estándar de revisión para casos relativos a exportación ilegal de bienes culturales,[26] y según la cual pueden ser reconocidas las leyes extranjeras que consagran la

[19] United States v. Hollinshead (1974), 495 F.2d 1154, 9th Cir.

[20] *Idem*.

[21] Eyster, J. (1996), "United States v. Pre-Columbian Artifacts…", *cit*.

[22] United States v. Hollinshead (1974), 495 F.2d 1154, 9th Cir. (traducción propia).

[23] *Idem*.

[24] United States v. Hollinshead (1974), 495 F.2d 1154, 9th Cir.

[25] United States v. McClain, 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977) y United States v. McClain, 593 F.2d 658 (5th Cir. 1979).

[26] Eyster, J. (1996), *United States v. Pre-Columbian Artifacts…, cit*.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



propiedad del Estado sobre los bienes culturales que se hallan dentro de su territorio.[27]

Las sentencias de 1977 y 1979 reafirman una condena por conspiración para transportar y recibir objetos precolombinos (figuras y vasijas de terracota, cuentas y otras piezas), lo que se había llevado a cabo a sabiendas de que los objetos habían sido exportados sin autorización desde México a Estados Unidos. Los hechos incluían también comercio interestatal dentro de Estados Unidos, desde California hasta Texas, donde los objetos fueron ofrecidos a la venta en mayo de 1973 por Joseph Rodríguez.[28]

El caso giraba en torno a la violación de la NSPA[29] de 1934. De esta manera, se delimitó jurídicamente el alcance del caso, al indicar que no se centraba propiamente ni en la aplicación de una ley extranjera dentro del territorio estadounidense ni en establecer si la exportación se había producido en contravención de la prohibición establecida en la ley mexicana, hecho éste que, por lo demás, no era controvertido por los apelantes.[30]

Los apelantes,[31] que ya habían sido condenados por los hechos indicados más arriba, como se afirma en la sentencia de *McClain II*, se basan en dos teorías para rechazar que se aplicara la NSPA. La primera teoría se refería a que el Congreso de Estados Unidos, al dictar la NSPA, no tenía la intención de abarcar bienes robados por razón de una declaración de propiedad hecha por otro país. Para ellos, en lugar de la NSPA, debía considerarse más bien la Ley sobre Importación de Monumentos Arquitectónicos o Murales Precolombinos (*Law on Importation of Pre-Columbian Monumental or Architectural Sculpture or Murals*), adoptada por Estados Unidos en 1972, que establece sólo la pena civil de decomiso para la importación de ciertos tipos de objetos de origen precolombino. La segunda teoría aludía a una violación al debido proceso, al imponerse sanciones penales mediante referencia a una ley mexicana que calificaban de "vaga e inaccesible".[32]

---

[27] Base de datos ArThemis, Universidad de Ginebra. Disponible en: *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/pre-columbian-archaeological-objects-2013-united-states-v-mcclain*.

[28] United States v. McClain, 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977) y United States v. McClain, 593 F.2d 658 (5th Cir. 1979).

[29] National Stolen Property Act [NSPA], 10 U.S.C. § 2314.

[30] United States v. McClain, 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977).

[31] Joseph Rodríguez actuó en colaboración con William Simpson, Mike Bradshaw, Patty McClain y Ada Simpson; estos últimos fueron arrestados el 6 de marzo de 1974 en California y en Texas. Ver: Base de datos ArThemis, Universidad de Ginebra. Disponible en: *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/pre-columbian-archaeological-objects-2013-united-states-v-mcclain*.

[32] United States v. McClain, 593 F.2d 658 (5th Cir. 1979) (traducción propia).

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



En este contexto, las dos cuestiones centrales del caso *United States v. McClain* consistieron, primero, en que se trataba de la aplicación de la NSPA, y no de una ley extranjera (que prohibiera la exportación no autorizada). Y, segundo, que los bienes eran bienes robados, en el sentido de la NSPA. En cuanto a la primera cuestión, en la sentencia *McClain I* se aclara que, desde la perspectiva de la NSPA, una persona que importa a Estados Unidos un objeto cultural que ha sido exportado ilegalmente no puede ser acusada solamente sobre la base de la ilegalidad de esa exportación, y la posesión de ese objeto no puede ser perturbada en el territorio estadounidense únicamente por esa razón. En cuanto a la segunda cuestión, se sostiene que si bien el término "robado" tiene una significación amplia en el marco de la NSPA, dicho término no se puede identificar con la exportación ilegal.[33]

Al tratar esta última cuestión, era esencial determinar si los bienes eran propiedad del Estado mexicano al momento de producirse la exportación ilícita. En relación con ello, en la sentencia *McClain I* se sostuvo que "El Estado se convierte en propietario de bienes solo cuando adquiere tales bienes de la manera general, como las personas privadas se convierten en propietarias, o cuando se declara a sí mismo como propietario; esta declaración es un atributo de la soberanía".[34]

En este sentido,

> …una declaración de propiedad nacional es necesaria antes de que la exportación ilegal de un artículo pueda ser considerada robo, y el artículo exportado "robado", en el sentido de la Ley sobre Bienes Nacionales Robados. Una declaración tal, combinada con una restricción de exportación sin consentimiento del propietario (México) es suficiente para activar la NSPA.[35]

El análisis en este caso había de centrarse, entonces, en ver si la propiedad de México sobre los bienes precolombinos que habían sido exportados ilícitamente podía derivarse de una ley, en tanto acto soberano del Estado mexicano. Sobre este asunto, se sostuvo en la sentencia lo siguiente: "La revisión de las leyes mexicanas relevantes demuestra que el gobierno mexicano, desde 1897, ha estado estableciendo para sí mismo más y más amplios derechos en los objetos precolombinos. Solo en 1972, sin embargo, el gobierno declaró que todos los objetos precolombinos eran propiedad de la República".[36]

---

[33] United States v. McClain, 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977).

[34] *Idem*.

[35] *Idem*.

[36] *Idem*.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



En efecto, se determinó que antes de 1972, cuando entró en vigor la Ley de Monumentos Históricos y Zonas Arqueológicas, el Estado mexicano podía considerarse propietario sólo de los monumentos arqueológicos (inmuebles) y de los muebles encontrados en ellos. A partir de la entrada en vigor de la Ley de 1972, no obstante, la República de México tiene necesariamente la propiedad de sobre la clase de objetos a los que se refiere este caso.[37] De manera que tales objetos eran ya propiedad de México en mayo de 1973, momento en el cual los objetos precolombinos se encontraban en territorio de Estados Unidos, de donde se derivaba que la exportación había ocurrido con posterioridad a la entrada en vigor de la ley mexicana.[38]

En el marco de lo dicho, la sentencia *McClain I* se ocupó, además, de la aparente confusión entre propiedad y posesión en el contexto de un caso como el que se comenta. Dicha confusión implicaba, en cierta medida, la confusión entre robo y exportación ilegal, a la que aludimos más arriba. Se aclara, en este sentido, que "la posesión es un incidente frecuente, pero no elemento *sine qua non* de la propiedad, ni en el *common law* ni en el *civil law*".[39] Y más adelante, habiendo afirmado que la propiedad en este caso derivaba de una disposición legal a través de la cual el Estado mexicano se declaraba a sí mismo como propietario de la clase de bienes que habían sido exportados ilícitamente, se afirmó en la sentencia *McClain I* que "separar de un país ciertos bienes es análogo a privar a ese país de la posesión sobre dichos bienes, ya que priva al país de jurisdicción sobre estos".[40]

## IV. Peru v. Johnson[41]

Aproximadamente diez años después de la última sentencia del caso *McClain*, se decidió en la *U. S. District Court* de California el caso *Peru v. Johnson*. Como

[37] *Idem*.

[38] *Idem*.

[39] *Idem*.

[40] *Idem*. Sobre este caso se puede consultar adicionalmente, Goldberg, A. (2006), "Reaffirming McClain: The National Stolen Property Act and the Abiding Trade in Looted Cultural Objects", *UCLA Law Review*, 53, 1031-1071; Morrow, J. E. (2007), "The National Stolen Property Act and the Return of Stolen Cultural Property to its Rightful Foreign Owners", 30, *Boston College International and Comparative Law Review*, 249-261. Específicamente sobre la NSPA, se puede ver Green, G. (2007), "Evaluating the Application of the National Stolen Property Act to Art Trafficking Cases", *Harvard Journal on Legislation*, 44, 251-63; Urice, S. K. (2007), "Between Rocks and Hard Places: Unprovenanced Antiquities and the National Stolen Property Act", *New Mexico Law Review*, 40(1), 123-161.

[41] Peru v. Johnson, 720 F. Supp. 810 (C.D. Cal. 1989).

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



se verá, la solución de este caso se aleja de las soluciones en los casos *Ecuador c. Danusso*, *United States v. McClain* y *United States v. Hollinshead*, en cuanto se refiere a la consideración de normas legales del Estado de origen de bienes culturales que han sido exportados ilícitamente, cuando la devolución de éstos es requerida por dicho Estado. En este caso el gobierno peruano afirmaba ser el propietario de 89 objetos precolombinos de origen moché que habían sido incautados por las autoridades aduaneras estadounidenses a Benjamin Johnson, un coleccionista privado. En consecuencia, Perú solicitó la devolución de estos objetos. La incautación tuvo lugar debido a que en 1987 los agentes de aduanas de Estados Unidos habían sido contactados por un contrabandista que había estado involucrado en la exportación de estos objetos a Estados Unidos.[42]

Como en los casos *McClain* y *Hollinshead*, este caso también fue decidido en aplicación de la NSPA. Dos cuestiones eran centrales en este caso. Una de ellas residía en la necesidad de establecer si los objetos habían sido efectivamente extraídos de suelo peruano, y no de alguno de los países limítrofes con Perú, hasta cuyos territorios se extendía la cultura moché, a la que se atribuía la proveniencia los objetos. La otra cuestión era la de determinar si podía considerarse que el Estado peruano era legalmente propietario de los objetos. Se decidió que ambas cuestiones no podían ser resueltas claramente de manera favorable a las pretensiones peruanas, como pasaremos a explicar.

En relación con la primera cuestión, se consideró en la sentencia lo siguiente: "El hecho de que los elementos en cuestión sean identificables con los sitios de excavación en el Perú moderno no excluye la posibilidad de que sean igualmente similares a los artefactos encontrados en monumentos arqueológicos en Bolivia y Ecuador".[43]

La aseveración anterior se basaba en el testimonio de uno de los expertos que, según se afirma en la sentencia, "[en] algunos casos, admitió que un artículo pudo haber venido de Ecuador o Colombia o México o incluso de la Polinesia, pero no obstante mantuvo la opinión de que se había encontrado en un área particular de Perú, debido a su similitud con otros objetos tomados de ese sitio".[44]

A partir de ello, se estableció en relación con el origen territorial de los objetos, que "Debido a las muchas otras posibilidades, este tribunal no pue-

[42] Base de Datos ArThemis, Universidad de Ginebra. Disponible en: *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/89-moche-artifacts-2013-peru-v-johnson*.

[43] Peru v. Johnson, 720 F. Supp. 810 (C.D. Cal. 1989) (traducción propia).

[44] *Idem*.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



de basar una conclusión de propiedad sobre tales conclusiones subjetivas. No estamos seguros de cuál es el país de origen de ninguno de los artefactos aquí mencionados. Esta desafortunada circunstancia excluye la adjudicación de que vinieron de Perú".[45]

Este último problema ha sido considerado también en otras jurisdicciones. Puede mencionarse que en el contexto alemán la Ley sobre Protección de Patrimonio Cultural (*Kulturgutschutzgesetz* [KGSG]) se ha ocupado de este tipo de situaciones. La KGSG exige, en efecto, para que la importación pueda considerarse ilegal, que la prohibición de exportación exista en todas los Estados de origen concernidos, cuando el origen de los objetos no se puede establecer claramente. El artículo 32, párrafo 2, de esta Ley establece:

> (2) Si el origen de los bienes culturales se encuentra en varios Estados actuales y no se puede determinar claramente de cuál de esos Estados provienen, se entenderá que los bienes culturales han sido exportados ilegalmente, si no podrían haber sido exportados bajo la ley de cada uno de los Estado elegible sin una licencia de exportación y dicha licencia de exportación no existe.[46]

Ahora bien, en cuanto a la segunda cuestión enunciada, relativa a la propiedad del gobierno de Perú sobre los objetos, era necesario determinar el momento en que los bienes fueron extraídos del territorio peruano. En la sentencia se señaló que Johnson compró los objetos "de buena fe a lo largo de los años",[47] en relación con lo cual uno de los expertos afirmó que "es imposible determinar a partir del examen de los bienes aquí concernidos cuándo se excavaron o abandonaron el país de origen, y que muchos de los artefactos peruanos se trajeron a Estados Unidos antes de 1929".[48] Se consideró en este caso que Perú no podía reclamar propiedad sobre los bienes, a menos que éstos hubieran salido de Perú después de 1929, pues, de acuerdo con otro de los testigos expertos que participó en el proceso, las normas peruanas anteriores a 1929 tenían solamente "importancia académica".[49] El artículo 1o. de la Ley 6634 de 1929 decía, en efecto, que eran propiedad del Estado "los monumentos históricos existentes en el territorio nacional anteriores a la época del Virreinato. Es inalienable e imprescriptible el derecho de la nación sobre dichos monumentos". Sin

[45] *Idem*.
[46] Traducción propia.
[47] Peru v. Johnson, 720 F. Supp. 810 (C.D. Cal. 1989) (traducción propia).
[48] *Idem*.
[49] *Idem*.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



embargo, el artículo 11 de la misma ley estableció un sistema de registro que dejaba abierta la posibilidad de que particulares fueran propietarios de dichos objetos. Dudas sobre la implementación de ese registro determinaron que se decidiera que en el caso *Peru v. Johnson* no era posible establecer si el Estado peruano era el propietario de los objetos en el momento en que éstos dejaron el país.[50] Obsérvese que en el caso *Danusso* el tribunal italiano no consideró una regulación similar de la legislación ecuatoriana.

En definitiva, en el caso *Perú v. Johnson* se decidió que la pretensión de Perú no podía prevalecer y, por lo tanto, no podría recuperar los objetos. En ese orden de ideas, el tribunal afirmó: (a) no sabemos en qué país se encontraron y de dónde se exportaron; (b) si fueron encontrados en Perú, no sabemos cuándo; (c) no sabemos si estuvieron en posesión privada en Perú más de un año después de que se abrió el libro de registro oficial, y (d) el alcance de la reclamación de propiedad del Perú como parte de su legislación interna es incierto.

## V. United States v. Pre-Columbian Artifacts and the Republic of Guatemala[51]

Este caso se refiere a una acción (*interpleader action*) presentada por Estados Unidos ante la District Court, N. D. Illinois, E. D., para determinar quién tenía los derechos sobre ciertos objetos precolombinos originarios de Guatemala, que fue decidida el 14 de octubre de 1993. Los objetos habían sido incautados a los acusados Louis Krauss, Jerome Grunes y Barbara Grunes en noviembre de 1990. Los acusados reclamaban tener un interés legítimo en la propiedad, mientras que el gobierno de Guatemala reclamaba que los artefactos habían sido exportados ilegalmente y/o robados, y, sobre esa base, solicitaba que fueran devueltos al Estado guatemalteco. No se discutía que los objetos hubieran sido robados a un sujeto privado ni que hubieran sido excavados ilegalmente, como tampoco que hubieran sido propiedad del Estado de Guatemala antes de su exportación ilícita.[52] La Corte asumió que los objetos habían sido exportados ilegalmente desde Guatemala y, además, aceptó como cierta la afirmación hecha por el gobierno guatemalteco en cuanto a que

[50] Ochoa Jiménez, M. J. (2018), "Repatriación de Objetos Arqueológicos: Observando el Caso de Machu Picchu", *Revista Pensamiento Jurídico*, 48, 223-259.

[51] United States v. Pre-Columbian Artifacts, 845 F. Supp. 544 (N.D. III. 1993).

[52] Eyster, J. (1996), *United States v. Pre-Columbian Artifacts…, cit.*

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



> …el derecho de Guatemala establece que, tras una exportación sin autorización, los artefactos se confiscan a favor de la República de Guatemala y pasan a ser propiedad de Guatemala. El artículo 21 de la ley para la protección y mantenimiento de la monumentos, objetos arqueológicos, históricos, artísticos y artesanías prevé la confiscación a favor del Estado luego de la exportación ilícita.[53]

Y, a continuación, la Corte consideró que Guatemala sostenía que dicha ley hacía que los objetos, cuya exportación ilegal se imputaba a los acusados, se convirtieran en bienes robados en violación de la NSPA. Sin embargo, para los demandados, incluso suponiendo que se hubiera tratado de una exportación ilegal, los objetos debían haber pertenecido al Estado guatemalteco antes de la exportación, para que pudieran ser considerados propiedad robada según la NSPA, puesto que, como se había establecido en el caso *McClain*, la exportación ilegal no podía considerarse equivalente a robo, en el marco de la NSPA. Para la corte fue decisivo, no obstante, que la ley guatemalteca hacía que los objetos pasaran a ser de su propiedad en el momento de la exportación ilegal, es decir, los mismos "fueron robados cuando fueron exportados".[54] Como consecuencia, los acusados devolvieron los bienes al gobierno guatemalteco, y no se continuó judicialmente con ninguna acción.

En el caso *United States v. Pre-Columbian Artifacts and the Republic of Guatemala*, como puede observarse, no se reflejan las doctrinas desarrolladas a partir del caso *Hollinshead*, y especialmente en *McClain I* y *II*, en cuanto a la consideración, por parte de las cortes estadounidenses, de leyes extranjeras dictadas por los Estados de origen de bienes culturales para la protección de su patrimonio. Sin embargo, *United States v. Pre-Columbian Artifacts* representó una vuelta a la senda trazada por dichos casos, después del alejamiento que se había producido en la decisión de *Peru v. Johnson*. Adicionalmente, con base en la decisión tomada en *United States v. Pre-Columbian Artifacts and the Republic of Guatemala*, ha recomendado la doctrina que los problemas probatorios e interpretativos que se suscitaron en el caso pueden ser evitados si los Estados de origen simplemente establecen legalmente que cualquier objeto cultural exportado sin autorización pasa a ser propiedad del Estado.[55]

---

[53] United States v. Pre-Columbian Artifacts, 845 F. Supp. 544 (N.D. III. 1993) (traducción propia).

[54] Eyster, J. (1996), *United States v. Pre-Columbian Artifacts… cit.*, p. 189.

[55] *Ibidem*, p. 190.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



## VI. Textiles de Coroma

Este caso se refiere a dos procesos diferentes, uno ocurrido en Estados Unidos y otro en Canadá.[56] Ambos giran en torno a ciertos tejidos originarios de Coroma, una comunidad indígena de Bolivia. Algunos de ellos son de tiempos prehispánicos; muchos fueron fabricados entre 1500 y 1580 con fibras especiales de origen animal y vegetal. Los tejidos, llamados *qhawa* o *unku* en lengua originaria, son una especie de ponchos pertenecientes a los antepasados de la comunidad. Los diseños y los colores de los tejidos representan una especie de mapas históricos que cuentan el pasado, a la vez que revelan el futuro de la comunidad. Los tejidos tienen, así, no sólo un gran valor estético, por sus diseños y la finura del tejido, sino también un gran valor material debido a su antigüedad y a la especialidad de las fibras usadas para su confección. Sin embargo, el mayor valor que poseen los tejidos para la comunidad es su valor cultural. Como en ellos habitan las almas de los antepasados, es costumbre de la comunidad consultarles sobre diferentes cuestiones, familiares o comunitarias, que son respondidas por las almas de los antepasados.[57]

Teniendo los tejidos un gran valor material debido a su belleza y exclusividad, llegaron a tener un valor comercial muy elevado en un mercado aupado por la demanda de numerosos coleccionistas y museos privados.[58] Esto se inicia en el marco de las visitas que a fines de la década de los setenta hicieran a Coroma traficantes de arte. El tráfico ilegal comienza específicamente a partir de 1978,[59] momento a partir de la cual, aprovechando la celebración del Día de Todos Santos, traficantes visitaban la comunidad y solicitaban permiso a las autoridades para fotografiar los tejidos. Pasado cierto tiempo, pagaban a intermediarios —personas de comunidades cercanas que podían pasar desapercibidas, y cuya pobreza les constriñe en muchos casos a ceder ante las relativamente pequeñas cantidades de dinero

[56] El texto sobre este caso se basa en Ochoa Jiménez, M. J. (2012), "Movimiento ilícito internacional de objetos culturales latinoamericanos", en Lizardi Gómez, A. y Ortiz Cadena, K. (eds.), *Cartografías del movimiento. Bosquejo de espacios creados por recorridos de individuos y artefactos* (pp. 177-200), Guadalajara, Universidad de Guadalajara.

[57] Ochoa Jiménez, M. J. (2011), *Der Schutz materieller Kulturgüter…, cit.*, y bibliografía allí citada.

[58] Bubba, C. y Albó, X. (2010), "John murra jach'atalalaq jach'amamalaq q'ipinkunata q'ipiysiwanchik / John Murra nos ayuda a cargar la responsabilidad de los abuelos y abuelas", *Chungara Revista de Antropología Chilena*, 42(1), 113-125.

[59] Bubba, C. (2011), video disponible en: *http://rolexawards.com/en/the-laureates/cristinabubbazamora-culturecomeshome.jsp* (02-08-2011).

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



que les ofrecen los traficantes—[60] para que fueran a la comunidad y hurtaran los tejidos que habían sido registrados e identificados a través de las fotografías, y dejaran en su lugar otros tejidos o fragmentos de éstos. Los tejidos eran trasladados por los intermediarios hasta La Paz, donde eran entregados a los traficantes a cambio de una cantidad de dinero. En Bolivia, cuatro residentes de Coroma fueron llevados a prisión por este caso, mientras otro grupo fue castigado por la comunidad.[61] Los traficantes extraían los tejidos subrepticiamente del país y los llevaban a Estados Unidos, donde eran comercializados, vendidos por decenas de miles de dólares. Este procedimiento fue seguido por Steven Berger, comerciante de obras de arte de San Francisco, en Estados Unidos, que trasladó numerosos tejidos de Coroma a Norteamérica.[62]

En Estados Unidos, el proceso judicial tuvo lugar, debido a que allí se produjo fortuitamente la localización de algunos tejidos. En 1988, una persona recibió una tarjeta de invitación para un evento, que estaba ilustrada con una fotografía de un *qhawa*[63] que se ofrecía en venta. La persona en cuestión era un antropólogo profesor de la Universidad de Cornell, John Murra, quien tenía conocimiento sobre los pueblos andinos y, por tanto, conocía la importancia que, en general, los tejidos tienen en esas culturas. Posteriormente, miembros de la comunidad de Coroma identificaron el tejido que aparecía en la fotografía como propio, y constataron que Steven Berger había visitado la comunidad el Día de Todos Santos de 1985[64] y había sido autorizado para fotografiar los tejidos, pues la comunidad llevaba un registro de quiénes visitaban el lugar. A partir de entonces se tejió una red de científicos y activistas que lograron el apoyo del gobierno boliviano y de abogados en Estados Unidos para recuperar algunos de los tejidos.

El fundamento jurídico que sirvió de punto de partida para respaldar las exigencias de devolución fue el artículo 9 de la Convención de la Unesco de 1970, que establece la cooperación entre los Estados parte de la convención en caso de que bienes arqueológicos o etnológicos sean objeto de comercio ilícito. Pero aunado a ello —y dado que la Convención de la Unesco no es

[60] Yates, D. (2012), *Coroma Textiles*, disponible en: *https://traffickingculture.org/encyclopedia/case-studies/coroma-textiles/* (19-06-2019).

[61] *Idem*.

[62] Ross, N. (1993), "Import Ban Extended on Bolivian Textiles", *The Washington Post*, 20 de mayo.

[63] Una descripción detallada de este poncho se encuentra en Bubba, C. y Albó, X. (2010), *John murra jach'atalalaq…, cit*.

[64] Lowenthal, C. (1992), "The Recovery of the Aymara Textiles: Textiles Returned", *The Wall Street Journal*, 9 de diciembre.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



aplicable directamente en los Estados parte—, la ilegalidad de la transacción residía en el hecho de que el ordenamiento jurídico boliviano (artículo 3, Decreto Supremo 05918 de 1961) prohibía la exportación de "la riqueza artística, histórica y arqueológica, incluyendo la destinada al culto religioso y la propiedad particular". La prohibición de exportación de la ley de 1961 era razón suficiente para demostrar la ilegalidad de cualquier exportación. De dicha prohibición sólo se eximen objetos para exposiciones o muestras que, en virtud de convenios internacionales, dejen temporalmente el país, y obras de arte contemporáneo de antigüedad menor de treinta años (artículo 4, Ley de 1961). El traslado definitivo de tejidos tradicionales estaba, en consecuencia, prohibido por la legislación boliviana.

El caso fue resuelto por acuerdo entre los abogados estadounidenses, que *ad honorem* representaban a la comunidad, y Steven Berger, quien después de cinco años de negociaciones accedió a regresar 49 tejidos.[65] a cambio de que se le devolvieran los restantes, cuya propiedad no pudo ser demostrada por la comunidad, y de que no se continuara proceso judicial en su contra.[66] La devolución de los tejidos ocurrió, en efecto, en 1992.

El proceso en Canadá, por su parte, tiene lugar porque cuando Berger vio amenazada su posesión de los tejidos, envió a Roger Yorke, un socio suyo de Nueva Escocia, Canadá, un paquete de tejidos antiguos, entre los que se encontraban tejidos originarios de Bolivia. Yorke había tenido una tienda en La Paz, Bolivia, y acostumbraba a usar a compradores locales para obtener objetos para su posterior venta. Mientras vivía en América Latina, Yorke trabajaba junto con Berger en el negocio de compra y venta de tejidos bolivianos. Cuando se separaron en 1984, Yorke quedó a cargo de enviar los tejidos hacia Estados Unidos y Canadá.

Los funcionarios de aduana de Estados Unidos habían seguido la pista a los objetos enviados desde Estados Unidos, y encontraron que Yorke tenía en su poder más de cuatrocientos objetos identificados como patrimonio cultural boliviano, de alrededor de seiscientos objetos que le fueron decomisados en total.[67] Debido a la relación de dicha posesión con el caso que estaba siendo llevado en Estados Unidos contra Berger, fue solicitada la incautación, que se produjo por parte de la policía canadiense en julio de 1988, y en abril de 1989 fue reclamada oficialmente su devolución por parte de Bolivia.[68]

---

[65] Bubba, C. y Albó, X. (2010), *John murra jach'atalalaq…, cit.*

[66] Honan, W. (1992), "U.S. Returns Stolen Ancient Textiles to Bolivia", *The New Times*, 27 de septiembre.

[67] Paterson, R. (2014), *Canada…, cit.*

[68] *R. v. Yorke* [1991] Nova Scotia Judgments No. 368 Action S.C.C. No. 2573 (Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division); *R. v. Yorke* 112 N.S.R. (2d) 240; 307 A.P.R. 240

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



Hay dos aspectos resaltantes en este caso. Por una parte, Yorke conocía las leyes bolivianas, como se afirmó en la sentencia:[69]

> …una persona cuyo negocio es el comercio y la importación de bienes culturales y obras de arte tiene claramente un deber de hacer mayores indagaciones. Tal persona tiene acceso a funcionarios consulares, policiales y de aduana y otros comerciantes en el país extranjero. Es razonable esperar de tales personas que hagan indagaciones razonables sobre el estatus de los bienes que se propone exportar desde el territorio extranjero.[70]

Por otra parte, en la apelación se analizaron las clases de bienes culturales protegidos por el ordenamiento jurídico boliviano y si podían considerarse protegidos los tejidos en torno a los cuales giraba el proceso. En relación con ello, se dijo:

> En general, la información suministrada por el apelante en cuanto a que, para "designar específicamente" bienes culturales se necesita algo más de Bolivia que lo especificado en el Decreto, no es sostenible. No sería posible para una nación crear una lista pormenorizada de cada pieza del patrimonio a ser protegido. Las categorías se han dejado claras en el Decreto, como ha sido descrito por el Doctor Valdez-Andretta, y aplican a los objetos decomisados al apelante. De manera similar, la sugerencia de que el término "tejidos" es excesivamente amplio, y no sirve para distinguir los "tejidos" que tienen un significado cultural de los que no lo tienen, no es persuasiva. El término "tejidos" es de uso común y el Decreto los distingue de otros tipos de manufactura. La Señora Bubba-Zamora testificó sobre la tradición textil en Bolivia. Los tejidos que son objetos culturales revelan una información valiosa sobre los grupos étnicos y sus prácticas religiosas.
>
> Acepto la información de quienes responden en cuanto a que el juez del proceso no se equivocó al concluir que el testimonio del Doctor Valdez-Andretta y la Señora Bubba-Zamora demostraban que los artículos decomisados entraban claramente dentro del significado del Decreto.[71]

---

(1992) (Nova Scotia County Court); *R. v. Yorke* [1993] 3 S.C.R. 647; 158 N.R. 3496 (Supreme Court of Canada) (1993). *Cfr.* Paterson, Robert (1993), "Bolivian textiles in Canada", *International Journal of Cultural Property*, 2(2):359-370. Véase también Paterson, R. (2014), *Canada…, cit.*

[69] Paterson, R. (2014), *Canada…, cit.*

[70] *Yorke v. The Queen* 166 N.S.R. (2d) 130; 498 A.P. R. 130 (1998), citado en Paterson, R. (2014), *Canada…, cit.*, p. 94 (traducción propia).

[71] *Yorke v. The Queen* 166 N.S.R. (2d) 130; 498 A.P. R. 130 (1998), citado en Paterson, R. (2014), *Canada…, cit.*, p. 94 (traducción propia).

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



Finalmente, con base en las consideraciones anotadas, Yorke fue encontrado culpable de la importación ilícita de los objetos en cuestión y condenado a la entrega de los bienes confiscados.[72]

De manera general, es de anotar que la ley de Canadá sobre importación y exportación de patrimonio cultural de 1977 es más amplia que la ley estadounidense, en el sentido de establecer no solamente la prohibición de exportación de bienes del patrimonio cultural nacional sobre la base la reciprocidad, sino también de reconocer la designación de determinados objetos como patrimonio cultural que haya sido hecha de acuerdo con la legislación del país de origen. La legislación estadounidense, por el contrario, exige que se establezca una lista de los bienes que están protegidos por cada acuerdo bilateral (véase el capítulo segundo). El caso de los tejidos de Coroma ha sido considerado, en este sentido, como un caso más en el que, para evadir la ley canadiense, se procedió a ingresar bienes culturales a través de Estados Unidos.[73] Los cerca de cuarenta tejidos recuperados en Canadá fueron devueltos en 2002, junto con un lote de más de cuatrocientos objetos culturales bolivianos y peruanos que habían sido incautados por la policía canadiense.

## VII. Machu Picchu[74]

Entre los años 1911 y 1915, Hiram Bingham, quien fue un político estadounidense y profesor de historia de América del Sur en la Universidad de Yale, realizó tres expediciones a Perú, especialmente a las regiones circundantes a *Machu Picchu*, en búsqueda de la ciudad perdida de los incas. Entonces existían algunas normas en Perú para regular las exploraciones y excavaciones arqueológicas, y otras fueron dictadas especialmente en el marco de las mencionadas expediciones, debido a la influencia del propio Bingham o de autoridades estadounidenses.[75] Entre estas normas destacan el Decreto Supremo

[72] Conferencia General de la UNESCO 29a Reunión, Report by the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation on its Activities (1996-1997), 1997. Documento 29 C/REP.12, p. 4.

[73] Paterson, R. (1993), "Bolivian Textiles in Canada", *International Journal of Cultural Property*, 2(2), 359-370.

[74] El texto sobre este caso está basado en Ochoa Jiménez, M. J. (2018), *Repatriación de objetos arqueológicos: observando el caso de Machu Picchu…, cit.*

[75] Heaney, C. (2012), *Las tumbas de Machu Picchu. La historia de Hiram Bingham y la búsqueda de las últimas ciudades de los Incas*, Lima, Fondo Editorial PUCP.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



del 27 de abril de 1893, modificado por el Decreto Supremo 2612 del 19 de agosto de 1911, según el cual "Todos los objetos que se encuentren [durante exploraciones o excavaciones arqueológicas] pertenecen al Estado", y la resolución del 31 de octubre de 1912, dirigida especialmente a permitir y regular las exploraciones y excavaciones realizadas por Hiram Bingham.

Bajo la vigencia de estas normas, 46,332 objetos y fragmentos[76] fueron trasladados a la Universidad de Yale, institución que, junto con la *National Geographic Society*, financió las expediciones de Bingham. El traslado había sido autorizado por el gobierno peruano por medio de una resolución del 27 de enero de 1916. Los documentos disponibles muestran, sin embargo, que tanto Bingham como la *National Geographic Society* entendían que las piezas continuaban siendo propiedad de Perú, aunque no hay evidencia de que la Universidad de Yale compartiera la misma opinión.

A comienzos de la década de 2000, el gobierno peruano reclamó la devolución de las piezas a la Universidad de Yale. A diferencia de lo que sostuvo más tarde en su defensa en el juicio iniciado en 2008, la Universidad de Yale aducía en 2005 que la ley peruana demostraba que era titular del derecho de propiedad sobre los objetos y fragmentos exportados durante las expediciones de Hiram Bingham.

Perú presentó su demanda contra la Universidad de Yale el 5 de diciembre de 2008 ante la Corte del Distrito de Columbia. Posteriormente, a solicitud de la Universidad de Yale, la causa fue transferida a la Corte del Distrito de Connecticut. Cuando en diciembre de 2008 el gobierno peruano demandó a la Universidad de Yale ante la Corte estadounidense, éste aducía que el ordenamiento jurídico aplicable era el peruano. Ello se debió a que, con base en dicho ordenamiento jurídico, habían sido otorgados los permisos para remover los restos arqueológicos del territorio peruano. Perú hacía referencia en su demanda, en primer lugar, a la Convención de la Unesco de 1970 y al Convenio Unidroit de 1995, tratados internacionales de los cuales era Estado parte.[77] Sin embargo, no se centró en el incumplimiento de estos tratados, puesto que los restos arqueológicos habían dejado su territorio mucho antes de su entrada en vigor. Perú enfatizó en su demanda enmendada, sin embargo, que estos tratados habían sido violados en su espíritu, y apeló expresamente a los principios morales reconocidos univer-

[76] De acuerdo con un inventario realizado por el Instituto Nacional de Cultura de Perú en el 2008. Véase Bákula, C. (2008), "Yale y el Valor de un Inventario", *Revista Caretas*, 12, 70-72.

[77] Esto se encuentra tanto en la versión original de la demanda como en la versión enmendada que Perú presentó el 20 de abril del 2009.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



salmente, sobre los que estos tratados se fundan. Además, el gobierno de Perú detalló en su demanda diecisiete reclamaciones legales de las que acusaba a la Universidad de Yale, entre ellas: violación de la ley peruana, daños por retención ilegítima, apropiación indebida, incumplimiento de contrato de depósito, incumplimiento de deber fiduciario, fraude, enriquecimiento ilícito, asociación para la comisión de ilícitos civiles extracontractuales por retención ilegal, por apropiación indebida, por fraude y por manifestación fraudulenta.

La demanda contenía una relación detallada de las normas peruanas y narraba detenidamente las expediciones de Hiram Bingham, enfatizando el apoyo que recibió de la Universidad de Yale y de la *National Geographic Society*, así como de agencias del gobierno estadounidense. Adicionalmente, resaltaba la oposición que Hiram Bingham encontró en Perú durante sus expediciones; por ejemplo, por parte del Instituto Histórico del Cuzco.[78] La demanda peruana se centró en demostrar que se violaron las normas peruanas, y que esto se hizo a conciencia. Esto habría ocurrido, por ejemplo, cuando la Universidad de Yale se negó, por una parte, a devolver las piezas a pesar de conocer su obligación de hacerlo y, por otra parte, a dar cuenta de todas las piezas de la expedición de 1912 que tenía en su poder.[79]

Perú se reservaba el derecho a exigir la devolución de los restos arqueológicos excavados, y mantenía, de esta forma, los derechos de propiedad sobre ellos.[80] Hacer hincapié en el hecho de que la universidad había quebrantado el ordenamiento jurídico peruano servía a Perú para poner en tela de juicio la actuación de la Universidad de Yale en cuanto a las expediciones de Bingham, así como también en cuanto a la retención actual de los restos arqueológicos. Esto hizo que su demanda, sin perder su naturaleza de acusación legal, fuera expresión de una postura política compatible con la que el gobierno peruano había mantenido hasta entonces.

La Universidad de Yale desarrolló su respuesta a la demanda del gobierno de Perú basándose en las reglas de Connecticut sobre prescripción (véase el capítulo cuarto).[81] En este sentido, trató de demostrar que, en vir-

[78] *Republic of Peru v. Yale*, demanda enmendada, párrafos 68, 76, 84, 112.

[79] *Ibidem*, párrafo 126.

[80] *Ibidem*, párrafo 91.

[81] Para aplicar las reglas de Connecticut sobre prescripción no se tiene en cuenta el ordenamiento jurídico peruano. Según las normas peruanas aplicables, particularmente la Resolución de octubre de 1912, Perú podía solicitar la devolución en cualquier momento (*Republic of Peru v. Yale*, demanda enmendada, párrafo 48). Ver también: *Republic of Peru v. Yale*, *US District Court for the District of Connecticut*, 3:09-cv-01332, contestación, 9 de octubre de 2009, p. 7.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



tud de estas reglas, Perú había perdido el derecho a interponer una acción en su contra en relación con los hechos en los que basaba cada una de sus reclamaciones.

Entre las reclamaciones hechas por la parte peruana había algunas que se basaban en la existencia de contrato previo —por ejemplo, incumplimiento de contrato—, y otras que no se referían a la preexistencia de un contrato —por ejemplo, asociación para la comisión de ilícitos civiles extracontractuales—. Según la defensa de la universidad, la prescripción habría ocurrido, en cualquier caso, antes del 16 de enero de 2009, fecha en la cual la Universidad de Yale fue notificada de la demanda. Perú habría perdido este derecho, en algunos casos —en materia de daños y reclamaciones similares—, tres años después y, en otros casos —en materia de contratos—, seis años después de haber ocurrido determinados hechos que habrían "puesto a andar el reloj de la prescripción".

El hecho de que la Universidad de Yale construyera su defensa en torno a la figura de la prescripción tenía ciertas implicaciones. Por una parte, no negaba que el Estado peruano hubiera podido —por lo menos en algún momento— reclamar legalmente su derecho de propiedad sobre las piezas. En lugar de negar este hecho, se centró en lo que más necesitaba para dar forma a la prescripción como hilo conductor de su defensa: demostrar la inacción del gobierno de Perú en momentos en los que la universidad había actuado como propietaria.[82] Por otra parte, no planteaba que hubiera existido algún tipo de transmisión voluntaria de la propiedad de las piezas por parte de las autoridades peruanas, pues para que tal cosa hubiera tenido lugar era necesario que mediara un contrato. Pero una de las cosas que la Universidad de Yale necesitaba negar era, precisamente, haber tenido alguna relación contractual con el gobierno de Perú, pues le interesaba desvirtuar la existencia del contrato de depósito, cuyo incumplimiento reclamaba el gobierno peruano en su demanda.[83] Una conclusión importante que se desprende de la postura formalista adoptada por la Universidad de Yale en su defensa es que la naturaleza esencialmente procedimental de la prescripción no le servía para reclamar un título legal válido sobre los objetos, que descansara sobre la base de algún argumento legal sustantivo.[84]

---

[82] *Republic of Peru v. Yale*, contestación, p. 13.

[83] *Republic of Peru v. Yale*, demanda enmendada, sexta causa de acción.

[84] Swanson, S. (2009), "Repatriating Cultural Property: The Dispute Between Yale and Peru over the Treasures of Machu Picchu", *San Diego International Law Journal*, 10, p. 494.

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d



Antes de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del caso, el gobierno de Perú retiró en febrero de 2010 seis de sus reclamaciones.[85] En medio de masivas movilizaciones y manifestaciones en apoyo a la devolución, auspiciadas en buena medida por alumnos y exalumnos de la Universidad de Yale,[86] ambas partes suscribieron un acuerdo el 23 de noviembre de 2010, con motivo del cual el proceso judicial fue suspendido. El cumplimiento de este acuerdo y, en consecuencia, la devolución de las piezas a Perú en el tiempo en él estipulado, sería lo que determinaría el fin del proceso judicial iniciado en diciembre de 2008. En este documento se acordó, por una parte, la devolución de gran parte de los restos arqueológicos, en dos lotes a ser entregados en 2011 y 2012. Por otra parte, se estableció la creación en Cuzco de un museo y de un centro de investigación. El museo se abrió en 2011 con una exposición de las piezas devueltas en el primer lote, compuesto por diecisiete cajas con 350 piezas museables y fragmentos.[87] En relación con el centro de investigación, la Universidad Nacional San Antonio Abad de Cuzco y la Universidad de Yale firmaron otro acuerdo en febrero de 2011, que ha venido implementándose en medio de ciertas críticas provocadas porque se perciben como excesivos la participación y el control por parte de la institución estadounidense.

[85] Chechi, A., Aufseesser, L. y Renold, M. A. (2011), *Case Machu Picchu collection–Peru and Yale*, disponible en: *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/machu-picchu-collection-2013-peru-and-yale-university/case-note-2013-machu-picchu-collection-2013-peru-and-yale-university* (11-11-2019).

[86] Heaney, C. (2012), *Las tumbas de Machu Picchu…, cit.*

[87] *El Diario del Cusco* (2011, junio 23).

DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas