



Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Departamento de Derecho Internacional

Patrimonio Cultural Indígena: La repatriación de restos humanos y bienes culturales desde la Normativa Internacional de Derechos Humanos, el Derecho Comparado y el Régimen Jurídico Nacional

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Manuel Molina Plaza

Profesora Guía: Liliana Galdámez Zelada

Santiago, Chile

Enero, 2020

Índice

Introducción.....	5
Capítulo I. Patrimonio Cultural y la evolución de su protección en el Derecho Internacional	9
1. Patrimonio Cultural	9
2. Patrimonio Cultural Indígena	12
2.1. Importancia del Patrimonio Cultural Indígena.....	15
3. Normas Internacionales de protección del Patrimonio Cultural en general	16
3.1. Convención de La Haya de 1954	17
3.2. Convención de la UNESCO de 1970	19
3.3. Convención de la Unesco de 1972	22
3.4. Convenio UNIDROIT de 1995	23
4. Normativa Internacional de derechos humanos para los Pueblos Indígenas relativa patrimonio cultural y repatriación.....	25
4.1. Convenciones y declaraciones de Derechos Humanos	26
4.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político 26	
4.1.2. Convenio N° 169 de la OIT	28
4.1.3. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 30	
4.1.4. La Convención sobre Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005	33
4.2. Otros instrumentos internacionales de derechos humanos.....	35
4.2.1. Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural de 2001	35
4.2.2. Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas	36
4.2.3. Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas	39
Capítulo II. La Repatriación y el Derecho Comparado.....	42
1. Restitución de Patrimonio Cultural Indígena	43
2. Repatriación de Patrimonio Cultural Indígena	45
3. Reapropiación de Patrimonio Cultural Indígena	47
4. Régimen Jurídico Estadounidense relativo a sus Pueblos Originarios y la Repatriación 48	

4.1.	Antecedentes Histórico-Normativos	48
4.2.	Native American Graves Protection and Repatriation Act o NAGPRA	51
4.2.1.	Objeto de protección.....	51
4.2.2.	Sujetos Legitimados y Sujetos Obligados	53
4.2.3.	Procedimiento.....	54
4.2.4.	Organismos que intervienen	56
4.2.5.	Sanciones	56
4.3.	Experiencia tras la aplicación de NAGPRA en Estados Unidos.....	57
5.	Régimen Jurídico Argentino relativo a sus Pueblos Originarios y la Repatriación	60
5.1.	Antecedentes Histórico-Normativos	60
5.2.	Ley N°25.517 sobre Restitución de Restos Mortales de Aborígenes de 2001 y Decreto 701 de 2010 que reglamenta su aplicación	62
5.2.1.	Objeto de protección.....	63
5.2.2.	Sujetos Legitimados y Sujetos Obligados	64
5.2.3.	Procedimiento.....	65
5.2.4.	Organismos que intervienen	66
5.2.5.	Sanciones	67
5.3.	Experiencia en Argentina tras la dictación de la Ley N°25.517 y la dictación del Decreto Reglamentario 701 del año 2010	68
Capítulo III. El Tratamiento Jurídico Nacional relativo a Patrimonio Cultural Indígena y Repatriación y los casos emblemáticos en esta materia		72
1.	Antecedentes Histórico-Normativos.....	72
2.	Normas Vigentes sobre Pueblos Indígenas, su Patrimonio Cultural y Repatriación.....	74
2.1.	Ley Indígena N°19.253	75
2.2.	Ley de Monumentos Nacionales N°17.288	78
2.3.	Ley N°21.45 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.....	80
3.	Proyectos de ley sobre Pueblos Indígenas, Patrimonio Cultural y Repatriación al 2019	82
3.1.	Proyecto de Ley Boletín N°10.936-04 sobre protección del patrimonio cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas.....	82
3.2.	Proyecto de Ley Boletín N° 12.175-24, que modifica la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales, para regular los patrimonios culturales	84
4.	Casos chilenos emblemáticos en relación a la Repatriación Cultural	86

4.1. Museo Gustavo Le Paige y las reclamaciones del Pueblo Atacameño por los restos de sus ancestros	86
4.2. Repatriación de Restos de Comunidades Atacameñas y Aymaras desde Estados Unidos	89
4.3. Repatriaciones y Reclamaciones del Pueblo Rapa Nui respecto a su Patrimonio Cultural.....	90
Conclusiones.....	94
Bibliografía.....	98
Referencias Bibliográficas	98
Referencias Electrónicas	100
Referencias Normativas	101

INTRODUCCIÓN

Los seres humanos a lo largo de sus miles de años de existencia han sido siempre creadores de cultura. Ya sea a través de pinturas rupestres en los albores de la humanidad o de una canción en la época contemporánea, han ido moldeando su existencia determinados por sus creaciones, tradiciones y creencias. La cultura “*es ese todo complejo que incluye conocimientos, creencias, arte, moral, costumbres, y todas las demás capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de una sociedad*”¹ y a su vez, son aquellos “*modos de conducta aprendidos y sus manifestaciones materiales, socialmente transmitidos de una generación a la siguiente y de una sociedad o individuo a otro.*”² Esto por supuesto no ha sido un atributo ajeno a los pueblos indígenas quienes desde sus inicios como grupos humanos fueron formando su propio patrimonio cultural. Sin embargo, este proceso de creación y transmisión cultural permanente se vio violentamente interrumpido por los procesos colonialistas sucedidos alrededor del mundo, en primer lugar y luego, por profesionales de la arqueología, exploradores, saqueadores de tumbas y coleccionistas privados, los cuales sin importar las razones, tomaron posesión de ese patrimonio, haciéndolo suyo y destinándolo a los más variados fines.³

La mayor parte de este patrimonio perdido se exhibe hoy en museos alrededor de mundo. Son innumerables las instituciones, tanto privadas como públicas, que hasta el día de hoy albergan patrimonio extraído en el contexto descrito. El caso más paradigmático, o con mayor notoriedad en el último tiempo es el del *moai* Hoa Haka Nana ‘Ia que hace más de 150 años fue removido de la isla de Rapa Nui por navegantes ingleses y que hoy es exhibido en el Museo Británico de Londres. Se estima que tiene una antigüedad de más de mil años y que posee un gran valor cultural y espiritual para los habitantes de la isla, pues es el único *moai* que tiene

¹ Tylor, E. B., “Primitive Culture, Researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art and custom”. Sixth Edition, Vol 1. Londres, Inglaterra. (1920). p. 1. Traducción propia.

² Clarke, D., “Analytical Archaeology”. Methuen Ed. Londres, (1968). p. 19. Traducción propia.

³ Ver más en: 1) Echo-Hawk, R. y Echo-Hawk, W., “Battlefields and burial grounds. The Indian struggle to protect ancestral graves in the United States”, Minneapolis, Lerner Publications, (1994). 2) Fforde, C., Hubert, J. y Turnbull, P. “The dead and their possessions. Repatriation in principle, policy and practice”. Londres y Nueva York: Routledge. (2002). 3) Prott, V. “Witness to history. A compendium of documents and writings on the return of cultural objects”. París, Unesco. (2009). 4) Marín, C. “Huesos sin Descanso. Fueguinos en Londres”. Santiago, Debate. (2019).

petroglifos del “Hombre Pájaro” o dios Make Make, la deidad creadora del pueblo Rapa Nui.⁴ En la actualidad, a través de un esfuerzo comunitario entre los habitantes de la isla y autoridades del gobierno de Chile se busca la repatriación del *moai* a tierras Rapa Nui sin resultados positivos hasta el momento.

Este esfuerzo comunitario y autogestionado se enmarca dentro del movimiento de repatriación levantado por los pueblos indígenas alrededor del mundo en las últimas décadas, quienes favorecidos por un mayor reconocimiento de derechos, abogan por la recuperación de restos humanos ancestrales y objetos o bienes culturales de gran valor para sus culturas.⁵ La creciente normativa internacional de derechos humanos indígenas le reconoce a los pueblos indígenas, dentro de varios derechos, los derechos culturales. La repatriación debe ser entendida como una expresión de derechos culturales, pues asegura a los pueblos indígenas la recuperación de una identidad cultural perdida que de otra forma imposibilitaría la transmisión de la misma a sus descendientes. Así lo han reconocido ciertas legislaciones en el mundo, las cuales han incluido en su ordenamiento jurídico interno a la repatriación.

Casos como el Rapa Nui se extienden y presentan incontablemente en el mundo y en Chile. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de lo que sucede a nivel internacional, hoy la repatriación indígena en nuestro país permanece sin regulación. Son pocos los intentos legislativos que han buscado traer esta problemática a la discusión en el congreso, lo cual además se ha hecho sin resultados, evidenciando que el panorama para la recuperación del patrimonio perdido de los pueblos indígenas de nuestro país se ve poco alentador. Los pocos casos de repatriación experimentados por las comunidades indígenas de Chile se han llevado a cabo a partir de la iniciativa de los afectados mediante procesos autogestionados y sujetos a las buenas voluntades de los poseedores actuales del patrimonio cultural que se pretende recuperar.

Las causas que provocan este contexto de desprotección pueden ser variadas, desde la débil institucionalidad en materia de derechos indígenas, la escasa legislación en materia de derechos culturales, y el inexistente reconocimiento constitucional de los pueblos originarios del país, se cuentan entre algunas de las causas de este fenómeno. En este contexto, los cambios

⁴ BBC, “La increíble travesía del moai que Reino Unido “robó” de la Isla de Pascua y que el gobierno de Chile quiere de vuelta”, 10 de agosto de 2018. (Fecha de consulta: 20 de junio de 2019) [En línea] <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45139107>

⁵ Arthur, J. “Repatriación Indígena en el Museo Rapa Nui”. Colecciones digitales, Subdirección de Investigación, Servicio Nacional de Patrimonio Cultural. (2018).

constitucionales que se pretenden llevar a cabo en nuestro país son una buena oportunidad para dar a las comunidades indígenas el espacio que se les ha negado durante siglos. El establecimiento de un estado plurinacional que los reconozca como actores y sujetos de derechos colectivos sentaría las bases institucionales y jurídicas necesarias para dotar de una efectiva protección a su patrimonio cultural que en último término les permita superar la problemática de desprotección y ausencia de mecanismos o vías para lograr la recuperación de su cultura.

El presente trabajo busca realizar un análisis normativo que nos permita establecer si nuestro país se ajusta a los estándares internacionales actuales en materia de derechos humanos culturales, el cual nos permitirá visibilizar la posible y eventual problemática en torno a la materia en Chile. Para estos efectos el presente trabajo se organiza en tres capítulos.

En el Capítulo I se aborda el concepto de Patrimonio Cultural con el fin de establecer un marco conceptual que nos permita situarnos dentro del contexto en el que se desarrollará el trabajo. Se define a su vez, de manera específica lo que se entiende por Patrimonio Cultural Indígena y su importancia en relación a su protección como base para la repatriación. Luego, se analizan las distintas normas de derecho internacional que se han destinado a la protección del patrimonio cultural de la humanidad en general y aquellas destinadas a la salvaguarda del patrimonio cultural indígena y la repatriación en particular que se han desarrollado en las últimas décadas, señalando aquellas respecto de las cuales nuestro país es parte.

En el Capítulo II, se desarrolla en primer lugar un estudio de la repatriación de manera específica, estableciendo una diferenciación conceptual entre los términos de Restitución, Repatriación y Reapropiación, delimitando sus distintos alcances, procedimientos para su consecución y sujetos involucrados y legitimados. Luego, se analiza la normativa comparada de Estados Unidos y Argentina, relativa a repatriación en sentido amplio mediante un estudio de sus antecedentes histórico-normativos, las principales disposiciones que aseguran este derecho, reconociendo en ellas los sujetos legitimados, el objeto de protección, los procedimientos y los organismos que intervienen, además de la manifestación implícita de la diferenciación conceptual de repatriación, junto con un estudio de la experiencia de las repatriaciones llevadas a cabo en aplicación de dichas legislaciones.

Por último, en el Capítulo III, se trata de forma sistemática el tratamiento jurídico nacional que se ha aplicado, se aplica y se pretende aplicar a los Pueblos Indígenas en relación a su patrimonio cultural y la repatriación mediante un análisis de las distintas leyes creadas al

efecto o que tratan tangencialmente la materia, junto con un análisis de dos proyectos de ley que actualmente pretenden regular sobre patrimonio cultural indígena. Finalmente se estudian las principales reclamaciones de repatriación de restos humanos y objetos culturales de valor llevadas a cabo por algunas comunidades indígenas de nuestro país, y cómo esas reclamaciones y demandas han logrado procesos de repatriación aislados, autogestionados y en colaboración con organismos internacionales y nacionales con la invocación de normas pertenecientes al *soft law* y con procesos llevados adelante gracias a la buena voluntad de aquellas instituciones que hasta el día de hoy aún mantienen patrimonio cultural indígena en su poder.

El trabajo termina con un apartado de conclusiones que presenta una sistematización de las ideas presentadas en el mismo, en relación a los objetivos planteados al inicio de este, y de cómo, a través del estudio de las distintas normas jurídicas internacionales y nacionales, evidenciamos o no, una problemática de carácter importante respecto de la cual es necesario o no regular.

Capítulo I. PATRIMONIO CULTURAL Y LA EVOLUCIÓN DE SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El objetivo de este capítulo es, abordar desde un punto de vista genérico el concepto de Patrimonio Cultural, las distintas definiciones dadas por instrumentos internacionales y la doctrina dedicada a la materia y lograr establecer a su vez un concepto de Patrimonio Cultural Indígena a través del estudio y análisis de convenciones y organismos internacionales pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas. Además, se pretende identificar y analizar el marco jurídico internacional existente hasta la fecha que ha sido destinado a la protección tanto del Patrimonio Cultural en general como del Patrimonio Cultural Indígena en particular.

1. PATRIMONIO CULTURAL

¿Qué se entiende por cultura? Una de las primeras definiciones fue la del antropólogo Edward Burnett Tylor en el año 1871, quien señaló que “la cultura o civilización tomada en su sentido etnográfico amplio, es ese todo complejo que incluye conocimientos, creencias, arte, moral, costumbres, y todas las demás capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de una sociedad.” Esta definición, que ha sobrevivido el tiempo y las distintas tesis que le siguieron, describe de forma minuciosa y muy precisa lo que debe entenderse por cultura. A su vez, el también antropólogo, David L. Clarke, señala que la cultura consiste “en los modos de conducta aprendidos y sus manifestaciones materiales, socialmente transmitidos de una generación a la siguiente y de una sociedad o individuo a otro.” En este sentido, ambas definiciones nos entregan dos elementos claves a saber, por un lado, la concepción de que la cultura es todo aquello expresado y aprendido por el ser humano en sociedad y adquirido por él como miembro de ésta y por otro, ese complejo conjunto de expresiones adquirido es transmitido de una generación a la siguiente y compartido entre individuos o sociedades diversas.

¿Qué se entiende entonces por Patrimonio Cultural? P.O. Keefe & L. V. Prott, señalan que “*el patrimonio cultural consiste en las múltiples actividades y objetos que dan evidencia de estas conductas. Implícito en la palabra “patrimonio” está también la idea de algo apreciado que debe ser preservado. Dentro de este precioso legado están incluidos objetos culturales*

muebles (recursos arqueológicos, obras de arte), objetos culturales inmuebles (edificios, monumentos y sitios), actividades expresivas (lenguaje y las artes de ejecución como la música, danza y teatro) y la herencia cultural intangible (folklore, rituales, creencias religiosas, tradiciones intelectuales, destrezas)”.⁶De esta manera, según los autores, patrimonio cultural es la expresión final de las capacidades y hábitos adquiridos o aprendidos por el ser humano, transmitidos a generaciones futuras, tanto entre individuos de una misma comunidad o sociedad como entre individuos de sociedades diversas, que se materializa en un conjunto de objetos culturales, actividades expresivas y herencias culturales respecto de los cuales es necesaria su preservación.

Sin perjuicio de las nociones de cultura y patrimonio cultural surgidas desde la doctrina antropológica desde las distintas épocas, la definición y protección jurídica de este patrimonio no vendría a aparecer en las legislaciones internacionales sino recién hasta el año 1954. Pues, a raíz de la gran destrucción provocada por el periodo de guerras mundiales y como una forma de proteger el patrimonio cultural de la humanidad fue que se comenzaron a dar las primeras definiciones jurídicas de lo que se debía entender por Patrimonio Cultural.

Desde la Haya a través de su Convención celebrada ese mismo año, la cual si bien no otorgaba una definición genérica y precisa de patrimonio cultural, si definía a los bienes culturales que componen en parte este patrimonio, señalando que serían bienes culturales “*los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos.*”⁷ De esta manera, si bien la convención no revestía de protección todas las aristas desde las cuales se puede expresar la cultura, en el entendido de la existencia de expresiones de cultura tanto materiales como inmateriales, dotaba de protección a gran parte de los elementos materiales de cultura, expresado en objetos muebles e inmuebles de importancia para el

⁶ Prott, L. V. & O’Keefe, P. “Law and the Cultural Heritage”, Vol. 1.1. Professional Books Limited, Oxford Publishing Services, Oxford, Inglaterra, (1984). p. 7.

⁷ Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 1954, Artículo 1.

patrimonio cultural de los pueblos y se constituía, por lo tanto, como la primera norma internacional que regulaba el patrimonio cultural.

Luego en el año 1970, la UNESCO a través de su Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura celebrada en París, definía los bienes culturales como “*los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia*”.⁸ Como se señala, y con el objetivo de combatir el tráfico ilícito de estos bienes, la UNESCO designaba a cada Estado como el responsable de determinar que bienes compondrían el Patrimonio Cultural de cada Nación, según un catálogo contenido en la misma Convención.

Dos años más tarde, la misma UNESCO, a través de su Conferencia General celebrada en París el 17 de octubre y su Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, definía nuevamente el patrimonio cultural en su artículo 1° como:

- “los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;
- los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;
- los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.”⁹

De esta forma, se incluían nuevas categorías de bienes dentro del concepto de patrimonio cultural ampliándolo a grupos de construcciones y lugares que tuvieran un valor universal excepcional para la humanidad, considerándose esta excepcionalidad como la característica esencial para definir un bien cultural.

⁸ Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, UNESCO, 1970, Artículo Primero.

⁹ Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, UNESCO, 1972. Artículo 1°.

Por último, en el año 2003, por parte del mismo organismo, se ampliaba aún más el concepto de patrimonio, incluyendo de esta forma el patrimonio inmaterial, antes no reconocido, y definido en la Convención Para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial como “*los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.*”¹⁰ A este tipo de patrimonio se le otorgaba como distintivo característico la transmisión del mismo a través de las generaciones y que el mismo fuera recreado constantemente por las comunidades o grupos humanos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia.

Como vemos, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX e inicios del siglo XXI, el Patrimonio Cultural ha sido objeto de una conceptualización necesaria de acuerdo a las exigencias de cada tiempo y según el objetivo de cada instrumento internacional que se ha visto en la obligatoriedad de regularlo.

Sin perjuicio de lo anterior, lamentablemente no existe en la actualidad una definición de Patrimonio Cultural aceptada por todos, sino que es posible, mediante una interpretación de numerosos instrumentos, construir una definición que logre abarcar todas las aristas desde las cuales se aborda la materia. En virtud de lo anterior, mediante un análisis de los instrumentos mencionados, Patrimonio Cultural es aquél conjunto de expresiones y representaciones humanas surgidas a través del tiempo, que han sido o son de una importancia significativa para los grupos humanos en donde han sido o son desarrolladas, las cuales, transmitidas de generación en generación, requieren de una protección efectiva por parte de los Estados en donde estas se encuentran a través de la dictación de leyes nacionales destinadas al efecto y la cooperación conjunta y diplomática entre estos y organismos internacionales.

2. PATRIMONIO CULTURAL INDÍGENA

La primera y más importante definición de Patrimonio Cultural Indígena data del año 1995, creada a partir de un informe elaborado por la Relatora Especial de asuntos indígenas para

¹⁰ Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, UNESCO, 2003, Artículo 2.1.

las Naciones Unidas, la profesora Erica-Irene Daes¹¹. En este informe, la profesora señala en primer lugar que “*constituyen el patrimonio de los pueblos indígenas todos los objetos, lugares y conocimientos, cuya naturaleza o carácter se haya transmitido de generación en generación y que se consideren herencia de un pueblo, un clan o un territorio concretos. El patrimonio de un pueblo indígena incluye también los objetos, conocimientos y obras literarias o artísticas que puedan crearse en el futuro inspirados en esa herencia.*”¹² Como vemos, la profesora, haciéndose énfasis en los elementos constituyentes de las definiciones de cultura ya vistas, precisa en la idea de que patrimonio es, de manera genérica, todo objeto, lugar o conocimiento, que haya sido transmitido en un pueblo, clan o territorio, de una generación a otra. Como elemento novedoso de esta definición encontramos la referencia que hace la Relatora a los grupos humanos sujetos de cultura, que en este caso sería cualquier pueblo, clan o territorio específico. En este sentido, se agrega la noción de clan, como un elemento más pequeño en comparación a otros grupos humanos más grandes como lo serían un pueblo, reconociéndole de esta forma igual capacidad creadora de cultura y patrimonio y por ende sujetos de protección.

Luego, de forma más específica y precisando los bienes que componen este patrimonio, la profesora agrega que por patrimonio de los pueblos indígenas se entienden comprendidos “*todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, baile, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narración y poesía; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos incluidos cultígenos y medicinas y la utilización racional de la flora y la fauna; restos humanos, bienes culturales inmuebles como lugares sagrados, emplazamientos de valor histórico y enterramientos; y la documentación del patrimonio de los pueblos indígenas en películas, fotografías, cintas de vídeo o magnetofónicas.*”¹³ Se agregan, de esta forma una gran cantidad de nuevos elementos constitutivos de patrimonio cultural específicamente relacionados con pueblos indígenas, que abarcan de forma amplia sus distintas formas de expresión, como por ejemplo, la inclusión de ceremonias, símbolos y diseños, todos elementos

¹¹ Relatora Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y ex Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas.

¹² La resolución E/CN.4/Sub.2/1995/26 del Consejo Económico y Social, “Protección del patrimonio de los pueblos indígenas, Informe definitivo de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la resolución 1993/4 y de la decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos”, (21 de junio de 1995), [En línea] <http://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1995/26>, p 11.

¹³ Ídem.

significativos para sus tradiciones. A su vez, resalta también la inclusión de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos, los cuales, en cuanto patrimonio actualmente, en palabras de la doctora Sandra Huenchuan Navarro, “*son igualmente valiosos como fuentes para el desarrollo de productos en el campo farmacéutico, agrícola, industrial, y alimenticio entre otros*”.¹⁴

Entre las características más relevantes del patrimonio indígena que reconoce la relatora especial y que a su vez lo diferencia del concepto de patrimonio cultural original, se pueden distinguir:¹⁵

- El patrimonio cultural indígena es un derecho de la colectividad y está vinculado a una familia, un clan, una tribu u otro grupo de parentesco. En este sentido considera que la distinción entre propiedad cultural e intelectual, desde el punto de vista de los pueblos indígenas, es artificial y no tiene gran utilidad. Por tal motivo, señala, “*es más fácil y más adecuado hablar del ‘patrimonio colectivo’ de cada pueblo indígena, que hacer distinciones entre ‘propiedad cultural’ y ‘propiedad intelectual’.*”¹⁶ Luego agrega que “*los pueblos indígenas no ven en absoluto su patrimonio como una propiedad -es decir, bienes que tienen un propietario y que se utilizan para obtener beneficios económicos- sino en términos de responsabilidad individual y colectiva.*”¹⁷
- El patrimonio sólo se puede compartir previo consentimiento de todo el grupo, que debe otorgarlo mediante un proceso concreto de adopción de decisiones.
- Independiente de la forma en que se otorgue el consentimiento, este siempre es provisional y revocable. El patrimonio nunca puede enajenarse, entregarse ni venderse, excepto para su uso condicional.
- Aunque el patrimonio es de la colectividad, habitualmente hay una persona a la que cabe de calificar de custodio o de guardián de cada aspecto del patrimonio de un pueblo. Esto

¹⁴ Huenchuan, S. “Propiedad Cultural e Intelectual de Los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección”. *Revista Austral de Ciencias Sociales* 8, Chile, (2004). p. 82.

¹⁵ La resolución E/CN.4/Sub.2/1993/28 de la Comisión de Derechos Humanos, “Discriminación contra los Pueblos Indígenas”, Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas preparado por la Sra. Erica-Irene Daes, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y Presidenta del Grupo, (28 de julio de 1993), [En línea] <http://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1993/28>

¹⁶ *Ibid.*, p 8.

¹⁷ *Ibid.*, p. 9.

no significa que recaiga un derecho de propiedad sobre esa persona, sino simplemente, actúa como depositario de los intereses de toda la comunidad.

2.1. Importancia del Patrimonio Cultural Indígena

El respeto por la diversidad cultural en el mundo comprende necesariamente un respeto por las distintas identidades culturales, individuales y colectivas. Las identidades colectivas pueden ser entendidas como “*la representación de ciertos rasgos distintivos de un grupo o comunidad humana, que resultan del proceso vital de la cultura, y que son capaces de adquirir desarrollo propio e histórico en cuanto entidades colectivas*”¹⁸. El patrimonio cultural, sea indígena o no, “*guarda relación con un conjunto de bienes suficientemente trascendentes en términos de simbolizar la vida y la herencia cultural de un grupo, comunidad o pueblo*”¹⁹. En ese orden de ideas, teniendo en consideración que los pueblos indígenas son reconocidos como minorías con una mayor necesidad de protección en atención a la constante discriminación y vulneración histórica de sus derechos humanos, la trascendencia de su patrimonio se vuelve aún más imperante.

Por otro lado, el constante proceso de globalización que se manifiesta en la actualidad, juntos con los rápidos proceso de cambio que viven las naciones, han hecho que surja un interés cada vez más importante en resguardar el patrimonio cultural de los pueblos. Lo anterior, en el entendido de que producto de estos procesos se genera, de acuerdo a lo señalado por O’Keefe. & Prott²⁰, un peligro de “estereotipación y despersonalización” de las culturas tradicionales de los pueblos. A este respecto, el Preámbulo de la Recomendación UNESCO sobre *Preservación del Patrimonio Cultural amenazado por Obras Públicas o Privadas*²¹ señala que, “*El Patrimonio Cultural es producto y testigo de distintas tradiciones y de los desarrollos espirituales del pasado y es un elemento esencial de la personalidad de los pueblos del mundo es indispensable preservarlo tanto como sea posible, de acuerdo a su importancia histórica y artística, de tal manera que la significancia y mensaje del patrimonio cultural llegue a ser una*

¹⁸ Muñoz, A., “Los Derechos Culturales: Una categoría aún subestimada de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N°14, UCH, 2018, p. 84.

¹⁹ *Ibid.*, p 85.

²⁰ Prott, L. V. & O’Keefe, P. Op. cit. p. 12

²¹ Recomendación sobre Preservación del Patrimonio Cultural amenazado por Obras Públicas o Privadas. UNESCO, Paris, 1968.

parte del espíritu de los pueblos, quienes pueden además ganar consciencia de su propia dignidad.”

Recogiendo esta idea, la protección del patrimonio cultural indígena se hace cada vez más urgente, puesto que pertenece un grupo humano que se encuentra en una evidente desventaja respecto a los otros grupos humanos reconocibles en el orbe. Tal como señala Erica-Irene Daes, *“la exploración y colonización de otras regiones por países de Europa que se inició en el siglo XV condujo rápidamente a la apropiación, por los principales imperios europeos, de las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas. Pero eso no fue todo lo que tomaron. Los imperios europeos descubrieron también nuevos medicamentos y plantas comestibles, como el maíz y la patata, que permitieron alimentar a las crecientes concentraciones urbanas de trabajadores necesarias para poner en marcha la revolución industrial europea. Mientras progresaba la industrialización, los Estados europeos se dedicaron a la compra de arte tribal y al estudio de culturas exóticas. Los pueblos indígenas fueron sucesivamente despojados de sus tierras, su ciencia, sus ideas, su arte y su cultura.”*²²

En este sentido, el patrimonio cultural indígena se encuentra mayormente amenazado por los procesos aquí descritos. Tanto el paso del tiempo, como las acciones del hombre, radicadas estas ya sea en acciones de terceros como en acciones gubernamentales mediante medidas administrativas, pueden llegar a significar un peligro de deterioro o destrucción final del patrimonio cultural indígena. Si bien es cierto que existen medidas concretas en la actualidad para evitar que situaciones como la descrita se produzcan, sean convenciones internacionales o legislaciones nacionales, lo cierto es que la desprotección de la totalidad de aspectos que comprenden el patrimonio cultural indígena es una realidad vigente respecto de la cual se debe legislar.²³

3. NORMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN GENERAL

²² Daes, E. “Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas”, Naciones Unidas, Nueva York. 1997. Punto 18. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r912.pdf>

²³ En este sentido: González, M. P., “Régimen Jurídico de Protección del Patrimonio Cultural y de los Pueblos Indígenas en la Legislación Chilena”, *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (2001).

Si bien las reclamaciones de derechos de los pueblos indígenas sobre su patrimonio comienzan a manifestarse a finales del siglo XX en atención a una creciente legislación del derecho internacional sobre sus derechos humanos, distintas convenciones y tratados internacionales de derechos humanos desde algún tiempo antes empiezan a dotar de protección al patrimonio cultural de los pueblos desde una arista más genérica en cuanto a la naturaleza de los bienes involucrados, otorgando un sustento jurídico que permitiría años más tarde comenzar a discutir sobre repatriación indígena²⁴. Así, mediante convenciones orientadas a la protección de bienes culturales en tiempos de guerra y a la prohibición y prevención del tráfico ilícito de estos, es que se comienza a entender en el mundo, gracias al esfuerzo de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas y sus distintos organismos, entre ellos, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que el Patrimonio Cultural de la Humanidad, requiere de una protección que hasta el momento era inexistente. Situaciones como el pillaje, la excavación ilegal de sitios arqueológicos y la apropiación indebida, exportación e importación de bienes culturales indígenas y restos humanos, antiguamente vistos como una cuestión común, dan cuenta de una fragilidad en la materia que comienza a preocupar a la comunidad internacional la cual empieza a considerar estas conductas como conductas ilícitas y requirentes de acciones concretas por parte de los Estados tendientes a eliminar esa fragilidad de la cual se caracterizaba el Patrimonio Cultural.

3.1. Convención de La Haya de 1954

La primera de ellas es la Convención de la Haya de 1954, iniciativa surgida producto de la gran destrucción sobre el Patrimonio Cultural durante el periodo de guerras mundiales. Además, de otorgar una primera definición de lo que debe entenderse por Patrimonio Cultural como ya hemos mencionado, constituye el primer esfuerzo internacional de otorgar una protección a los bienes culturales, tanto muebles como inmuebles, dentro de los cuales se encuentran sitios arqueológicos, monumentos arquitectónicos, artísticos o históricos, obras de arte, manuscritos y libros. A pesar de que la Convención establece obligaciones para los Estados

²⁴ 1)Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 1954. 2) Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, UNESCO, 1972.

contratantes sólo para tiempos de guerra, no deja de ser importante la intención por parte de organismos internacionales como La Haya de proteger aquellos bienes culturales que posean un gran valor para la cultura de la humanidad.

De esta manera, luego de definirse en el artículo 1 de la Convención los bienes culturales como ya hemos visto, el artículo 2 establece que, “*La protección de los bienes culturales, a los efectos de la presente Convención, entraña la salvaguardia y respeto de dichos bienes.*”²⁵ Como se señala, el respeto y salvaguardia de los bienes culturales son el elemento esencial de esta normativa, el fin perseguido por la Convención, más allá de si la transgresión de este fin se produce en tiempos de guerra o paz.

Luego, en el artículo 4 N° 1 de la misma se establece la obligación de los Estados contratantes de “*respetar los bienes culturales situados tanto en su propio territorio como en el de las otras Altas Partes Contratantes, absteniéndose de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y absteniéndose de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes.*”²⁶ Además, en su artículo 4 N° 3 se dispone el compromiso de los Estados contratantes “*a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes.*”²⁷ De esta manera, como vemos, lo que se busca con la norma es la protección de los bienes culturales a todo respecto. Por un lado, se le obliga a los Estados contratantes a abstenerse de tomar cualquier acción que pudiere producir cualquier tipo de daño a bienes culturales de los Estados contratantes y por otro, se les obliga a tomar acción ante cualquier conducta ilícita de un tercero mediante la prohibición o impedimento de dicha conducta, todo en concordancia con el principio de esta Convención, el respeto y salvaguardia de los bienes culturales.

Cabe mencionar, que la Convención de la Haya de 1954, su reglamento de aplicación y sus dos Protocolos posteriores, fueron ratificados por Chile mediante el Decreto N° 240 el 3 de

²⁵ Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, 1954, Artículo 2.

²⁶ *Íbid*, Artículo 4 N° 1.

²⁷ *Íbid*, Artículo 4 N° 3.

octubre del año 2008 y publicados el 5 de enero del año 2009.²⁸ Es decir, 54 años después de su celebración, lo que evidentemente demuestra, al menos, una falta de interés por los legisladores nacionales en la materia.²⁹

Como corolario, si bien la mencionada Convención no se refiere en parte alguna al patrimonio indígena en particular, constituye un primer esfuerzo internacional por proteger el patrimonio arqueológico de la humanidad, dentro del cual se sitúa el Patrimonio Cultural Indígena.

3.2. Convención de la UNESCO de 1970

La Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de la Unesco, o más comúnmente llamada la Convención de la UNESCO de 1970 fue celebrada en París el 14 de noviembre del mismo año y cuenta actualmente con 131 Estados Parte, dentro de los cuales se encuentra Chile desde el año 2014.³⁰ Esta Convención se considera el instrumento internacional más antiguo y con más amplia ratificación del mundo en la materia y como de su nombre se desprende, su principal objetivo es la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.³¹ Nuevamente, al igual que el caso anterior, esta instrumento de carácter universal y vinculante no fue aprobado por nuestro país sino hasta el año 2014, es decir, 44 años después de su celebración, lo que evidencia otra vez la falta de interés y atención que se ha puesto en esta materia.

La UNESCO define el tráfico ilícito de bienes patrimoniales como “*la apropiación indebida, el robo, hurto y receptación, así como la importación y exportación ilegal de bienes patrimoniales, que contravienen la legislación y causan un daño irreparable a la memoria y el*

²⁸ Decreto 240 que promulga la convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, el reglamento para la aplicación de la convención, su protocolo y el segundo protocolo, (2008). [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=284532>

²⁹ HISTORIA de la Ley; Decreto N° 240 Ministerio de Relaciones Exteriores [En línea] <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5061/> [Consulta: 25 de septiembre de 2018]

³⁰ [En línea] <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/>

³¹ Lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales. [En línea] http://www.monumentos.cl/sites/default/files/articles-75124_doc_pdf.pdf. p. 1

legado de un país.”³² De esta manera, la Convención innova en el sentido de que ya no sólo protege bienes culturales de territorios ocupados en tiempos de guerra como lo hace la Convención de la Haya, sino que también se destina a proteger bienes culturales sin importar la situación política en la que se encuentren los países en donde se encuentran estos bienes.

Es interesante de destacar que la Convención entrega a los Estados Parte medidas efectivas para prevenir el tráfico ilícito. Entre ellas, encontramos medidas preventivas como la creación de inventarios, certificados de exportación e imposición de sanciones penales o administrativas. También establece medidas conducentes a la restitución de bienes robados después de la entrada en vigencia del Convenio, y sólo respecto de aquellos que hubieren sido inventariados por instituciones públicas, con exclusión de los bienes procedentes de una excavación ilegal o robados en un domicilio privado. De manera más indirecta, y sujeto a la legislación nacional, el artículo 13 de la Convención contiene también disposiciones relativas a la restitución y la cooperación.³³ Por último establece un marco de cooperación internacional entre los Estados Parte, con el fin de asegurar una protección y restitución más efectiva.”³⁴

Como vemos, la Convención contempla una serie de medidas interesantes que están destinadas a la protección del patrimonio cultural en general de los Estados Parte. Entre ellas por ejemplo, se contemplan la obligación de inventariar los bienes culturales que se encuentren en museos y los monumentos públicos civiles o religiosos o de instituciones similares, la imposición de sanciones penales o administrativas, la posibilidad de solicitar restitución por un Estado Parte a otro respecto de aquellos bienes adquiridos ilegalmente previa indemnización al poseedor legal o de buena fe o la posibilidad de que un Estado Parte solicite cooperación internacional cuando su patrimonio cultural se encuentre en peligro de pillaje arqueológico o

³² *Ibid.*, p. 3

³³ “Los Estados Partes en la presente Convención se obligan además, con arreglo a lo dispuesto en la legislación de cada Estado:

- a) a impedir por todos los medios adecuados, las transferencias de propiedad de bienes culturales que tiendan a favorecer la importación o la exportación ilícitas de esos bienes;
- b) a hacer que sus servicios competentes colaboren para efectuar lo antes posible la restitución, a quien corresponda en derecho, de los bienes culturales exportados ilícitamente;
- c) a admitir una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus propietarios legítimos o en nombre de los mismos;
- d) a reconocer, además, el derecho imprescriptible de cada Estado Parte en la presente Convención de clasificar y declarar inalienables determinados bienes culturales, de manera que no puedan ser exportados, y a facilitar su recuperación por el Estado interesado si lo hubieren sido.”

³⁴ Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. UNESCO. (2006). [En línea] <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146118s.pdf>

etnológico. Si bien, a priori, estas medidas parecerían posiblemente efectivas para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, que es lo que nos ocupa en el presente trabajo, se pueden encontrar en las disposiciones anteriormente mencionadas ciertos puntos respecto de los cuales es necesario precisar algunas ideas.

En primer lugar, las medidas preventivas contempladas en la Convención están todas previstas para aquellos casos que se presenten después de la entrada en vigencia de la Convención en los Estados Parte, pues como su nombre lo dice son “preventivas”, y por lo tanto están destinadas a impedir que los bienes culturales sigan siendo traficados ilícitamente en los Estados Parte de la Convención. En este sentido, la Convención carece de un efecto retroactivo, lo que a mi juicio resulta problemático en el sentido de que la Convención no se hace cargo de aquellos bienes adquiridos ilegalmente por museos o instituciones similares previo a la Convención. A su vez, la posibilidad de restitución previa solicitud por vía diplomática que contempla la Convención, nuevamente es respecto sólo de aquellos bienes inventariados que hubieren sido robados e importados después de la entrada en vigor de la Convención, e incluso, se excluye de esta solicitud de restitución a aquellos bienes que provinieren de excavaciones ilegales, lo cual no deja de sorprender si se tiene a la vista el espíritu de la Convención, cual es efectivamente, evitar que situaciones como el pillaje o las excavaciones ilegales de patrimonio cultural y etnológico sigan proliferando.

De esta manera, sin perjuicio de que la Convención significa un avance importante para el futuro del patrimonio cultural, nada dice respecto del patrimonio cultural indígena históricamente adquirido por museos e instituciones similares, no se cuestiona la legalidad de esas adquisiciones ni se presenta medida alguna tendiente a determinar la misma, algo que es necesario respecto del patrimonio cultural indígena teniendo en consideración que gran parte de este es exhibido en países receptores y adquirido mediante saqueos de pueblos conquistados por naciones colonizadoras quienes como forma de glorificar sus victorias robaban bienes culturales y restos humanos de los países de origen para exhibirlos posteriormente en museos nacionales.³⁵ En este sentido, la Convención en cuestión carece de importancia significativa para

³⁵ En este sentido: 1) Ochoa M. J., “Reapropiación de bienes culturales y derechos humanos”, *Derecho y Realidad*, Núm. 21. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. (2013). 2) Endere M. L., “Patrimonios en disputa: Acervos Nacionales, Investigación Arqueológica y Reclamos Étnicos sobre restos humanos”, *Trabajos de Prehistoria* 57, Núm. 1. (2000). pp. 5 a 17. 3) Calbucura, J. “La construcción ético-política del pasado”, *Perspectivas de la Comunicación*, Vol 10, n° 1. (2017). pp. 237-258.

las pretensiones de los pueblos indígenas de recuperar su patrimonio, pues en efecto protege la posesión actual del patrimonio cultural indígena en manos de instituciones públicas o privadas, pero no se hace cargo de la propiedad histórica que le cabe a los pueblos indígenas sobre este.

3.3. Convención de la Unesco de 1972

Con fecha 23 de noviembre de 1972 se celebra en París la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural o conocida como la Convención de la UNESCO de 1972. En esa instancia, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, advirtiendo y considerando que el patrimonio cultural del mundo se encuentra cada vez más amenazado por el deterioro y destrucción y reconociendo el gran valor que este posee para la humanidad, decide crear una Convención destinada a la protección efectiva del mismo mediante una serie de mecanismos que analizaremos a continuación.

En primer lugar, entrega una definición acabada de los bienes muebles e inmuebles que componen el Patrimonio Cultural. Como decíamos anteriormente, en esta definición se incluye dentro del Patrimonio Cultural a los monumentos, conjuntos y lugares que tengan una importancia de carácter arqueológico desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico. Lo anterior, sin perjuicio de también dedicarse a definir lo que debe entenderse por Patrimonio Natural respecto de lo cual evidentemente no nos ocuparemos por no representar el tema central de este trabajo.

A su vez, la Convención en su artículo 4 obliga a los Estados Parte a identificar, proteger, conservar, rehabilitar, y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural situado en su territorio, adoptando el máximo de esfuerzos y recursos para lograrlo, e incluso mediante la solicitud de cooperación internacional.³⁶ Nuevamente, la UNESCO se destina a obligar a los Estados Parte en esta Convención, tal como lo hiciera con la Convención de 1970, a inventariar los Bienes Culturales que sean susceptibles de componer el Patrimonio Cultural, pero agrega una obligación que se desprende de manera inequívoca de una las características esenciales de la Cultura, a saber, la transmisión a generaciones futuras.

³⁶ Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, UNESCO, 1972, Artículo 4.

Por otro lado, en su artículo 5, obliga a los Estados Parte a tomar una serie de medidas para garantizar la debida protección y conservación del Patrimonio Cultural. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, instituir en su territorio uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural o por ejemplo a adoptar las medidas jurídicas necesarias para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar el patrimonio cultural.³⁷

Por último, unos de los elementos más destacados de la Convención es la creación de un Comité Intergubernamental de Protección del Patrimonio Cultural y Natural de valor universal y excepcional, organismo encargado de recibir los inventarios de los bienes culturales de los Estados Parte, a partir de lo cual se creará una “Lista del Patrimonio Mundial”.³⁸ Hoy Chile cuenta con varios monumentos en esta lista, como es el caso del casco antiguo de la ciudad de Valparaíso, las Iglesias de la Isla de Chiloé, el Parque Nacional Rapa Nui, los sitios de Sewell, Humberstone y Santa Laura, y Qhapaq Ñan, el sistema vial andino.³⁹

Cabe hacer presente que la Convención de la UNESCO de 1972 fue ratificada por Chile el 27 de marzo de 1980 mediante Decreto N° 259.⁴⁰

3.4. Convenio UNIDROIT de 1995

Creado como complemento de la Convención de 1970, se enfoca principalmente en la forma de llevar a cabo la restitución de objetos o bienes culturales robados o exportados ilícitamente, con el fin de que esta se desarrolle de manera ordenada entre los Estados Parte. Además, permite que se proceda con las demandas de restitución a través de tribunales nacionales y no ya sólo mediante vía diplomática.

Se destaca su artículo 3 que ya no sólo incluye a los bienes inventariados como objeto de protección, sino que amplía el espectro a todos los bienes culturales y pone como elemento esencial que todo bien cultural robado debe ser restituido.⁴¹ Respecto de la restitución en sí, el

³⁷ Íbid., Artículo 5.

³⁸ Íbid., Artículo 11.

³⁹ [En línea] <https://whc.unesco.org/es/list/>

⁴⁰ [En línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=265641>

⁴¹ [En línea] <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/>

Convenio prevé un tratamiento uniforme de la restitución de los bienes culturales robados o de la devolución de los exportados ilícitamente, estableciendo plazos para presentar las demandas de restitución o devolución y definiendo además los sujetos activos para estas demandas. Así, en caso de tratarse de bienes robados, los sujetos activos podrán ser personas, entidades o Estados Parte, y en caso de tratarse de bienes exportados ilícitamente los sujetos activos serán exclusivamente los Estados Parte, todos sujetos quienes deberán interponerlas directamente ante los tribunales nacionales de los Estados Parte u otras autoridades competentes.⁴² Se declara además, que los objetos culturales que hayan sido excavados ilegalmente deberán considerarse como objetos culturales robados, los cuales, para los efectos del Convenio, deberán ser protegidos como tales y restituidos, si ello es compatible con la legislación del Estado en el que tuvo lugar la excavación.⁴³ Es decir, si un Estado, según su legislación, considera que los bienes excavados ilegalmente son de propiedad estatal, estará legitimado activamente para solicitar su restitución frente a un poseedor de buena fe ubicado en otro Estado Parte.

Por último, a diferencia de lo establecido en la Convención de la UNESCO de 1970, en virtud de la cual se podía pedir la restitución del bien cultural traficado ilícitamente previa indemnización equitativa al poseedor legal o que adquirió de buena fe, en el artículo 4 se va más allá y se le exige a aquél poseedor un elemento subjetivo. Pues, su indemnización estará sujeta a la condición de que no supiese o hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado y de que pudiese demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición. En este caso, la comprobación de la diligencia podrá incluir un examen de la calidad de las partes, el precio pagado por el objeto, si hubo consulta por el poseedor de cualquier registro de objetos culturales robados u otra documentación pertinente, así como si hubo consulta de otro tipo de organismos accesibles.⁴⁴

Sin perjuicio del gran valor que poseen sus disposiciones, al establecer procedimientos institucionales específicos en cuanto a restitución de bienes traficados posterior a la entrada del Convenio se refiere, no ha sido ratificado por Chile.

⁴² Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia, y la Cultura. Op. Cit., p. 12.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ídem.

Todos los instrumentos de derecho internacional analizados en este acápite nos entregan un entramado jurídico base para la repatriación indígena ya que en todos ellos se reconoce, ya sea de manera directa o indirecta la importancia de este patrimonio dotándolos de protección por distintas vías. Sin perjuicio de lo anterior, la protección tiene un carácter más bien preventivo, en el sentido de lograr que repatriaciones futuras no sean necesarias. Al no establecer mecanismos para repatriar patrimonio cultural indígena perdido con anterioridad a la entrada en vigencia de sus disposiciones, que es en efecto la mayor parte del patrimonio cultural indígena sustraído, sólo nos ayudan a reconocer la importancia de su protección actual.

4. NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS RELATIVA PATRIMONIO CULTURAL Y REPATRIACIÓN

Como veíamos, empero existir amplia legislación referente a la protección del patrimonio cultural de la humanidad en general, la legislación relativa a la protección y repatriación del patrimonio cultural de los Pueblos Indígenas en particular, es aún escasa. Más allá de algunas legislaciones nacionales que reconocen el Derecho a la Repatriación en países como Estados Unidos, Australia y Argentina, entre otros; no existe una legislación de carácter internacional obligatoria que se destine exclusivamente a la protección del patrimonio cultural de los Pueblos Indígenas, obligando a sus Estados Parte a garantizar este derecho, ni mucho menos que asegure el Derecho a la Repatriación. Existen, sin embargo, algunos tratados obligatorios que reconocen derechos culturales de manera genérica otorgando un sustento jurídico importante a la discusión por medio de la interpretación de sus disposiciones.

Con todo, la ausencia de normas vinculantes no debe ser un impedimento para debatir sobre el Derecho a la Protección del Patrimonio Cultural Indígena y en especial a la Repatriación de Bienes Culturales y Restos Humanos. La interpretación armónica de las fuentes del derecho internacional de derechos humanos, debiese llevarnos a concluir la necesidad de asegurar este derecho, ya sea mediante un tratado vinculante, universal o regional, o mediante una legislación nacional creada para este fin.⁴⁵

⁴⁵ En este sentido: 1) La resolución E/CN.4/Sub.2/1995/26 del Consejo Económico y Social, “Protección del patrimonio de los pueblos indígenas, Informe definitivo de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la resolución 1993/4 y de la decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos”, (21 de junio de 1995), [En línea] <http://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1995/26>; 2) La resolución 69/2 de la Asamblea General,

4.1. Convenciones y declaraciones de Derechos Humanos

4.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político

La primera expresión normativa internacional de derechos humanos que asegura el derecho a la cultura y su disfrute, entendido esto como un germen de lo que nos ocupa en este trabajo, en el sentido de configurarse como una primera norma que tiende a la protección del patrimonio cultural de los Pueblos Indígenas, es la Declaración Universal de Derechos Humanos. La obligatoriedad de esta Declaración hoy no es discutida pese a su naturaleza jurídica de resolución, debido a que se le reconoce un valor consuetudinario, siendo aceptada y adoptada por la mayor parte de los estados pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, configurándose como una norma *Ius Cogens*⁴⁶. Por lo tanto, partiendo desde la base de su poder vinculante para los estados que la han adoptado, entre esos Chile, se constituye como una base jurídica de derecho internacional para sustentar el derecho a participar en la vida cultural. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 27:

- i. *“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.”*
- ii. *“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”*

Así, en la primera parte del artículo 27 se asegura a todas las personas a participar de forma libre en la vida cultural de su comunidad, así como de los beneficios que resulten de esta actividad. Lo anterior es luego reforzado mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

“Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas” A/RES/69/2 (25 de septiembre de 2014), [En línea] <https://undocs.org/A/RES/69/2>, párrafo 27.

⁴⁶ Ver más en: Díaz Tolosa, R. “El reconocimiento del *ius cogens* en el ordenamiento jurídico chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, (2014), pp. 555-587.

ambos de 1966⁴⁷, pues en ellos se establece por primera vez el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos, condición *sine qua non*, como se verá, para ejercer el derecho al acceso y participación a la vida cultural asegurado en la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁴⁸

Por otro lado, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pacto que también es vinculante por tratarse de un tratado internacional de derechos humanos que es aplicado en conjunto con la Declaración, establece expresamente la obligación de los Estados Parte de reconocer el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios de ella y a los beneficios que ella reporte.⁴⁹ Además, agrega la obligación de los Estados a tomar las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, así como también a respetar la libertad para ejercerlo.

A su vez, de especial importancia resulta el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que en este se reconoce expresamente el derecho de las minorías étnicas como los Pueblos Indígenas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.⁵⁰

En este sentido, según el informe de la relatora especial para la ONU, Erica-Irene Daes, *“la protección del patrimonio de los pueblos indígenas debe inspirarse generosamente en el principio de la libre determinación, que comprende el derecho y el deber de los pueblos indígenas a desarrollar su propia cultura y su propio sistema de conocimientos, así como sus formas de organización social”*.⁵¹ La profesora distingue en su informe dos derechos esenciales

⁴⁷ [En línea] <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

⁴⁸ Artículo 1 en ambos Pactos.

⁴⁹ Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

⁵⁰ Artículo 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

⁵¹ La resolución E/CN.4/Sub.2/1995/26 del Consejo Económico y Social, “Protección del patrimonio de los pueblos indígenas, Informe definitivo de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la resolución

que pueden ser recogidos de la Declaración, en primer lugar el derecho y deber de los pueblos de desarrollar su propia cultura y sistemas de conocimientos como una manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos, y en segundo lugar, el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que surjan en razón de la creación de producciones artísticas, científicas o literarias, tal como lo recoge el artículo 27 en su numeral 2. Consecuentemente, señala que *“debe reconocerse que los pueblos indígenas constituyen los principales custodios e intérpretes de su cultura, su arte y su ciencia, tanto las obras creadas en el pasado como las que se creen en el futuro”*⁵², y que por lo tanto *“para que los pueblos indígenas disfruten de los derechos humanos y de la dignidad a que son acreedores, es indispensable que el mundo reconozca y respete las costumbres, normas y prácticas de transmisión de su patrimonio a las generaciones futuras.”*⁵³

Como vemos, la Declaración Universal de Derechos Humanos debe ser considerada como parte de la base jurídica del derecho al acceso al patrimonio cultural y a su disfrute, en conjunto además con los Pactos Internacionales de Derechos humanos, en razón de que garantizan en un primer término, el acceso a la cultura de la comunidad en sí y luego el derecho a la protección de los intereses que por su creación se generen. Esto, entendido en su conjunto, comprende la base jurídica para construir, como se desarrollará más adelante, el derecho a la repatriación de bienes culturales y restos humanos de los Pueblos Indígenas, debiendo ser este considerado un ejercicio derivado del derecho a participar en la vida cultural, pues, no puede participarse en la vida cultural sino en virtud de la recuperación de la cultura perdida.

4.1.2. Convenio N° 169 de la OIT

Adoptada el 27 de junio de 1989 por la Organización Mundial del Trabajo y ratificado por nuestro país 15 de septiembre de 2008, en la actualidad el Convenio N° 169 de la OIT se ha consolidado como la norma más importante y de mayor aplicación en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas. A diferencia de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, otro instrumento internacional de derechos humanos dedicado

1993/4 y de la decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos”, (21 de junio de 1995), [En línea] <http://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1995/26>, p 10.

⁵² Ídem.

⁵³ Ídem.

exclusivamente a pueblos indígenas, el Convenio ha adoptado indiscutiblemente el carácter de vinculante para los Estados que lo han ratificado. Este se aplica a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, que se rigen por sus propias costumbres sociales, culturales o económicas, que se distinguen de otras colectividades y a los que se les considera indígenas por cuanto, aunque desciendan de regiones colonizadas, conservan sus propias instituciones sociales, políticas, culturales y económicas, y en especial, tienen conciencia de una identidad propia.⁵⁴

En cuanto al rol que deben cumplir los Estados que han ratificado este Convenio, corresponde al de garantizar que los derechos de los que gozan los pueblos indígenas sean los mismos que gozan el resto de los habitantes del país, en lo económico, social y cultural. En este sentido, *“siguiendo estas directrices el Convenio N° 169 ha impuesto a los Estados el deber de adoptar medidas especiales para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los Pueblos Indígenas con el consentimiento indígena y sin discriminación. Conjuntamente el Convenio N° 169 aspira al mejoramiento continuo de las condiciones de vida y de trabajo, y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, enfoque que debe ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan”*.⁵⁵

En lo general, la implementación de este Convenio en nuestro país ha sido bastante amplia, puesto que establece un gran catálogo de derechos en favor de los pueblos indígenas, quienes desde la colectividad exigen la aplicación del mismo. Entre los derechos colectivos que establece, encontramos, entre otros, el derecho de participación, la consulta y consentimiento libre, previo e informado, derecho al territorio, tierra, recursos naturales y medio ambiente, derecho al trabajo, condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales, derecho a la seguridad social y la salud, derecho a la educación y al uso de la lengua nativa, siendo desde el punto de acción ambientalista desde donde mayormente se ha visto utilizada, en especial el mecanismo de la consulta previa en aquellos casos que se pretendan implementar medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a estos pueblos.

Sin perjuicio de su gran aplicación en materia medio ambiental, el Convenio contiene numerosas referencias a los derechos culturales que pueden servir también de fundamento para

⁵⁴ Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales, OIT, 1989, Artículo 1.

⁵⁵ Aylwin, J., Carmona C., Meza-Lopehandía, M., Silva, H., y Yáñez, N., “Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, (2009). p. 23.

una implementación de medidas legislativas y administrativas a favor de esta especie de derechos, comenzando por ejemplo en su preámbulo con un guiño a la particular contribución que hacen los pueblos indígenas a la diversidad cultural de la humanidad. A su vez, los artículos 2 y 4 del Convenio exigen expresamente a los gobiernos que promuevan y salvaguarden las culturas de los pueblos a través de medidas especiales, dentro de las cuales se podrían encontrar medidas legislativas como la dictación de una ley a favor de la repatriación. La misma idea repite el artículo 5 en relación al respeto y salvaguardia de los valores culturales y tradicionales de estos pueblos, cuando señala que *“deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos, y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”*.⁵⁶ En este sentido, una ley de repatriación cultural podría ser una buena medida tendiente a lograr el objetivo propuesto por el Convenio, cual es entre otros, el reconocimiento y protección de valores y tradiciones culturales.

Así, a pesar de que el Convenio no establezca de manera expresa alguna medida en específico de protección, salvaguarda, promoción y respeto por la cultura de los pueblos indígenas, establece la obligación para los estados de tomar esas medidas. Es decir, son los Estados los encargados de llevar a cabo la protección y reconocimiento de los valores culturales de los pueblos indígenas mediante acciones en concreto, tomando en especial consideración los problemas que estos planteen en relación a esta materia.

4.1.3. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003

Adoptada el 17 de octubre de 2003, y ratificada por nuestro país el 11 de enero de 2009, la Convención se constituyó como la primera norma internacional de derechos humanos destinada a salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial de la humanidad. Se reconoce en ella, *“que los procesos de mundialización y de transformación social por un lado crean las condiciones propicias para un diálogo renovado entre las comunidades, pero por el otro también traen consigo, al igual que los fenómenos de intolerancia, graves riesgos de deterioro,*

⁵⁶ Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales, OIT, 1989, Artículo 5.

desaparición y destrucción del patrimonio cultural inmaterial, debido en particular a la falta de recursos para salvaguardarlo".⁵⁷ Es desde esa urgencia, y observando en particular que hasta la fecha aún no se disponía de un instrumento multilateral de carácter vinculante destinado a la protección de este tipo de patrimonio, que nace la Convención.

En materia de derechos para los pueblos indígenas, la Convención reconoce que *“las comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio cultural inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana”*. En este orden de ideas, se le da una importancia expresa y específica a las comunidades indígenas como actores principales en la conservación del patrimonio cultural inmaterial.

En su artículo 2 establece una definición acabada de lo que debe entenderse por Patrimonio Cultural Inmaterial, entregándonos un catálogo de ámbitos en los cuales se manifiesta este en particular, tales como las tradiciones y expresiones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo y técnicas artesanales tradicionales, todos atinentes a expresiones culturales indígenas en necesidad de protección.

Como medida de protección propiamente tal, se establece la obligación a los Estados Parte de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en sus territorios, así como identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en sus territorios y realizar un inventario de los mismos para ser presentados ante el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Además se contemplan una serie de medidas adicionales destinadas a la protección de este tipo de patrimonio, como por ejemplo, la adopción de una política general encaminada al objeto de la Convención, el fomento de estudios científicos, técnicos y artísticos para la salvaguardia, y la adopción de medidas jurídicas, técnicas, administrativas y financieras destinadas a favorecer la creación de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial, a garantizar el acceso al mismo respetando al mismo tiempo los usos

⁵⁷ Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Unesco, 2003, Preámbulo.

consuetudinarios de este y a crear instituciones de documentación del patrimonio cultural inmaterial.⁵⁸

Las Directrices Operativas contenidas en la Convención para la aplicación de esta, resaltan que las actividades del Estado sólo pueden realizarse con la participación activa de las comunidades indígenas interesadas. Para ello, se debe contar con el consentimiento libre e informado de estas para inscribir aquellos elementos de su patrimonio que necesiten medidas urgentes de salvaguardia, en la Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial, así como para incluir programas, proyectos y actividades en el registro de mejores prácticas.

Por último, y como punto relevante para ser destacado, en su artículo 15 se establece que cada Estado parte *“tratará de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo.”* De esta manera, se reconoce que las comunidades pueden ser sujetos activos en la protección de su patrimonio, reconociéndoles un derecho de gestión del mismo, en lo que se conoce como reapropiación de patrimonio cultural indígena como se verá más adelante, aunque sea en asociación con entidades gubernamentales, por ser quienes crean, mantienen y transmiten el patrimonio cultural inmaterial.

Si bien se podría pensar que el estudio de esta Convención no aplica al trabajo que aquí se desarrolla, por tratarse exclusivamente de bienes inmateriales de los que trata, si cobra importancia desde el punto de vista desde el cual se aplica el Convenio al patrimonio cultural inmaterial. Pues, por un lado la Convención vuelve a resaltar la importancia del patrimonio cultural indígena en general, de su necesaria y urgente protección, la cual debe llevarse a cabo en consulta con aquellas comunidades interesadas, y por otro lado, otorga y suma criterios transversales en el tratamiento de la protección del patrimonio para ser aplicados por parte de los Estados, como lo serían por ejemplo la inclusión de programas, proyectos y actividades o la adopción de medidas jurídicas destinadas al efecto, las cuales deben ajustarse a los estándares internacionales de derechos humanos establecidos por otros instrumentos relativos a la materia.

⁵⁸ *Íbid*, Artículo 13.

4.1.4. La Convención sobre Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005

Celebrada en París, el 20 de octubre de 2005 y ratificada por Chile el año 2007, se trata del último de los instrumentos internacionales y vinculantes de la Unesco relativos a patrimonio cultural. Existía una urgencia en la comunidad internacional de aplicar una ley que fuera vinculante para los Estados y que a la vez reconociera en sus expresiones la naturaleza específica de los bienes culturales, y que, si bien estos poseen un valor económico importante, no pueden ser considerados como mercancías ni bienes de consumo.

Dentro de los elementos a destacar en esta Convención, encontramos por ejemplo lo señalado en su preámbulo cuando se reconoce *“la importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material, en particular los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible, así como la necesidad de garantizar su protección y promoción de manera adecuada.”*⁵⁹ Se plantea de esta forma una necesidad urgente de protección y promoción de las expresiones culturales indígenas materiales como inmateriales, destacando su importancia y contribución al desarrollo sostenible de la humanidad. Luego, también en el preámbulo del texto de la Convención, se señala ya especialmente a las minorías y pueblos autóctonos como agentes importantes de la vitalidad de las culturas para todos, ya que en ellos se manifiesta la *“libertad de crear, difundir y distribuir sus expresiones culturales tradicionales, así como su derecho a tener acceso a ellas a fin de aprovecharlas para su propio desarrollo”*.⁶⁰ Se reconoce aquí entonces, especialmente el derecho al acceso a su propia cultura, con el fin de aprovecharla para el desarrollo propio de los pueblos.

Por otro lado, en el artículo 2 que establece los Principios Rectores de la Convención, se dispone el principio de igual dignidad y respeto de todas las culturas, donde se establece como eje rector de la Convención que la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas en ellas las culturas de las minorías y los pueblos indígenas.⁶¹ De esta

⁵⁹ Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, Unesco, 2005, Preámbulo.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Íbid, Artículo 2.

manera, y al igual que en su preámbulo, la Convención pone especial énfasis en la desprotección de los pueblos indígenas en relación a su patrimonio cultural, pues hace necesario recalcar la inclusión de ellos de forma expresa en el texto de la Convención.

Por último, en el artículo 7 del texto citado se establecen una serie de medidas para promover las expresiones culturales, dentro de las cuales por ejemplo se encuentra la obligación para los estados de incitar a las personas en su territorio a *“crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos”*. Como vemos, se destaca la importancia de la creación, producción y distribución de expresiones culturales, pero siempre teniendo en consideración especialmente las circunstancias y necesidades especiales de ciertos grupos humanos durante el desarrollo de aquellas expresiones culturales, como lo serían los pueblos indígenas y nuevamente se destaca la relevancia de garantizar un acceso a aquellas expresiones culturales.

Las medidas que contempla la convención se establecen en el artículo 6, dentro de las cuales se encuentran medidas reglamentarias encaminadas a la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Además, el artículo 8 dispone que el Estado parte podrá también, en casos de situaciones especiales en que aquellas expresiones culturales en su territorio corran peligro de extinción, tomar las medidas especiales que sean necesarias para la salvaguardia e informarlas al Comité Intergubernamental para la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, que será el organismo internacional creado para lograr los fines estipulados en la convención.

Sin perjuicio de que ninguna de los instrumentos internacionales vinculantes aquí analizados establece expresamente la repatriación como una obligación de los Estados parte en el sentido de asegurar su ejercicio, si contemplan la obligación de los Estados de tomar medidas concretas, sean estas legislativas o administrativas, destinadas a la protección del patrimonio cultural, garantizando el acceso y goce de sus expresiones culturales. Lo anterior, a mi entender, comprende la repatriación, pues no es sino en virtud de ella que efectivamente puedo asegurar el acceso y goce de expresiones culturales perdidas. Por lo tanto, cualquier medida legislativa o administrativa nacional, que, en cumplimiento del mandato establecido en estas convenciones,

se creen para cumplir con los principios y fines propuestos en esas convenciones, debe necesariamente contemplar el derecho de repatriación.

4.2. Otros instrumentos internacionales de derechos humanos

4.2.1. Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural de 2001

La Declaración protege el intercambio de patrimonio cultural y aboga concretamente por el respeto de la dignidad humana y el compromiso de respetar los derechos humanos de las minorías y los pueblos indígenas como elemento fundamental para defender la diversidad cultural. Es considerada la declaración que dio origen a la Convención de la Unesco de 2005 que ya hemos mencionado, a la cual Chile se encuentra adscrito. En ella se establecen principios importantes relativos a la diversidad cultural y en especial a la defensa de esa diversidad expresada en las minorías como los pueblos indígenas.

El artículo 4 eleva la defensa de la diversidad cultural a *“un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas.”*⁶² Por otro lado, especial relevancia tiene el Artículo 8 referido a los bienes y servicios culturales como mercancías distintas a las demás. Se señala que estos bienes poseen un carácter específico, que, por ser portadores de identidad, de valores y sentido, no deben ser considerados mercancías o bienes de consumo como los demás.⁶³

Finalmente, en el Anexo II de la Declaración que contiene orientaciones principales de un plan de acción para la aplicación de la misma, se llama a los Estados Parte a comprometerse a tomar las medidas apropiadas para difundir ampliamente la Declaración y fomentar su aplicación efectiva, cooperando en particular con miras a la realización de, entre otros objetivos, el de *“respetar y proteger los sistemas de conocimiento tradicionales, especialmente los de los pueblos indígenas; reconocer la contribución de los conocimientos tradicionales, en particular por lo que respecta a la protección del medio ambiente y a la gestión de los recursos naturales, y favorecer las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales”*.

⁶² Declaración Universal de la Diversidad Cultural, Unesco, 2001. Artículo 4.

⁶³ Ibid., Artículo 8.

4.2.2. Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas

Adoptada el 13 de septiembre del año 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha sido considerada como el gran triunfo de los últimos años para las comunidades indígenas que luchan por visibilizar sus demandas históricas. La declaración en sí, al constituirse como un anexo de una resolución de la Asamblea General carece de fuerza obligatoria para los Estados Miembros, sin embargo, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se espera que se consolide como derecho internacional general oponible a todos los Estados y en mayor medida, como una norma de carácter imperativo⁶⁴. En este sentido, *“la declaración es un ejemplo muy especial de resolución. En efecto, se la considera ‘un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, de grande y verdadera importancia, y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible.’”*⁶⁵ De esta forma, sin perjuicio de revestir actualmente un carácter meramente recomendatorio para los Estados Miembros de la Asamblea General, que busca obtener un máximo de observancia, la declaración constituye un importante avance en el reconocimiento de derechos para los pueblos indígenas, no como una norma imperativa sino como una guía a seguir para los Estados, en cuanto a la necesidad de adoptar políticas públicas que tiendan al reconocimiento y protección efectivos de estos derechos. En este sentido, *“la declaración establece un marco universal de estándares mínimos para la supervivencia, dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo; consagra en específico su derecho a la libre determinación; aborda, entre otras temáticas, los derechos individuales y colectivos.”*⁶⁶

En relación al contenido específico de los derechos establecidos en la Declaración, podemos señalar que en ella se establecen tanto derechos colectivos como individuales. En tanto derechos colectivos, se establecen el derecho a la libre determinación o derecho a un estatus político de autonomía tal que permita a estos pueblos afirmar y preservar su identidad, derechos

⁶⁴ Más en: Torrecuadrada, S., “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”, *Estudios Internacionales*, Núm. I65. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, (2010). p 24.

⁶⁵ Zalaquett Daher, J., La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. *Anuario de Derechos Humanos*, (4). Universidad de Chile. (2008). p 141.

⁶⁶ Julio-Estrada, A., Rivera, J., Torbisco, N., Valiente, A., & Yrigoyen, R. “Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos.” *Anuario de Derechos Humanos*, (9), Universidad de Chile, (2013). p. 76.

colectivos a la tierra y recursos naturales y los derechos relativos a la conservación y desarrollo de su cultura. En tanto derechos individuales, la Declaración establece que los indígenas, en cuanto individuos, son titulares de todos los derechos humanos.⁶⁷

Ahora bien, particularmente relacionado al trabajo que nos convoca, se establecen en ella una serie de artículos que es necesario destacar. En primer lugar, el artículo 3 de la Declaración establece un estrecho vínculo entre los derechos culturales de los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación ya que se señala expresamente que en virtud de este derecho los pueblos indígenas pueden perseguir libremente su desarrollo cultural, confirmando lo expresado por la Profesora y Relatora Especial para las Naciones Unidas, E. Daes, como vimos con anterioridad.⁶⁸

Luego el artículo 12 número 1 de la Declaración, desarrollando lo establecido en el artículo 3, manifiesta que *“los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas, a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente, a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.”*⁶⁹ De esta manera, se reconoce por primera vez en un instrumento de derechos humanos, recalcamos, más allá de su carácter recomendatorio, una serie de expresiones del derecho al acceso libre a la cultura de la forma en que lo veníamos desarrollando. En primer lugar, el inherente derecho de todo ser humano a manifestar de forma libre sus tradiciones, costumbres y expresiones religiosas y espirituales, lo que evidentemente implica, la mantención y protección de los lugares físicos en donde se desarrollen. Luego, y de forma categórica, por primera vez en un instrumento de este tipo, se establece el derecho a control de sus objetos culturales o de culto, y, por último, el derecho a la repatriación de sus restos humanos. Si bien, el artículo citado no declara el derecho a la repatriación de objetos de culto directamente, creo que el espíritu y redacción de la declaración es clara en otorgar el derecho a la repatriación tanto de objetos de culto como restos humanos, especialmente por lo establecido en artículos ulteriores. En este mismo sentido, E. Daes, señalaba en su informe, 10 años antes de la

⁶⁷ Zalaquett Daher, J., Op. Cit., pp. 140-141.

⁶⁸ La resolución A/HRC/30/53 de la Asamblea General y su Consejo de Derechos Humanos, “Promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas con respecto a su patrimonio cultural”, Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (19 de agosto de 2015), [En línea] <https://undocs.org/A/RES/69/2>, p 5.

⁶⁹ Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, 2007. Artículo 12.

Declaración, entre otras directrices para los Estados, que *“los gobiernos, con la asistencia de las organizaciones internacionales competentes, deben ayudar a los pueblos y comunidades indígenas a recuperar el control y la propiedad de sus bienes culturales muebles y demás patrimonio.”*

A su vez, desarrollando aún más el artículo 12, el numeral 2 pone en los Estados la obligación de procurar facilitar el acceso y/o repatriación de objetos de culto y restos humanos que estos posean, mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces, establecidos en una organización conjunta con los pueblos indígenas interesados. De esta manera, recomienda a los Estados tomar un papel activo en el derecho de repatriación que compete a los pueblos indígenas y, además, estableciendo los mecanismos para el efecto en consulta con los pueblos interesados. A esto se refería también, la profesora E. Daes cuando señalaba que *“los restos humanos y objetos funerarios conexos deben ser devueltos a los descendientes y a los territorios correspondientes de una forma culturalmente adecuada, tal como lo decidan los pueblos indígenas interesados. Sólo se podrá conservar, exponer o de alguna manera la documentación de la forma que se acuerde con los pueblos afectados.”*⁷⁰

Como vemos la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas se constituyó como una gran base para el reconocimiento de los derechos de estos pueblos, en el sentido de que por primera vez un instrumento internacional de derechos humanos hacía referencias a los mismos de manera explícita, visibilizando las problemáticas que hace más de 10 años se venían discutiendo en distintos organismos internacionales, las cuales, mediante un trabajo colectivo de varios actores, se logró concretar el año 2007. En este orden de ideas, si bien como ya dijimos la Declaración carece de un carácter vinculante para los Estados, *“en la práctica, los derechos y estándares proclamados en una declaración determinada comienzan a invocarse desde ya por organizaciones no gubernamentales y movimientos de derechos humanos en sus campañas en pro del respeto de determinados derechos, independientemente de su carácter jurídico de soft law; del mismo modo, las declaraciones contribuyen al desarrollo de opiniones doctrinarias y, por esa y otras vías, influyen en los razonamientos y decisiones de tribunales nacionales y de*

⁷⁰ La resolución E/CN.4/Sub.2/1995/26 del Consejo Económico y Social, “Protección del patrimonio de los pueblos indígenas, Informe definitivo de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la resolución 1993/4 y de la decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos”, (21 de junio de 1995), [En línea] <http://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1995/26>, p 12.

*las cortes u otros órganos de protección de los derechos humanos, sean internacionales o regionales.”*⁷¹

4.2.3. Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 14 de junio de 2016 en su 46ª Asamblea General, culminó un proceso de negociación que duró 17 años, constituyéndose de esta forma como el primer instrumento regional en la historia de la OEA que promueve y protege los derechos de las comunidades y pueblos indígenas de las Américas. Al ser una Declaración adoptada por los Estados Americanos, dentro de los cuales se encuentra nuestro país, se espera que su observancia sea seguida por todos ellos, incluido Chile.⁷²

La Declaración, sin perjuicio de estar sujeta a críticas provenientes tanto de los pueblos indígenas como de los juristas estudiosos de la materia, significó un importante avance para los pueblos indígenas en cuanto a patrimonio cultural y repatriación se refiere,⁷³ pues en relación a lo establecido anteriormente por la Declaración de las Naciones Unidas en materia de repatriación como derecho colectivo, la Declaración Americana va más allá al establecer un derecho colectivo general de los pueblos para recuperar los restos humanos, estén en el extranjero o en el país desde donde provenga la reclamación, según analizaremos más adelante.

Ahora bien, primeramente, conviene destacar algunos artículos de la Declaración que sirven de base, al igual que otros instrumentos de derechos humanos analizados en este trabajo, para la construcción de un derecho a repatriación. Tal es, por ejemplo, el artículo III de la Declaración, que nuevamente dispone el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en los mismos términos hechos por la Declaración de los Derechos de los Pueblos

⁷¹ Zalaquett Daher, J., Op. Cit., p 142.

⁷² [En línea] http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16

⁷³ En relación a las críticas que ha recibido la declaración: 1) Clavero, B., “La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El Reto de la Interpretación de una Norma Contradictoria”, Lección impartida en el acto de recepción de la condecoración José León Barandarián de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, (2016). 2) IWGIA, “Análisis de la declaración americana de los derechos de los pueblos indígenas” [En línea] <https://www.iwgia.org/es/noticias-alerta/284-archivos-de-noticias/2415-analisis-declaracion-americana-de-derechos-de-los>

Indígenas casi diez años atrás, es decir, asegurándoles a los pueblos la determinación libre de su condición política y la persecución libre de su desarrollo económico, social y cultural.⁷⁴

Por otro lado, el artículo VI asegura los derechos colectivos a los pueblos indígenas señalando que estos son “indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.”⁷⁵ En este sentido, se dispone claramente que los Pueblos Indígenas, además de contar con los derechos humanos que le caben a cualquier individuo, gozan a través de sus derechos colectivos y el ejercicio de los mismos, del derecho a su propia cultura y a profesar y practicar sus creencias espirituales.

Luego, y en relación al tema central de este trabajo, en la sección tercera de la Declaración a lo que la Asamblea General ha llamado “*Identidad Cultural*”, el artículo XIII establece el derecho a identidad e integridad cultural y señala que:

- i. “Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras.
- ii. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.
- iii. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento,

⁷⁴ Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA, 2016. Artículo III.

⁷⁵ *Ibid*, Artículo VI.

instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.”⁷⁶

Respecto a los artículos citados, existen una variedad de definiciones que vale la pena destacar. En primer lugar, el derecho a la identidad e integridad cultural, comprendida en ella el patrimonio cultural en todas sus formas, y el derecho a transmitir a futuras generaciones este patrimonio para así asegurar su continuidad como pueblos. De esta forma, no pareciera antojadizo asegurar primero un derecho a la identidad como pueblo y segundo a la integridad de esa identidad, en el sentido de que esa identidad, expresada en patrimonio cultural, no se vea afectada por el tiempo, ni por la intervención de terceros, asegurándoles el control de su patrimonio en forma de preservación y mantención, todo, con el objetivo de transmitir su cultura a futuras generaciones y asegurando a la vez la continuidad del pueblo en sí. De esta forma, a mi entender, la declaración entiende y recoge de manera efectiva las nociones de cultura de D. Clarke y de patrimonio cultural de P. O’Keefe, mencionadas anteriormente en este trabajo, destacando entre sus características esenciales, el derecho a su transmisión.

A su vez, el numeral 2 del artículo citado, pone en los Estados, la obligación de otorgar reparación por medios eficaces respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados los pueblos indígenas, reconociendo expresamente que ha existido a lo largo de la historia una privación sistemática de su propia cultura mediante la violación de leyes, tradiciones y costumbres indígenas. Sin perjuicio de lo anterior, organismos representativos de pueblos indígenas como el Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas (IWGIA por sus siglas en inglés), han entendido, de forma correcta a mi parecer, que aquí se establecería una medida facultativa y no impositiva para los Estados, en el sentido de que se señala que la reparación por medios eficaces, “podrán incluir” la restitución del patrimonio cultural, dejando de esta forma al arbitrio y voluntad de los Estados determinar los mecanismos eficaces, sin participación directa de las comunidades.⁷⁷

Como vemos, el artículo anteriormente citado, reconoce el derecho al patrimonio cultural de los pueblos indígenas, ocupándose de los objetos materiales o intangibles que componen dicho patrimonio. Por otro lado, el artículo XVI sobre Espiritualidad Indígena se ocupa también

⁷⁶ *Íbid*, Artículo XIII:

⁷⁷ Punto VI del informe elaborado por la Profesora Nancy Yáñez para el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. [En línea] <https://www.iwgia.org/es/noticias-alerta/284-archivos-de-noticias/2415-analisis-declaracion-americana-de-derechos-de-los>

de la recuperación de restos humanos, cual es el otro tema central de este trabajo. A mayor abundamiento, el citado artículo, en su numeral 3 dispone que “Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, proteger y acceder a sus sitios sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, a usar y controlar sus reliquias y objetos sagrados y a recuperar sus restos humanos.”⁷⁸ Luego, pone la obligación en los Estados para que estos en conjunto con las comunidades establezcan los medios eficaces para lograr el respeto y protección de esa espiritualidad, que asegure como fin último su continuidad como pueblos.

En resumen, las declaraciones sin perjuicio de significar instrumentos no vinculantes para los Estados que las adoptan, constituyen sí fuentes de derecho internacional de derechos humanos relevantes, en el sentido de que nos otorgan directrices y parámetros sobre los cuales eventualmente un Estado en particular pudiere legislar o a su vez, pueden contribuir a un proceso de gestación de tratados o ser tomados en cuenta por jueces internacionales. En cualquier caso, para efectos del presente trabajo, nos ayudan a reforzar la idea de que la repatriación es necesaria para la recuperación de la identidad perdida de los pueblos indígenas, ya que en sus disposiciones se reconoce expresamente esa necesidad, dejando en los Estados la voluntad de hacer esto efectivo.

Capítulo II. LA REPATRIACIÓN Y EL DERECHO COMPARADO

La repatriación, en su sentido más amplio, abarca todas las formas de recuperación física de patrimonio cultural indígena que ha sido separado de su lugar de origen o creación. Sin embargo, gracias al trabajo de distintos autores, este concepto se ha ido especificando en relación a su aplicación práctica. Así, han nacido conceptos como restitución, repatriación en sentido estricto y reapropiación cultural, todos conceptos que, a pesar de parecer semejantes, he ahí la razón de su uso indistinto, se diferencian entre sí por las formas en que se inician, desarrollan y finalizan, involucrando distintos organismos y actores en sus procesos. En este capítulo se aborda esta conceptualización a partir del trabajo de los autores que la han propuesto y además se presenta un análisis de la normativa comparada de Estados Unidos y Argentina en

⁷⁸ Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA, 2016. Artículo XVI.

relación a la repatriación en su sentido amplio, destacando también la presencia de estos conceptos en los dos regímenes jurídicos analizados.

1. RESTITUCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL INDÍGENA

La separación del patrimonio cultural indígena de su lugar de origen, ya sea este materializado en la extracción de objetos o bienes culturales de gran valor o en el saqueo de restos humanos ancestrales, fue provocada por distintos factores. Por una parte, encontramos el deseo de investigación y preservación de estos bienes por parte de profesionales y no profesionales, quienes, tomando posesión mediante trabajos arqueológicos, adquirieron conocimiento respecto a las formas de vida de las comunidades indígenas originarias del objeto o resto humano. Por otro lado, el colonialismo hizo lo suyo mediante el saqueo de los pueblos conquistados por parte de los conquistadores, quienes, con el ánimo de glorificar sus victorias, extraían patrimonio cultural indígena sin ningún escrúpulo para luego ser exhibido en museos nacionales. Por último, el interés que generaban en coleccionistas privados este tipo de objetos o restos humanos, considerados excéntricos y exclusivos, propiciaron un mercado y tráfico ilícito de los mismos, que provocó incontables saqueos de tumbas y lugares sagrados.⁷⁹

La restitución de este patrimonio cultural indígena separado de su lugar de origen, como concepto, nace precisamente a partir de la necesidad creada en el contexto descrito. Como describíamos en el capítulo anterior, lentamente comenzaron a surgir leyes en el ámbito internacional que se proponían frenar esta situación y a reconocer en cierta medida los derechos culturales de los pueblos indígenas. La restitución nace a partir de estas normativas, específicamente la Convención de la Haya de 1954, la Convención de la UNESCO de 1970 y la Convención de Unidroit de 1995. En este sentido, hablamos de restitución cuando nos referimos a la recuperación física de objetos apropiados de forma ilícita y en contravención a las normas jurídicas internacionales aquí señaladas.

El sujeto activo legitimado para ejercer una solicitud de restitución en las leyes señaladas serán siempre el Estado que se haya visto privado del patrimonio cultural por la apropiación ilícita de los bienes culturales que lo componen y a su vez, el sujeto pasivo de aquella acción

⁷⁹ Ochoa M. J., Op. Cit., p 119.

será el Estado en el que se encuentre el objeto en particular. Según la Convención de la Haya de 1954, la situación es muy clara, si los objetos o bienes culturales son exportados del territorio en forma ilícita, deberán ser incautados por el Estado al que se exportan y devueltos al Estado de origen.⁸⁰ En los mismos términos, como lo describimos en el capítulo anterior, la Convención de la Unesco de 1970, contempla la facultad de restitución de los bienes importados ilícitamente, abonando una indemnización a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal. En este caso, el Estado demandante deberá realizar el requerimiento por vía diplomática, acompañando los medios de prueba que justifiquen su petición al Estado demandado.⁸¹ Por último, la Convención de Unidroit de 1995, reconoce al Estado como el principal sujeto activo de la acción de restitución, sin perjuicio de establecer un mecanismo de solicitud para aquellos personas naturales o jurídicas que hayan sido víctimas del robo de un bien cultural. A su vez, el Estado estará facultado para solicitar la restitución tanto del bien que haya sido robado como del que haya sido exportado ilícitamente según las leyes vigentes de su territorio al momento de la exportación ilícita.⁸²

Cabe destacar, que todos los instrumentos legales que contemplan la restitución no son retroactivos, y, por lo tanto, sólo aplican a aquellos casos que se presenten posterior a la entrada en vigencia de cada instrumento, convirtiendo a la restitución en un mecanismo ineficaz para lograr la recuperación y acceso a la mayor parte del patrimonio cultural indígena extraído de los países o comunidades de origen en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. Esto se evidencia con mayor fuerza si se toma en consideración que los sujetos legitimados para solicitar la restitución en todas las Convenciones que hemos analizado son los Estados, y siempre que se trate de objetos o bienes culturales inventariados al momento de la extracción ilícita. En el caso único del Convenio de Unidroit que establece la legitimación para particulares, estos deberán acreditar fehacientemente que se era dueño antes del robo del bien cultural, lo cual

⁸⁰ 1) [En línea]

http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html 2) Reunión del grupo de expertos sobre la protección contra el tráfico de bienes culturales, Unesco, 2009, UNODC/CCPCJ/EG.1/2009/CRP.1

⁸¹ [En línea] <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/> Artículo 7.

⁸² Tchimino, C. “El Convenio UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente: La necesidad de un nuevo Convenio desde el prisma del Derecho Privado.” *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (2012). p 69.

evidentemente resulta imposible para aquellas comunidades indígenas que demandan la restitución de objetos o restos humanos extraídos hace siglos.

2. REPATRIACIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL INDÍGENA

A diferencia de la restitución, la repatriación en sentido estricto contempla diferentes actores, diferentes fundamentos y, por cierto, diferentes normas jurídicas involucradas. La repatriación ya no se refiere a bienes que han sido extraídos ilegalmente de un territorio en contravención a normas jurídicas internacionales, sino que se reserva, como lo describe Simpson, “*para aquellos ítems que son poseídos legalmente de acuerdo a las normas internacionales, pero que son reclamados por sus propietarios tradicionales o sus descendientes, desafiando las normas nacionales y las políticas de los museos, quienes sostiene la legalidad de sus derechos sobre las colecciones*”⁸³. A esto, Endere agrega que “*el término repatriación además se basa en la idea de devolver a los pueblos o comunidades originarias aquello de lo que han sido despojados por las potencias coloniales o los Estados nacionales*”⁸⁴. En este sentido, Simpson nos describe la repatriación, como una parte importante y central en el objetivo de renovar el conocimiento cultural y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas del siglo XXI, todo como parte de un proceso de revitalización y afirmación de identidad cultural que ayude a la recuperación del trauma post-colonial⁸⁵.

Como vemos, en este concepto se reconoce a las comunidades indígenas como principales sujetos activos del derecho a solicitar la repatriación. A diferencia de lo que veíamos con la restitución, en donde la mayoría de los casos eran los Estados parte de cada Convención los legitimados para solicitar la restitución, acá son los mismos afectados. Pues, en definitiva, existe en ellos un deseo por recuperar lo perdido, de manera que se pueda renovar el proceso cultural interrumpido con la colonización. Este deseo, junto con un marco internacional de

⁸³ Simpson, M., “Burying the past”, *Museum Journal*, July, 1994, pp 28.32, En Endere, M., L., “Patrimonios en disputa: Acervos Nacionales, Investigación Arqueológica y Reclamos Étnicos sobre Restos Humanos”, Op. Cit., p 6.

⁸⁴ En Endere, M., L., “Patrimonios en disputa: Acervos Nacionales, Investigación Arqueológica y Reclamos Étnicos sobre Restos Humanos”, Op. Cit., Ídem.

⁸⁵ Simpson, M., “Museums and restorative justice: heritage, repatriation and cultural education”, *Museum International*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Vol 61, N° 241-242, 2009. p 122. Traducción propia.

normas jurídicas como convenciones y declaraciones provenientes de distintos organismos internacionales de derechos humanos, han promovido una activa participación de las comunidades, evidenciada por la gran cantidad de solicitudes de repatriación a lo largo del mundo con ellos como principales actores⁸⁶. Ahora bien, los sujetos pasivos de estas solicitudes serán, indistintamente, instituciones privadas o públicas, tratándose de quien se encuentre en posesión del objeto respecto del cual se solicita la repatriación.

En cuanto a las normas jurídicas esgrimidas para solicitar la repatriación, debemos recalcar el artículo 11 y 12 de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas como la principal norma, sin perjuicio de que, a través de un análisis holístico de normas internacionales de derechos humanos, como se hizo en el primer capítulo de este trabajo, es posible dotar de sustento jurídico a la repatriación. En este sentido, estas normas, que bien pueden ser consideradas como *soft law*, en vista de que no existen mecanismos o medios institucionales para perseguirla, apuntan al reconocimiento del patrimonio cultural indígena como derecho humano que se encuentra por encima al derecho de propiedad sostenido por los poseedores de los objetos o restos humanos para defender su retención.

Cabe mencionar, que existen otros autores como María Julia Ochoa Jiménez, que le reconocen a la repatriación acepciones más amplias al concepto y no lo reducen o separan de la restitución en sí, como recién hemos analizado. La autora entiende la repatriación en cuatro formas, destacando como la primera de ellas la que está sujeta al marco jurídico otorgado por la Convención de la Unesco de 1970, que puede facilitar una repatriación negociada entre Estados. En segundo lugar, coloca a la repatriación como aquella sujeta a la Convención de Unidroit de 1995, comprendiéndose en ella la devolución de bienes robados y la restitución de aquellos bienes extraídos en contravención a las normas del país de origen. En tercer lugar, reconoce a la repatriación como el retorno de bienes con el empleo del derecho internacional privado, por aplicación de normas civiles o normas especiales relativas a patrimonio cultural del país del foro, es decir, el país donde se encuentra el bien o donde se haya celebrado la compraventa. En último lugar, pone a la repatriación en el contexto de procesos basados en negociaciones entre instituciones del país de origen con instituciones del país donde se encuentre el bien. Reconoce que esta repatriación no se da bajo el amparo de normas jurídico positivas, sino en aplicación del *soft law*. Aquí entrarían los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos

⁸⁶ Ver infra. Capítulos II y III.

analizados en este trabajo y bajo los cuales, en definitiva, se han solicitado la mayoría de las repatriaciones en el mundo⁸⁷.

3. REAPROPIACIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL INDÍGENA

Ahora bien, existe un tercer concepto introducido por la misma autora que me pareció interesante incluirlo en esta conceptualización. Esto, principalmente por la importancia de entender el proceso de recuperación patrimonial como un conjunto de actos que no acaban con la restitución o repatriación del bien cultural o resto humano a su lugar de origen. Se trata de lo que ella llama, *reapropiación cultural*. A este respecto, la autora señala, “*cualquiera sea la forma de repatriación que haya sido usada por el Estado de origen (o por otro sujeto) para lograr que los bienes culturales extraídos ilícitamente vuelvan a su lugar originario, a dicha repatriación debe seguir un proceso de reapropiación cultural, entendido como una obligación que recae principalmente sobre los hombros del Estado de origen. Así mismo, debe considerarse lo anterior tomando particularmente en cuenta el hecho de que contemporáneamente las normas sobre derechos humanos exigen de los Estados el reconocimiento de derechos de los grupos a su patrimonio cultural.*”⁸⁸

En este sentido, Simpson señala que el énfasis en la preservación del contexto y las actividades culturales asociadas al objeto en sí, involucra la resocialización (entendida aquí como reapropiación) de los mismos, pues, su retorno al lugar de origen donde los aspectos intangibles del patrimonio cultural les dan significado, pueden estimular a la renovación de actividades pertenecientes a esa intangibilidad⁸⁹. En palabras de Michael Dodson, Profesor de Estudios Indígenas en la Universidad Nacional de Australia, “*como personas indígenas, estamos intensamente conscientes que nuestra sobrevivencia como pueblo, depende en la vitalidad de la cultura. La herida más grande que la colonización nos infligió ha venido del proceso de desgarrarnos de nuestras identidades y culturas distintivas*”⁹⁰. Así las cosas, no es sino

⁸⁷ Ochoa M. J., Op. Cit., pp 121-122.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Simpson, M., Op. Cit., Ídem.

⁹⁰ Íbid., p 123.

mediante una reapropiación cultural que permita que la comunidad indígena pueda renovar sus actividades culturales y tradiciones, que se logra la recuperación de la identidad perdida.

Para poder lograr el objetivo propuesto por la reapropiación, debe existir un marco jurídico y político que, *“reconozca la legitimidad de las comunidades descendientes en la posesión y manejo de su propia materialidad con la misma legitimidad tanto de las instituciones del primer mundo como de las instituciones nacionales.”*⁹¹ Además, ese derecho a reapropiación, revitalización o resocialización, se encuentra expresamente reconocido en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, pues señala que *“los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales”*. Bajo este mismo respecto, Daes señalaba en el año 1995, como parte de sus principios y directrices para los Estados en materia cultural de Pueblos Indígenas, que *“debe reconocerse que los pueblos indígenas constituyen los principales custodios e intérpretes de su cultura, su arte y su ciencia, tanto las obras creadas en el pasado como las que se creen en el futuro”*⁹².

De esta forma, los distintos conceptos entregados, nos demuestran que la repatriación va más allá de la recuperación física del patrimonio perdido. Pues, se debe diferenciar entre los distintos actores involucrados en el proceso, las distintas normas jurídicas esgrimidas para su consecución y los distintos destinos que pueda tener el objeto o resto humano repatriado. En este sentido, la normativa comparada que a continuación se analiza, nos ayudará a ejemplificar estas diferencias.

4. RÉGIMEN JURÍDICO ESTADOUNIDENSE RELATIVO A SUS PUEBLOS ORIGINARIOS Y LA REPATRIACIÓN

4.1. Antecedentes Histórico-Normativos

⁹¹ Aguilar, M., “Entre diálogos y repatriaciones. Reparación colonial por la memoria y preservación de Machu Picchu”. *Antípoda*. Revista de Antropología y Arqueología, (2011). p 230. En Ochoa M. J., Op. Cit., p 124.

⁹² La resolución E/CN.4/Sub.2/1995/26 del Consejo Económico y Social, “Protección del patrimonio de los pueblos indígenas, Informe definitivo de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la resolución 1993/4 y de la decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos”, (21 de junio de 1995), [En línea] <http://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1995/26>, p 10.

Estados Unidos ha estado habitada por una gran cantidad de pueblos indígenas durante siglos, desde la etapa precolonial, la etapa colonial y post colonial. En la actualidad, y luego de un marcado y violento proceso de colonización de los pueblos indígenas en ese país, según el último censo del año 2010 existen más de 5.2 millones de indios americanos y nativos de Alaska en el país ya sea por sí solos o relacionados con otras razas y 2.9 millones de indios americanos o nativos de Alaska por sí solos.⁹³ Además de vivir un violento proceso de colonización y asimilación forzada, los nativos americanos experimentaron también un violento proceso de destrucción de su patrimonio cultural. Durante siglos sus tierras fueron afectadas por saqueadores, quienes sin ningún tapujo removieron restos humanos y objetos de culto de gran valor, para luego ser vendidos a instituciones públicas o privadas, quienes recolectaban este patrimonio y lo exhibían en sus vitrinas. Según María Luz Endere, *“aun cuando a mediados de este siglo las colecciones de restos humanos cayeron en desuso, siguieron siendo una parte importante de las colecciones de museos e instituciones académicas y hasta han sido consideradas una parte indiscutible del patrimonio nacional.”*⁹⁴

Este daño fue infligido a los pueblos tribales por leyes y acciones sostenidas desde la legalidad, las cuales desde la nueva mirada del derecho internacional de derechos humanos son vistas como ilegales y por las cuales hoy existen reclamos de repatriación por parte de las comunidades indígenas de Estados Unidos.⁹⁵ Como bien señala Yasha Rodríguez⁹⁶, *“el saqueo de sitios arqueológicos y el tráfico de artefactos arqueológicos es una práctica antigua, y casi todos los países han sufrido la pérdida del patrimonio cultural como corolario del anhelo por obtener esos bienes. Muchos museos, universidades, empresas y coleccionistas privados tienen objetos en sus colecciones que han sido retirados sin consentimiento del país de origen y cuya repatriación ha sido solicitada”*.⁹⁷

Desde principios del siglo XX que se comenzó en Estados Unidos a buscar formas de frenar esta destrucción masiva del patrimonio cultural indígena. El primer esfuerzo oficial

⁹³ U.S. CENSUS BUREAU, “The American Indian and Alaska Native Population: 2010”, Enero de 2012. (Fecha de consulta: 17 de enero de 2019) [En línea] <https://www.census.gov/history/pdf/c2010br-10.pdf>.

⁹⁴ Endere, M., L., “Patrimonios en disputa: Acervos Nacionales, Investigación Arqueológica y Reclamos Étnicos sobre Restos Humanos”, Op. Cit., Ídem.

⁹⁵ Rodríguez, Yasha N. “Repatriación de Bienes Culturales de Pueblos Indígenas de los Estados Unidos: Una mirada a la Ley y a los procesos terapéuticos en los conflictos de Propiedad Intelectual”, *Revista Direito e Inovação*, (2012), p 91.

⁹⁶ Doctora en Derecho de la Universidad de Puerto Rico, con una Maestría en Arqueología de la Universidad del Estado de Arizona y un Ph.D. en Arqueología y Preservación Histórica de la Universidad de Cornell.

⁹⁷ Rodríguez, Yasha N. Op. Cit., p 94.

provino desde el Instituto Arqueológico de los Estados Unidos (AIA por sus siglas en inglés), junto con otras instituciones como la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia (AAAS), quienes se dirigieron al Congreso y presentaron distintos proyectos de ley con el fin de que el Gobierno estadounidense tomara medidas contra la destrucción del patrimonio cultural indígena. *“La situación era tal que el paisaje de las áreas donde se ubicaban los sitios arqueológicos era similar al paisaje lunar, con palas que no dejaron espacio sin excavar en búsqueda de objetos antiguos para poner a la venta”*.⁹⁸ Producto de este esfuerzo se promulga en el año 1906 la Ley de Antigüedades (Antiquities Act), que trajo consigo la prohibición y penalización de la excavación de tierras públicas sin la autorización de la Secretaría Interior del Estado.

A este primer esfuerzo legislativo le siguieron una variedad de otras normativas que tendían a la protección de sitios y objetos arqueológicos⁹⁹, las cuales fueron implantando en el país la noción de que el patrimonio cultural indígena era importante preservarlo, pero al mismo tiempo identificaba este patrimonio como propiedad del gobierno federal y los encomendaba al estudio científico.¹⁰⁰ Tal es el caso por ejemplo de la Ley de Preservación Histórica Nacional de 1966, la cual se refiere a estos bienes como parte del patrimonio nacional y destaca la importancia de la recopilación de información para su inventariado. En palabras de la autora Yasha Rodríguez, estas leyes evidentemente *“no reflejaban la perspectiva de las víctimas (los pueblos indígenas estadounidenses) ni validaban sus reclamos de propiedad de sitios y objetos culturales”*¹⁰¹, pues seguían reconociendo en el Estado o Gobierno la autoridad y propiedad sobre todo ese patrimonio, sin reconocer de forma alguna la legítima y ancestral propiedad que tenían los pueblos indígenas americanos. Sin perjuicio de los esfuerzos legislativos por parte del Gobierno por proteger el patrimonio, a pesar de su reivindicación como legítimo dueño, los sitios arqueológicos y tumbas ancestrales continuaron siendo saqueadas, tanto en tierras privadas como federales, para seguir siendo comercializadas y vendidas a museos e instituciones de carácter privado, debido al alto costo que habían adquirido posterior a este primer periodo legislativo.

⁹⁸ *Íbid.*, p.92.

⁹⁹ 1) Ley de Sitios Arqueológicos de 1935. 2) Ley de Recuperación de Reservas de 1960. 3) Ley de Preservación Histórica Nacional de 1966.

¹⁰⁰ *Ídem.*

¹⁰¹ *Ídem.*

Lo anterior cambiaría en el año 1986, cuando una comunidad indígena perteneciente a la tribu de los Cheyenes, descubrió en el Instituto Smithsonian cerca de 18.500 restos humanos pertenecientes a comunidades indígenas de todo Estados Unidos, lo que generó un gran impacto en aquellas comunidades y un revuelo mediático importante en el país, especialmente teniendo en consideración que se vivía un auge significativo en materia de derechos humanos. En palabras del propio Jefe Cheyenne, “el Instituto Smithsonian es el cementerio indígena más grande del país”¹⁰². Luego de una gran cantidad de manifestaciones y protestas por este suceso se dictó en 1989 la Ley del Museo Nacional de los Indios Estadounidenses que se propuso tratar el conflicto entre las comunidades y el Instituto. A su vez, estados como Hawaii y Nebraska promulgaron leyes locales que también trataron estas cuestiones y por otro lado varios parlamentarios presentaron diversos proyectos al Congreso estadounidense. El ambiente de descontento creado por diversos actores, generó que en 1990 se dictara la Ley de Protección y Repatriación de Tumbas Indígenas (NAGPRA por sus siglas en inglés). Según Ramiro Matos, Curador para América Latina del Museo Nacional del Indígena Americano de Estados Unidos, NAGPRA “no fue un gesto generoso del Congreso de los Estados Unidos, ni tampoco un mero servicio que el gobierno otorga a las comunidades indígenas, sino la respuesta a más de un siglo de lucha en defensa de los derechos y las reivindicaciones históricas de los nativos americanos”.¹⁰³

4.2. Native American Graves Protection and Repatriation Act o NAGPRA

4.2.1. Objeto de protección

Las dos principales aristas desde las que se estructura el objeto de esta ley son, en primer lugar, la protección de bienes culturales que permanecen en los territorios de los pueblos indígenas, estén estos en tierras federales o tribales, y, en segundo lugar, la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan repatriar los bienes culturales que estén en poder de los museos. Cabe destacar, que la referencia a bienes culturales que hace la ley, comprende la noción de

¹⁰² Colwell, C. “Plundered Skulls and Stolen Spirits, Inside the fight to reclaim Native America’s Culture”, *The University of Chicago Press*, Chicago and London, (2017). p 75.

¹⁰³ Matos, R. “Repatriación de Restos Humanos: unos comentarios desde el Museo Nacional del Indígena Americano. *IX Seminario sobre Patrimonio Cultural, Museos en obra*. Servicio Nacional del Patrimonio Cultural. (2007). [En línea] http://www.patrimoniocultural.gob.cl/614/w3-article-5410.html?_noredirect=1

restos humanos y objetos funerarios relacionados.¹⁰⁴ A diferencia de las antiguas leyes presentes en el territorio estadounidense, las cuales reconocían en el Estado al legítimo propietario de todo el patrimonio cultural que se encontrare en territorio federal, esta ley traspassa esa propiedad a las comunidades indígenas creando un orden de prelación para el establecimiento de la misma sobre aquellos objetos de culto o restos humanos que sean encontrados mediante descubrimiento o excavación.

De esta forma, como objetos de protección son identificados los restos humanos junto a sus objetos funerarios relacionados por un lado y objetos funerarios no relacionados, objetos sagrados y objetos de patrimonio cultural por el otro.¹⁰⁵ En este sentido, la ley define a los objetos funerarios relacionados como *“objetos que, como parte del ritual o ceremonia de la muerte, se cree razonablemente han sido puestos junto a los restos humanos individuales, ya sea al momento de la muerte o después y que tanto los objetos como los restos se encuentran actualmente en posesión de una agencia federal o museo”*¹⁰⁶. A su vez, los diferencia, respecto de los objetos funerarios no relacionados, en el sentido de que estos últimos, no se encuentran actualmente en posesión de ninguna agencia o museo y que pueden ser identificados mediante una preponderancia de evidencia como pertenecientes a alguna tribu o familia u otros restos humanos identificados.¹⁰⁷ Por otro lado, los objetos sagrados son aquellos *“objetos ceremoniales específicos, necesitados por nativos americanos que sean líderes religiosos tradicionales para la práctica de religiones nativo americanas con adherentes actuales”*¹⁰⁸, mientras que los objetos de patrimonio cultural, son definidos como *“aquellos que tengan una constante y actual importancia histórica, tradicional o cultural para algún grupo nativo americano y que no sean de propiedad de algún nativo americano como individuo.”*¹⁰⁹

Se distinguen así, dos reglas generales de categorización de objetos susceptibles de protección y repatriación. La primera regla consiste en determinar si los restos u objetos funerarios son o no relacionados, siendo el factor determinante la posesión actual de los restos u objetos, pudiendo estos estar en posesión o no de agencias y museos como también la circunstancia de haber sido puestos junto a los restos humanos. La segunda regla consiste en

¹⁰⁴ Native American Graves Protection and Repatriation Act, Section 2. Definitions., 3.A.

¹⁰⁵ Ibid, Section 3.

¹⁰⁶ Ibid, Section 2.3.A. Traducción propia.

¹⁰⁷ Ídem., 3.B. Traducción propia.

¹⁰⁸ Ídem., 3.C. Traducción propia.

¹⁰⁹ Ídem., 3.D. Traducción propia.

diferenciar entre objetos sagradamente religiosos y objetos de importancia cultural, histórica y tradicional. Para efectos prácticos y como forma de determinar que los objetos sagrados sean efectivamente necesitados, la ley pone como límite a la repatriación, que se trate de religiones indígenas que tengan adherentes actuales y no pasados, mientras que, respecto a los objetos de patrimonio cultural, se requiere que no estén en posesión de otro individuo nativo americano, en cuyo caso no podrán en ningún caso ser enajenados, apropiados o transmitidos.

4.2.2. Sujetos Legitimados y Sujetos Obligados

La aplicación de la ley está destinada a asegurar el derecho de repatriación para los Nativos Americanos determinados así por la Constitución o las leyes, las tribus indígenas originarias de Estados Unidos, y las Organizaciones Indígenas de Alaska y de Hawái.

En cuanto a la legitimidad de estos sujetos para solicitar la repatriación, la ley establece el siguiente orden de prelación. Para el caso de restos humanos y objetos funerarios relacionados, serán propietarios y por tanto sujetos legitimados para solicitar la repatriación, los descendientes en línea recta de los restos humanos encontrados. Para los otros casos, habrá que distinguir nuevamente, reconociéndose como legítimos dueños a aquella tribu o pueblo del lugar en donde se encontraron los objetos funerarios no relacionados, los objetos sagrados u objetos de patrimonio cultural en primera prioridad. Luego se reconocerá a aquella tribu o pueblo que tenga la afiliación cultural¹¹⁰ más cercana con los restos u objetos y quienes luego de ser notificados, reclamen los restos u objetos. En tercer orden de prelación, si la afiliación cultural no ha podido ser determinada y los objetos y restos han sido encontrados en tierra federal reconocida por el Gobierno como una tierra indígena; los objetos pertenecerán a la tribu de la tierra indígena en la que fueron encontrados en primer lugar, previa notificación y reclamo por la tribu, y en último caso, pertenecerán a aquella tribu que tenga una preponderancia de evidencia a favor suyo como legítimos propietarios, también previa notificación y reclamo.¹¹¹ En aquellos casos en que no pueda ser establecida la afiliación cultural y no existan reclamos por los restos u objetos, serán dispuestos en concordancia con la regulación promulgada por la

¹¹⁰ En términos de la Ley de Protección y Repatriación de Tumbas Indígenas, “afiliación cultural” es: una relación de identidad de grupo compartida de origen histórico o prehistórico entre una tribu indígena de la actualidad o una organización indígena hawaiana y un grupo anterior e identificable.

¹¹¹ Native American Graves Protection and Repatriation Act, Section 3.

Secretaría del Interior en consulta con un comité de revisión conformado según la ley por representantes indígenas, representantes de museos y de la comunidad científica.

En este sentido, el primer criterio para para determinar la propiedad del objeto o resto humano será el parentesco de los descendientes con los restos humanos y sus objetos relacionados. Luego, como segundo criterio se contempla el territorio, quedando legitimada aquella tribu del lugar donde se encontraron los restos. Si lo anterior no fuere posible, se considerará legitimado aquella con la afiliación cultural más cercana, siempre y cuando tal persona o comunidad, esté reconocida por el Gobierno Federal de los Estados Unidos¹¹². Ahora bien, no siendo determinada la afiliación cultural, se mirará a la preponderancia de prueba que tenga una parte a su favor, siendo en último caso y no habiendo sido determinada su pertenencia a ningún grupo, puesta a disposición de la Secretaría del Interior para que ella determine su destino.

En cuanto a los sujetos obligados a la repatriación, la ley realiza una distinción entre las Agencias Federales y los Museos. Así, se reconoce como agencia federal, cualquier departamento, agencia o ente público de los Estados Unidos y como Museo, cualquier institución o agencia gubernamental, estatal o local, que reciba fondos del Estado, incluidas instituciones de educación superior, que se encuentren en posesión o control de restos humanos u objetos culturales indígenas.¹¹³ Cabe destacar que la ley no aplica respecto a personas o instituciones privadas que mantengan en su poder patrimonio cultural indígena y que no hayan recibido fondos estatales desde la entrada en vigencia de la Ley.¹¹⁴ Tampoco aplica respecto a las Instituciones del Museo Smithsonian, ya que estas, como se ha visto, tienen su legislación especial. De esta manera, el criterio elemental de aplicación de la ley en cuanto sujetos pasivos, es el financiamiento estatal que la agencia federal o el museo respectivo reciban.

4.2.3. Procedimiento

¹¹² Los pueblos indígenas en Estados Unidos son reconocidos en virtud de la Constitución, la cual, al reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos, reconoce a los pueblos indígenas como pueblos dependientes internos. En la actualidad existen 565 tribus reconocidas por el Gobierno Federal, las cuales deben cumplir con los requisitos establecidos por la Oficina de Asuntos Indígenas.

¹¹³ Native American Graves Protection and Repatriation Act, Section 3.

¹¹⁴ [En línea] <https://www.nps.gov/nagpra/faq/index.htm>

Previo a cualquier solicitud de repatriación, los sujetos o instituciones obligadas a ella deberán cumplir con una obligación de inventario y determinación de la afiliación cultural de los restos humanos y bienes culturales que mantengan en su poder. Esta deberá llevarse a cabo en consulta con los gobiernos tribales o indígenas o líderes tradicionales de la tribu o pueblo indígena de que se trate, en un plazo no mayor a 5 años desde la dictación de la ley y puesta a disposición de un comité de revisión creado para la correcta implementación de la Ley, tanto mientras se esté realizando el inventario como después de realizado.¹¹⁵ Una vez determinada la afiliación cultural y realizado el inventario, el museo o la agencia federal deberán notificar a la tribu en un plazo no superior a seis meses para que estos puedan eventualmente solicitar la repatriación.

Una vez hecha la solicitud de repatriación y presentada directamente en la institución respectiva, habiéndose acreditado, ya sea por la institución o el solicitante la legitimidad de la solicitud, la repatriación deberá llevarse a cabo de la manera más expedita posible y en consulta nuevamente con las comunidades solicitantes para efectos de determinar la manera y el lugar a realizarse.¹¹⁶ Sin perjuicio de lo anterior, se establecen dos excepciones a la repatriación. La primera consiste en la acreditación por parte de los museos de su derecho de posesión sobre los objetos reclamados, ya sea porque hayan sido cedidos voluntariamente o que acrediten su posesión legal por otro medio. La segunda excepción se reserva para aquellos casos en que los bienes estén siendo estudiados, siendo la tenencia del objeto indispensable para la conclusión del estudio y que a la vez pueda significar un importante aporte a la nación. En este caso dichos bienes deberán ser restituidos luego de 90 días concluido el estudio científico.¹¹⁷

Para aquellos casos en que se produzca conflicto entre los sujetos legitimados y los obligados a la repatriación, el Comité de Revisión al que hacíamos mención anteriormente y que desarrollaremos a continuación, será el encargado de resolver la disputa. Por otro lado, en aquellos casos en que más de una comunidad indígena haga solicitudes de repatriación sobre los mismos restos u objetos, la institución en posesión de ellos no podrá repatriar a ninguna comunidad a menos que la disputa sea resuelta mediante acuerdo de las comunidades

¹¹⁵ Native American Graves Protection and Repatriation Act, Section 5 b).

¹¹⁶ *Ibid.*, Section 7.

¹¹⁷ Endere, M., L., y Ayala, P., "Normativa Legal, Recaudos Éticos y Práctica Arqueológica. Un estudio comparativo de Argentina y Chile. *Revista de Antropología Chilena*, V. 44 N° 1, Chile, (2012). p 40.

involucradas, y en caso negativo por resolución de la Corte del Distrito que tenga competencia en el asunto mediante un procedimiento contencioso.

4.2.4. Organismos que intervienen

EL principal organismo que interviene en la aplicación de la ley es el Comité de Evaluación o *Review Committee*. Este comité está compuesto por 7 miembros, de los cuales 3 de ellos son elegidos por una nómina propuesta por las organizaciones indígenas del país, otros 3 elegidos a partir de una nómina propuesta por las organizaciones de museos nacionales y de científicos nacionales y un miembro elegido de una nómina propuesta por los otros seis miembros. Estos ejercerán en el cargo por 4 años, sujetos a una extensión de 2 años y la elección a partir de las nóminas estará a cargo del Secretario del Interior, del Departamento del Interior de Estados Unidos.¹¹⁸

Dentro de las funciones del Comité de Revisión se encuentran la de monitorear y revisar los procedimientos de inventario, identificación y de repatriación descritos anteriormente, ayudar en la determinación de la afiliación cultural cuando sea solicitado por cualquiera de los sujetos intervinientes, resolver disputas entre comunidades indígenas que soliciten la repatriación de los mismos restos u objetos y presentar un informe anual al Congreso sobre la aplicación que se ha hecho de la ley, entre otros.¹¹⁹

4.2.5. Sanciones

Por último, la ley establece la posibilidad de que los museos puedan ser penalizados ante el incumplimiento de la misma, estableciendo sanciones civiles para el efecto. En virtud de la Sección 9 de la Ley, “*Si un museo no cumple con los requisitos de esta ley, puede ser susceptible de una sanción civil por parte de la Secretaría del Interior en virtud de los procedimientos establecidos por las normas de la Secretaría*”.¹²⁰ A su vez, el monto de la pena estará determinado según el valor arqueológico, histórico o comercial del ítem de que se trate, por el

¹¹⁸ Native American Graves Protection and Repatriation Act, Section 8.

¹¹⁹ [En línea] <https://www.nps.gov/nagpra/review/NAGPRAfiledcharter2018.pdf>

¹²⁰ Native American Graves Protection and Repatriation Act, Section 9. Traducción Propia.

daño económico como no económico sufrido por la parte agraviada y por el número de violaciones a la ley que se hubiesen cometido por la misma institución, todo luego de una audiencia donde se oirá a ambas partes involucradas. En aquellos casos en que el museo no cumpla con la pena establecida por la Secretaría del Interior, el Fiscal General estará legitimado para ejercer una acción civil en contra de la institución ante la Corte del distrito respectivo, instancia en la cual la validez de la acción, así como la cuantía de la pena, no podrán ser discutidas.

4.3. Experiencia tras la aplicación de NAGPRA en Estados Unidos

En palabras de Yasha Rodríguez, *“NAGPRA ha ayudado a despertar conciencia, dar validez a los reclamos de los pueblos indígenas estadounidenses y otorgarles derechos a esos pueblos sobre su patrimonio cultural. Puede decirse que los objetivos de la NAGPRA incluyen ciertos aspectos de justicia social y restitución y puede considerarse como una manera de aliviar el daño infligido durante todo un siglo mediante la recuperación y apropiación de todos los elementos de los pueblos indígenas.”*¹²¹

Sin embargo, la aplicación de esta ley no ha dejado de ser conflictiva. En virtud de ella ha surgido un conflicto entre las comunidades indígenas que solicitan la repatriación por un lado y los museos que están en posesión de los bienes cuya repatriación se solicita. Más allá de los conflictos que pudieren surgir por la aplicación de la ley y resueltos por los tribunales de justicia, como era esperable que ocurriera, han surgido conflictos de carácter social y académico. Pues, los representantes de los museos, por una parte, alegan que las comunidades indígenas no están preparadas para la conservación y protección de los objetos devueltos¹²². A su vez, los aborígenes afirman que *“los museos no son instituciones nuestras. Nuestra relación con los objetos y los restos humanos es diferente: todos y todas las cosas existen en un sistema de relaciones. Somos parte de un mundo orgánico en el cual las interrelaciones en todos los niveles*

¹²¹ Rodríguez, Yasha N. Op. Cit., p 94.

¹²² Ver más en; 1) Anyon, R. y Thornton. R., “Implementing repatriation in the United States: issues raised and lessons learned”. *The Dead and their Possessions: Repatriation in Principle, Policy and Practice*, Londres, (2002). pp. 190-198. 2) Bray, T., “Repatriation, power relations and the politics of the past.” *Antiquity* 70 (268), (1996). pp. 440-444.

de vida son honorables."¹²³ Ante esto, arqueólogos, antropólogos y museólogos se han visto obligados a respetar la legislación en favor de los derechos humanos de los pueblos indígenas y se ha manifestado la necesidad de examinar el contexto social y político de la investigación científica. En ese sentido, parece interesante lo planteado por Jorge Calbucura cuando señala que previo a este proceso de práctica legislativa a favor de los derechos humanos indígenas, *"la condición de objeto de exhibición y estudio se fundamentaba en una idea de pasado objetivado y separado de las tradiciones vivientes. Es así que este tipo de colecciones han pasado a ser consideradas parte del patrimonio nacional, como cultura material sin tener en cuenta los significados sociales asociados a ellos y rechazando cualquier otra interpretación que no sea prevista desde el discurso nacionalista o científico."*¹²⁴, y agrega *"Tal como ha sido destacado por otros autores (Trigger 1984; Ucko 1995) y en referencia a estos antecedentes es manifiesta la necesidad de examinar el contexto social y político de estas colecciones. Así como asumir que los supuestos teóricos y epistemológicos de la academia deben dar cuenta de la existencia de otras perspectivas ontológicas. Ello obliga a la comunidad política, científica y académica a asumir la complejidad de la repatriación y reinterhumación de estos restos humanos en sus colecciones, la restitución de bienes culturales y el reconocimiento de la existencia de sitios y paisajes sagrados."*¹²⁵

Sin perjuicio de los conflictos asociados a la implementación de esta ley y toda la discusión doctrinaria asociada a ellos, es claro que su aplicación ha traído ciertos beneficios y reconocimiento a las demandas históricas indígenas. Luego de varios años de aplicación, la repatriación de cientos de restos humanos y objetos de culto ha sido posible. Según una investigación de Daehkne, J. y Lonetree A.¹²⁶, al 2011, 32.000 objetos de culto y restos humanos de un total de 150.000 habían sido devueltos a los pueblos indígenas de Estados Unidos. En este sentido, si bien es cierto que la cantidad de objetos devueltos ha sido baja en comparación con el total inventariado en el país, la dificultad de su repatriación se ha debido a factores más bien circunstanciales que a otros motivos como pudieren ser el incumplimiento de la norma por parte de los obligados. Pues, *"existen insalvables dificultades en la identificación y en el proceso (no*

¹²³ Endere, M., L., "Patrimonios en disputa: Acervos Nacionales, Investigación Arqueológica y Reclamos Étnicos sobre Restos Humanos", Op. Cit., p. 8-9.

¹²⁴ Calbucura, J., Op. Cit., p 241.

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Daehkne, J. y Lonetree A., "Repatriation in the United States: the current state of NAGPRA.", *American Indian Culture and Research Journal*, V 35. (2011). pp. 87-98.

se sabe a qué grupo pertenecen por falta de información en la recopilación original, los grupos a los que pertenecen no tienen ya descendencia alguna, o algunos grupos que los reclaman no son reconocidos como tales por las autoridades federales)”.¹²⁷

Con todo, NAGPRA ciertamente ha abierto un camino para los pueblos indígenas de Estados Unidos en cuanto a su patrimonio cultural. Por un lado, les ha dado un reconocimiento importante cambiando para siempre el concepto de propiedad de este tipo de bienes, y por otro les ha dado las herramientas para poder solicitar su repatriación y restitución. Han pasado 29 años desde su dictación y la experiencia ha sido en general positiva para las comunidades indígenas, más allá de los evidentes conflictos que ha generado su implementación. Tal como lo describe Rodríguez, *“Algunos pueblos indígenas se oponen a que los objetos queden en manos de personas que no sean de la tribu y exigen la restitución de los objetos y se oponen a cualquier tipo de exhibición o estudio. Otras tribus han aceptado participar de un proceso otorgando un plazo para recuperar documentación básica (como imágenes, fotografías y toma de notas), luego del cual los objetos deben ser repatriados. Y otras tribus han permitido el estudio de los objetos como parte de un pacto de eventual restitución, y algunas incluso participan en el trabajo de los arqueólogos y museos y hasta crean sus propias agencias de administración de bienes culturales.”*¹²⁸ En este último caso, se evidencia una importante reapropiación cultural, que permite que las comunidades se hagan cargo de la recuperación de su patrimonio mediante estas agencias de administración. Aun así, sin perjuicio de las distintas visiones sobre el tratamiento que deben obtener los objetos post repatriación, una cosa es clara, la propiedad de los mismos parece haber quedado indefinidamente fijada en los pueblos indígenas, convirtiendo a NAGPRA en una legislación modelo para aquellos países que presenten reclamaciones respecto a la materia.

¹²⁷ Martínez Aranda, M. A.; Bustamante García, J.; López Díaz, J. “Las controversias de los ‘materiales culturales delicados’ un debate aplazado pero necesario”, *ph investigación*, (2014). pp. 1-30.

¹²⁸ Rodríguez, Yasha N. Op. Cit., p 110.

5. RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO RELATIVO A SUS PUEBLOS ORIGINARIOS Y LA REPATRIACIÓN

5.1. Antecedentes Histórico-Normativos

La primera Constitución Argentina fue aprobada en el año 1853. Previo a la Constitución, los indígenas que habitaban el territorio norte y central de ese país habían sido sometidos bajo el proceso colonial. Sin embargo, aquellos que se ubicaban en la Pampa y Patagonia, así como aquellos del Gran Chaco, aun se encontraban en libertad y ocupaban territorios no controlados por el Gobierno Nacional considerados estratégicos por la gran cantidad de recursos naturales que albergaban. Con la Constitución de 1853 se proponía anexar ese territorio con el fin de poder explotarlo y se pretendía “asegurar la seguridad de las fronteras”, “mantener relaciones pacíficas con los indios” y “promover su conversión al catolicismo”.¹²⁹ Este objetivo no se logró y en 1879 el gobierno argentino emprendió una guerra contra los indígenas de la Pampa y Patagonia que se denominó “La Conquista del Desierto”. Posterior a esta guerra el estatus jurídico de los indígenas cambiaría, dejando de ser considerados como pueblos “bárbaros” a los que había que conquistar, pasando a ser sujetos “incapaces de derecho”.¹³⁰ Luego se iniciaría un largo proceso de domesticación, que duraría hasta el año 1930, donde el confinamiento a reservas y reducciones se haría una práctica común del gobierno argentino, sin perjuicio de estar conscientes de la necesidad de una reparación histórica que les otorgara un acceso igualitario a las garantías constitucionales. Luego de varios años de pequeños hitos que se produjeron en favor de los pueblos indígenas,¹³¹ comprendiendo las décadas que sucedieron entre 1930 y 1980, con el retorno a la democracia comenzaría una verdadera transformación en las políticas públicas hacía los indígenas.

Así, en el año 1985, se promulga en Argentina la Ley N° 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades indígenas. Aquí se reconoce por primera vez el estatus jurídico indígena, señalándose que “*se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de*

¹²⁹ Constitución de la Confederación Argentina, 1853, Artículo 64°, inciso 15.

¹³⁰ Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., p 42.

¹³¹ 1) Hacia 1946 se incorporó a los indígenas en el padrón electoral. 2) En 1949 se creó la Dirección de Protección del Aborigen y el Instituto Étnico Nacional. 3) En 1949 se ratifica el Convenio 50 de la OIT. 4) En 1961, se ratifica el Convenio 107 de la OIT y se crea el Consejo de Asuntos Indígenas. 5) En 1966 se realiza el primer Censo indígena.

familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad".¹³², estatus que será gestionado por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas creado por la misma ley a través de un Registro de Comunidades Indígenas, institución además encargada de elaborar planes de adjudicación y explotación de tierras, de educación y de salud. A su vez, el artículo 1° de la Ley declara "*de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades existentes en el país, y a su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades*".¹³³

Otro hito importante en la historia indígena argentina es la ratificación por parte del Estado Argentino del Convenio 169 de la OIT en 1992, entrado en vigencia el año 2000, este instrumento ratificó el estatus jurídico de los indígenas anteriormente otorgado por la Ley N° 23.302, y establece que los gobiernos adherentes deben "*asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos (sociales, económicos y culturales) de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad*"¹³⁴, junto con disponer en su artículo 6, la protección de los valores y prácticas sociales y culturales, religiosas, y espirituales propios de dichos pueblos.

El último avance importante en cuanto a reconocimiento se tradujo en la Constitución Nacional de 1994, la cual en su artículo 77 inciso 17 reconoce "la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos", garantizando a su vez, "el respeto a su identidad y asegurando su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que les afecten". Lo anterior "*ha sido interpretado como una admisión implícita al derecho de participar en la gestión del patrimonio cultural de sus antepasados*"¹³⁵.

En cuanto a reclamos indígenas sobre restos humanos u objetos ancestrales, el surgimiento de un reconocimiento explícito de los pueblos indígenas por parte de la legislación argentina provocó que despertara el interés por parte de las comunidades de lograr la

¹³² Ley N° 23.302, Argentina, 1985, Artículo 2.

¹³³ *Ibid.*, Artículo 1°.

¹³⁴ Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo, Artículo 2.1

¹³⁵ Endere, M. "Arqueología y Legislación en Argentina. Cómo Proteger el Patrimonio Arqueológico en Argentina". UNCPBA, Tandil, (2000). En Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., p 43.

repatriación de su patrimonio cultural. El caso más importante de Argentina en cuanto a restos humanos se refiere, es el del Museo de La Plata, que mantenía una colección de esqueletos y cráneos de indígenas tehuelches y araucanos que murieron o fueron tomados prisioneros durante “La Conquista del Desierto”. Estos restos comenzaron a ser reclamados por las comunidades indígenas, en especial aquellos restos humanos de héroes caciques. Sin perjuicio de las solicitudes de las comunidades, se les denegó la devolución en virtud del artículo 2340 inciso 9° del Código Civil Argentino que trata a las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico como bienes de dominio público, así como también fundado en la imposibilidad de probar el parentesco por consanguinidad entre los solicitantes y los restos humanos.¹³⁶

Para paliar la situación de indefensión en la que se encontraban los indígenas en cuanto a sus reclamos el gobierno dictó en 1991 la ley N° 23.940 que dispuso la devolución inmediata del cacique tehuelche Inayakal a su lugar ancestral, en Tecka, Chubut, luego de recibir honores militares y rituales indígenas.¹³⁷ Otro hito importante sobre restitución de restos humanos indígenas, es la dictación en el año 2001 de la Ley 25.276 que ordenó la devolución de los restos humanos del cacique Mariano Rosas a la comunidad ranquelina de la provincia de La Pampa.¹³⁸ Estos dos hitos normativos dieron pie para que en el año 2001 se dictara la ley 25.517 sobre Restitución de Restos Mortales Aborígenes, acabando así con años de lucha por parte de las comunidades indígenas en relación a su patrimonio cultural.

5.2. Ley N°25.517 sobre Restitución de Restos Mortales de Aborígenes de 2001 y Decreto 701 de 2010 que reglamenta su aplicación

Cabe mencionar, previo al análisis de la normativa disponible, que luego de la dictación de la ley, sin perjuicio del reconocimiento que se hacía a la repatriación de restos humanos, su aplicación resultó un tanto conflictiva. Lo anterior, debido a que ésta contenía tan sólo 5 artículos que hacían prácticamente imposible su aplicación. Debido a esto fue necesaria la

¹³⁶ Endere, M., “The reburial issue in Argentina: A growing conflict”. En “The Dead and their Possessions: Repatriation in Principle, Policy and Practice”. En Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., Ídem.

¹³⁷ Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., p 43.

¹³⁸ Martínez Aranda, M. A.; Bustamante García, J.; López Díaz, J., Op. Cit., p 9.

dictación del Decreto 701 que reglamentó la ley de manera que esta se pudiera aplicar de manera efectiva en todo el territorio argentino.

Como aclaración, la ley habla de restitución de restos mortales, sin embargo, bajo la conceptualización hecha en este trabajo se trataría de una repatriación propiamente tal ya que es hecha mediante una legislación nacional y no en aplicación de normas internacionales con acciones ejercidas por estados. Sin embargo, nos referiremos a restitución y repatriación en sus sentidos amplios.

5.2.1. Objeto de protección

Se establece en el artículo 1° que el objeto de protección de la ley serán los restos mortales de aborígenes, cualquiera sea su característica étnica, que formen partes de museos y/o colecciones públicas o privadas, los cuales deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que los reclamen.¹³⁹ La ley reconoce, por primera vez que los restos mortales reclamados por comunidades deben ser devueltos, sin importar la persona que esté ejerciendo posesión sobre ellos, siendo aplicable respecto de todo resto aborígen que sea reclamado.

A pesar de lo escueto de la ley, es interesante señalar que en su artículo 2°, se dispone que aquellos restos que no sean reclamados deberán ser tratados con el mismo respeto y consideración que se brinda a todos los cadáveres humanos. En este sentido, se propone igual tratamiento, de manera expresa, entre los restos mortales aborígenes y cualquier otro cadáver humano. Sin perjuicio de que pareciera ser obvio una disposición como la anterior, la historia del tratamiento que han recibido los restos humanos indígenas, como hemos analizado anteriormente, dicta otra cosa. El trato inhumano que recibieron los restos mortales mediante la exhibición en museos como el Museo de La Plata, entre otros, hacen necesaria esta referencia de trato respetuoso y considerado, como el que se daría al cadáver humanos de cualquier persona.

Cabe destacar que la ley no hace referencia alguna a objetos culturales sagrados o de gran valor cultural, por lo que evidentemente estos quedan excluidos de la aplicación de la ley.

¹³⁹ Ley N° 25.517, Argentina, 2001. Artículo 1°.

Lamentablemente esto ha llevado a que todas las reclamaciones de repatriación hechas en Argentina, como veremos, versen única y exclusivamente sobre restos mortales, dejando una gran parte de patrimonio cultural indígena sin protección y a las comunidades sin posibilidad de un acceso a el que sea acorde a sus tradiciones.

5.2.2. Sujetos Legitimados y Sujetos Obligados

Señala la ley en su artículo 1º, como ya hemos visto, que estarán legitimados para solicitar o reclamar los restos mortales aquellos pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que los reclamen. Esta referencia provocó ciertas dificultades en la implementación de la ley pues, no se esclarecía de forma explícita cuales serían esos pueblos o comunidades de pertenencia ni tampoco se entregaba un criterio objetivo para determinarlos o determinarlas. A pesar de ello, dentro de las provincias que adhirieron a la normativa, la provincia de Río Negro dictó, en el 2001 también, la Ley N°3.468 que adoptó la normativa nacional como suya, repitiendo casi idénticamente los artículos de la ley de restitución de restos mortales e innovando en el artículo 3º disponiendo que *“la comunidad que realice el reclamo a que hace referencia la presente ley, deberá estar reconocida en su jurisdicción de origen o contar con aval de organismo oficial que certifique su existencia”*¹⁴⁰. De esta manera, sin perjuicio de su aplicación local, entregó un criterio de determinación que podía ser aplicado en otras legislaciones locales del país subsanando lo que debía entenderse por comunidad de pertenencia.

Además, mediante el Decreto Reglamentario 701 de 2010 se estableció que sería el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, organismo descentralizado perteneciente al Ministerio de Desarrollo Social, (en adelante INAI o Instituto), el encargado de coordinar será el encargado de coordinar, articular y asistir en el seguimiento y estudio del cumplimiento de las directivas y acciones dispuestas por la Ley 25.517¹⁴¹. En este sentido, y tomando en consideración que una de las funciones del Instituto según la Ley 23.302 de 1985, es llevar un registro de comunidades indígenas y otorgarles personalidad jurídica, se desprende que serán las inscritas en este registro las que podrán solicitar la repatriación de restos mortales en virtud de la aplicación de la Ley 25.517.

¹⁴⁰ Ley N° 3.468, Provincia de Río Negro, Argentina, 2001. Artículo 3.

¹⁴¹ Decreto 701/2010, Ministerio de Desarrollo Social, Argentina, 2010, Artículo 1º.

En cuanto a sujetos obligados a la repatriación de restos mortales, según mi interpretación la ley, esta no hace exclusión alguna. Como adelantamos, en su artículo 1° se señala que estarán obligados a la restitución los museos en primer lugar y luego los que tengan restos mortales en cualquier colección pública o privada. Si bien la ley no hace referencia a personas, sean estas personas naturales o jurídicas, del tenor y la redacción de la norma se desprende que su aplicación se ejercerá sobre toda persona que conserve restos mortales aborígenes, siendo el criterio determinante que se haya solicitado o reclamado su devolución.

Ahora bien, el Decreto 701 en su artículo 3° contempla la mención expresa a organismos públicos o privados en relación a la posibilidad de retener los restos mientras se realice investigación sobre ellos. Sin embargo, me parece que esta mención es más bien de carácter especial en cuanto al supuesto que exige la norma para su aplicación, más que una regla general de interpretación que permita dilucidar el sujeto obligado de la ley.

5.2.3. Procedimiento

Con la sola dictación de la ley, no se establecía un procedimiento claro de aplicación de la misma. Al menos en los primeros años existían críticas por parte de los afectados en cuanto, entre otras cosas, no se contemplaba una obligación de inventariado ni de investigación sobre el vínculo tradicional que podían tener los restos con las comunidades solicitantes, lo que evidentemente generaría problemas y conflictos ante las solicitudes de repatriación que se produjesen por la falta de mecanismos eficaces que permitieran identificar los restos mortales en posesión de museos o colecciones privadas o públicas. Además, no se establecían de manera alguna los requisitos que debían cumplir las comunidades para optar a la repatriación de los restos de sus ancestros, ni tampoco establecía los criterios a seguir por los museos ante la presentación de las solicitudes de repatriación. Por último, tampoco se establecía la forma de dirimir aquellos conflictos que resultasen de los reclamos y eventuales rechazos de repatriación.¹⁴²Lo anterior, fue subsanado por la dictación del Decreto 701.

Ya en aplicación del Decreto el procedimiento de aplicación de la ley quedó en manos del Instituto Nacional de Asunto Indígenas. Así, mediante las funciones encomendadas al

¹⁴² Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., p 44.

organismo y establecidas en el artículo 2 del decreto, se distinguen las etapas que deben completarse previo a la repatriación.

Como etapa previa, se establece la obligación para el organismo de efectuar los relevamientos necesarios tendientes a identificar los restos mortales indígenas que formen partes de museos y/o colecciones privadas o públicas a fin de que las comunidades puedan saber en dónde se encuentran.¹⁴³ Esta obligación se asemeja de alguna forma a la obligación de inventario impuesta en la normativa estadounidense, sin perjuicio de que la obligación en este caso recaerá sobre el INAI y no sobre la institución que está en posesión de los restos.

Luego, las comunidades deberán presentar una solicitud o reclamo a la institución que tenga en su poder los restos mortales, que irá acompañada de una resolución fundada emitida mediante una resolución administrativa del INAI que contendrá los antecedentes históricos, étnicos, culturales, biológicos, y de legítimo interés que sirvan para la sustentación de cada reclamo.¹⁴⁴

Ante esto, las instituciones que posean los restos mortales deberán acceder a la restitución a menos que se presente la excepción contemplada en el artículo 3° del Decreto, que señala, *“aquellos organismos públicos o privados, que tuvieren en su posición restos mortales de aborígenes que fueran, al momento del reclamo de restitución, objeto de estudios científicos podrán requerir, un plazo de prórroga de hasta doce meses, contados a partir del reclamo, a efectos de concretar la devolución de sus restos. Para ello se deberá presentar toda aquella documentación probatoria del curso de la investigación, así como el aval de la máxima autoridad del organismo en la materia”*.

5.2.4. Organismos que intervienen

Como ya hemos visto, la dictación del Decreto 701, trajo consigo la inclusión del INAI como el principal organismo interviniente en los procesos de repatriación de restos mortales de Argentina. Hoy, a través de su Dirección de Afirmación de Derechos Indígenas, participa

¹⁴³ Decreto 701/2010, Ministerio de Desarrollo Social, Argentina, 2010, Artículo 2°, letra a).

¹⁴⁴ *Íbid.*, letra d).

también en la gestación de programas de repatriación que van en concordancia con las funciones y obligaciones impuestas por la normativa del vecino país.¹⁴⁵

Ahora bien, dentro de las funciones del organismo en relación a repatriación, aparte de las ya mencionadas, encontramos, la obligación de coordinar y colaborar con los organismos competentes en la materia a los fines de la Ley N° 25.517, en especial con el Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano.¹⁴⁶ A su vez, está obligado a emitir opinión ante conflictos de intereses de las personas y/o comunidades reclamantes ante requerimiento.¹⁴⁷ Por último se le impone recabar informes y emitir opinión sobre los emprendimientos científicos que tengan por objeto a las comunidades aborígenes, contemplados en el artículo 3° de la Ley N° 25.517.¹⁴⁸ A este respecto en el artículo 3° de la ley se señala que para realizarse todo emprendimiento científico que tenga por objeto a las comunidades aborígenes, incluyendo su patrimonio histórico y cultural, deberá contarse con el expreso consentimiento de las comunidades interesadas.

Como vemos, el INAI se constituye como el principal y único organismo encargado de verificar que los procesos de repatriación sean llevados a cabo de forma exitosa. Sin perjuicio de la colaboración que este pueda ejercer con otros organismos públicos, sus obligaciones lo constituyen como el organismo público encargado de la restitución, cuestión que en el caso de nuestro país podría recaer en su organismo homólogo, cual es, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

5.2.5. Sanciones

Cabe mencionar a este respecto que no se establecen, ni en la ley ni en el decreto, sanciones expresas relativas al incumplimiento de lo dispuesto en sus disposiciones. Sin embargo, contempla el decreto, dentro de las funciones encomendadas al INAI, la función de efectivizar acciones con el objeto de evaluar el cumplimiento de la Ley N° 25.517, proponiendo los instrumentos adicionales o correctivos que resulten necesarios para que se cumplan sus

¹⁴⁵ [En línea] <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/inai/direccionafirmacionderechos>

¹⁴⁶ Decreto 701/2010, Ministerio de Desarrollo Social, Argentina, 2010, Artículo 2°, letra c).

¹⁴⁷ *Íbid.*, letra e).

¹⁴⁸ *Íbid.*, letra f).

finalidades.¹⁴⁹ En este sentido se deja al criterio administrativo del INAI la aplicación de cualquier medida correctiva que tenga por finalidad asegurar el cumplimiento de los fines de la ley.

5.3. Experiencia en Argentina tras la dictación de la Ley N°25.517 y la dictación del Decreto Reglamentario 701 del año 2010

Con un marco institucional y normativo acorde, las comunidades indígenas de Argentina comenzaron poco a poco a organizarse y a utilizar estas vías a fin de buscar repatriaciones, sin perjuicio de encontrarse con ciertas dificultades en el camino.

Uno de los casos importantes se dio el año 2014 cuando la comunidad Diaguita-Kallchakí El Divisadero, junto con la Unión de los Pueblos de la Nación Diaguita de Salta, presentaron ante el INAI una solicitud de restitución de la “Doncella del Cerro Chuscha” o “Momia de los Quilmes”, que correspondía a restos humanos de una niña de 15 de edad, los cuales excavados a más de 5.000 metros de altura en el Cerro Chuscha, son exhibidos en el Museo de Arqueología de Alta Montaña de Salta desde el año 1920.¹⁵⁰ *“Para los miembros de la Comunidad Diaguita-Kallchaquí El Divisadero, la Doncella no es simplemente un cuerpo, sino territorio, o más puntualmente, una parte del territorio que ha sido arrancada y que necesita ser reestablecida a fin de recomponer el equilibrio entre las fuerzas naturales y sobrenaturales que actúan en el paisaje”*.¹⁵¹ Lamentablemente el reclamo de las comunidades no produjo buenos resultados en base a que los restos respecto de los cuales se pretendía la repatriación eran demasiado antiguos por lo que se hacía imposible la determinación del vínculo existente entre estos y la comunidad solicitante.

Ahora bien, sin perjuicio de la imposibilidad de determinar el vínculo, igualmente la aplicación de la ley no se hace efectiva, pues los restos mortales de la Doncella siguen siendo exhibiendo hoy junto con varios otros restos humanos como los restos de “El Niño” un niño de 7 años, “La niña del Rayo” una niña de seis y “La Reina del Cerro” una niña de 9, lo que

¹⁴⁹ Íbid, letra g).

¹⁵⁰ Huircapán, D., Jaramillo, A., Acuto, F. A., “Reflexiones interculturales sobre la restitución de restos mortales indígenas”, *Cuadernos del Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano* 26 (1), (2017). p. 61.

¹⁵¹ Íbid., p 62.

evidencia una clara infracción a los dispuesto en el artículo 2º de la ley.¹⁵² A mi entender, esto se produce por la falta de mecanismos eficaces de sanción ante el incumplimiento de la ley, ya que al no contemplarse de manera expresa, ni en la ley ni en el decreto, una sanción civil o penal que permita evitar la conducta infraccional, los museos o instituciones siguen exhibiendo restos mortales aborígenes en contravención a las normas del derecho internacional que hemos analizado en este trabajo.

Uno de los casos exitosos de repatriación vividos en Argentina es el de los cráneos de Chipitruz, Gherenal, Indio Brujo y Manuel Guerra. La primera solicitud de devolución se produjo el año 1973 por la Universidad Nacional de La Plata con la finalidad de darles sepultura en el Cementerio Municipal, la cual no se logró por no existir a la fecha de la solicitud un marco normativo que lo permitiera. Sin embargo, luego de la dictación de la ley en 2001, se hizo una nueva petición proveniente de la Comunidad de Trenque Lauquén, la cual se hizo efectiva 15 años después, el 16 de octubre de 2016.¹⁵³

Por último, otro de los casos exitosos de repatriación vistos en Argentina es el producido el 24 de enero de 2018 cuando el Museo de La Plata, en coordinación con el INAI, hizo restitución al Pueblo Mapuche de restos óseos de cuatro personas que habían sido exhumadas de sus sepulturas indígenas en la localidad de Tapalqué, en expediciones organizadas por el mismo museo entre los años 1887 y 1887. Específicamente se trataba de dos cráneos y dos esqueletos, los cuales fueron objetos de la solicitud de repatriación presentada en el año 2017 por la Comunidad Peñi Mapu de la ciudad de Olavarría perteneciente a la provincia de Buenos Aires. Los restos fueron finalmente reenterrados según la cosmovisión Mapuche en un predio ubicado en Tapalqué.¹⁵⁴

Sin perjuicio de los casos presentados, los cuales no presentan una uniformidad en cuanto a las respuestas de las instituciones llamadas a acceder a las restituciones, estos nos dejan ciertas cuestiones a destacar. Muchas veces las solicitudes fueron negadas por no existir un vínculo comprobable entre los solicitantes y los restos humanos, sin embargo, tal situación no debería significar una posición de ilegitimidad para realizar los reclamos. Reconociendo las diferencias que pueden tener distintos grupos de comunidades, en cuanto a sus tradiciones y

¹⁵² [En línea] <http://www.maam.gob.ar/#>

¹⁵³ Boschín, M., T., Fernández M., M., “La restitución de los cráneos de Chipitruz, Gherenal, Indio Brujo y Manuel Guerra a representantes de comunidades originarias. Un acto de reparación histórica”. *Atek Na* 6, (2017).

¹⁵⁴ [En línea] <https://www.argentina.gob.ar/noticias/una-nueva-restitucion>

prácticas sociales y culturales, parece haber un elemento común en todas ellas, cual es, el tratamiento de los restos mortales de sus ancestros. En este sentido, *“no se trata simplemente de huesos inertes y pasivos sino que, de acuerdo con la cosmovisión animista de muchos pueblos indígenas, estos restos mortales siguen teniendo características subjetivas, tal como capacidad de acción o la capacidad de influir sobre la acción de actores sociales humanos y no humanos. A diferencia de la perspectiva clínica que la ciencia moderna tiene sobre los esqueletos y las partes blandas corporales, los cuales son considerados objetos de investigación, fuentes de datos científicos y/o elementos de colecciones museológicas, para los pueblos originarios, se trata de ancestros que siguen estableciendo relaciones y comunicaciones con los vivos (marcando los caminos) y continúan siendo sujetos de derechos consuetudinarios”*¹⁵⁵. Pareciera entonces, que el tratamiento que se le da a los restos humanos por parte de los pueblos indígenas no presenta mayores diferencias con el tratamiento que la cultura occidental le da a sus propios fallecidos. Nadie podría argumentar a favor de la exhumación de cuerpos en cementerios de culturas occidentales con el objetivo de estudio científico y exhibición, y luego, sin embargo, pareciera que cuando se trata de restos humanos indígenas, se torna justificable en nombre de la ciencia tanto la exhumación como su posterior exhibición en museos o instituciones a fines.

¹⁵⁵ Huircapán, D., Jaramillo, A., Acuto, F. A., Op. Cit., p. 59.

A modo de cierre de este capítulo se introduce una tabla comparativa entre los dos regímenes jurídicos analizados:

	NAGPRA (Estados Unidos)	Ley 25.517 y Decreto 701/2010 (Argentina)
Objeto de Protección	Restos Humanos y Objetos Relacionados y no Relacionados, Objetos sagrados y Objetos de valor Cultural.	Restos Mortales Aborígenes.
Sujetos Legitimados para solicitar la repatriación	Nativos Americanos determinados así por la Constitución o las leyes, las tribus indígenas originarias de Estados Unidos, y las Organizaciones Indígenas de Alaska y Hawái.	Pueblos y/o comunidades de pertenencia inscritas en el Registro Nacional del INAI que soliciten la repatriación.
Sujetos Pasivos obligados a la repatriación	Agencias federales o museos que reciban fondos estatales con inclusión de instituciones de educación superior y con excepción de las Instituciones del Smithsonian.	Personas que tengan restos mortales aborígenes en colecciones privadas o públicas.
Procedimiento	No contencioso a menos que el sujeto obligado se oponga.	No contencioso.
Organismos que intervienen	Comité de Revisión.	Instituto Nacional de Asuntos Indígenas.
Sanciones	Sanción civil y Sanción penal según la infracción.	No existe sanción expresa.

Capítulo III. EL TRATAMIENTO JURÍDICO NACIONAL RELATIVO A PATRIMONIO CULTURAL INDÍGENA Y REPATRIACIÓN Y LOS CASOS EMBLEMÁTICOS EN ESTA MATERIA

1. ANTECEDENTES HISTÓRICO-NORMATIVOS

Para hablar del Régimen Jurídico del Patrimonio Cultural Indígena y su relación con la repatriación debemos necesariamente referirnos al tratamiento legislativo que se le ha dado a los Pueblos Indígenas en Chile a lo largo de la historia que ambos comparten, pues su desarrollo debe ser entendido como un proceso de largo aliento, que, sin perjuicio de presentar avances, demanda actualmente un mayor reconocimiento de derechos que permita no sólo construir hacia el futuro sino también, reparar hacia el pasado.

La historia de la legislación indígena en Chile comienza con el decreto de 3 de junio de 1818. Desde la perspectiva del Estado liberal, proveniente del constitucionalismo inglés y la ilustración francesa, en la que todos los habitantes del territorio deben ser considerados iguales y libres, se dicta este decreto que reemplaza la denominación de “español” por la de “chileno” recalcando que no se deberá hacer ninguna diferencia con los indios, sino que denominarlos también chilenos. Lo que se pretende aquí es una asimilación étnica-jurídica-política, una idea-fuerza surgida en tiempos de O’Higgins, que busca una integración política de los pueblos indígenas, que se integren a la nación creada en calidad de iguales ciudadanos, sin reparar en las diferencias evidentes que presentaban con el resto de la población, tanto sus costumbres y tradiciones como en lo sufrido durante la colonización.¹⁵⁶ Sin perjuicio de la asimilación que se intenta llevar a cabo con los pueblos indígenas, *“lo que avalaba un reconocimiento e integración en condiciones de igualdad a la nación chilena, la realidad fue distinta. La concreción del denominado “Estado en forma”, precisamente, durante el gobierno de Prieto, tomó otras orientaciones y referentes para abordar el asunto de la reconstrucción histórica y la formación de una identidad propia”*.¹⁵⁷

Así, se continuó con una política de integración con los pueblos originarios, el Presidente Bulnes por ejemplo, amparaba la idea de integrar y civilizar a los mapuches y otras etnias mediante la persuasión y el respeto a sus pueblos. Sin embargo, el periodo vivido entre los años 1882 y 1942 fue crítico para los pueblos originarios y su cultura. Comenzaron en esos tiempos

¹⁵⁶ González, J. A., “Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus derechos”, *Estudios Atacameños*, N°30, (2005). p. 80.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p.81.

las “reducciones”, cual fue el mecanismo utilizado por el estado para la fragmentación y destrucción de la cultura mapuche y los otros pueblos originarios. Con el Código Civil ya en vigencia y la ocupación de las tierras mapuches en el año 1883 por el Estado Chileno, “*La propagación de una cultura hegemónica basada en el código lógico racionalista supuso introducir, con la violencia pedagógica de los preceptores normalistas, la escritura, el libro, la gramática castellana en áreas donde dominaba lo ágrafo, lo oral y la tradición*”.¹⁵⁸

Luego, durante la primera parte del siglo XX, el Estado de Chile comenzó paulatinamente organizarse en políticas públicas y sociales de pobreza, regulación de títulos de dominio o en la promoción de agencias que defendieran los derechos indígenas. Así, en 1930 se crea la Ley 4.802, la cual estableció que cinco juzgados de “indios” procederían de oficio a dividir las comunidades indígenas que tuvieran títulos de merced y hacia 1953 se crea la Dirección de Asuntos Indígenas, con lo cual se instauró en Chile el “indigenismo estatal” que también surgió en el resto de Latinoamérica.¹⁵⁹

En el año 1972 se crearía la primera Ley Indígena N°17.729, que reconocía la existencia de distintas etnias en el territorio chileno y que a la vez asumía una deuda histórica con estos pueblos, cual era, reconocer las diferencias culturales y otorgarles cierto grado de participación política a las comunidades. Este proceso de reconocimiento y avance en derechos en favor de los pueblos originarios se vio fuertemente detenido y contrarrestado, además, por el golpe de estado de 1973. Como lo describe Endere y Ayala, “*Durante la dictadura la situación indígena se retrotrajo a la noción de la propiedad privada y se forjó una nueva institucionalidad.*”¹⁶⁰ Se dicta así en el año 1978 el Decreto Ley N°2.568 sobre división de reservas, que deja de considerar tierras indígenas e indígenas sus dueños y adjudicatarios. El tremendo impacto de este Decreto llevó a su modificación en 1979 con el Decreto Ley N°2.750, con el cual el Estado Benefactor se deshacía y emergía el mercado como el orientador principal en cuanto a las asignaciones de derechos de aguas y la configuración de la propiedad en tierras indígenas.

Ya con la vuelta a la democracia, el Estado de Chile comenzó nuevamente a aplicar políticas a favor de los pueblos originarios. En 1989 surge el acuerdo de Nueva Imperial, donde el candidato presidencial Patricio Aylwin se compromete a la creación de la CEPI o Comisión Especial de Pueblos Indígenas con la participación de todos los pueblos indígenas del país. Su

¹⁵⁸ *Íbid.*, p 83.

¹⁵⁹ Endere, M., L., y Ayala, P., *Op. Cit.*, p 47.

¹⁶⁰ *Ídem.*

objetivo sería el de “proponer el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de promover una legislación que favorezca su desarrollo.”¹⁶¹ Como resultado del trabajo realizado, se dicta en 1993 la segunda Ley Indígena N°19.253, en la cual se reconocen la mayoría de las etnias del país. Por otro lado, la promulgación de esta ley conlleva la creación de la CONADI o Corporación de Asuntos Indígenas, una institución estatal especializada en problemáticas indígenas cuya misión es, promover, coordinar, y ejecutar la acción del Estado, en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural, impulsando su participación en la vida nacional.

En lo sucesorio, luego de la dictación de la Ley Indígena, se siguen dictando normativas a favor de los pueblos indígenas. Entre las más relevantes encontramos la dictación del Decreto N°392 en 1994 que crea el reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena para la constitución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas, en el mismo año los Decretos N°150 y N°395 sobre Registro Público de Tierras Indígenas y Fondo de Tierras y Aguas Indígenas respectivamente, en 2001 el Decreto N°19 que crea la Comisión Verdad y Nuevo Trato, en 2006 el Decreto N°236 que aprueba el Convenio N°169 de la OIT ya comentado en el primer capítulo de este trabajo, el Decreto N°66 en 2014 que aprueba el reglamento sobre la consulta indígena en los términos del mismo Convenio, la Ley N°20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios y la Ley N°20.117 que reconoce la existencia y atributos de la etnia Diaguita y la calidad de indígena Diaguita, omitida en la formulación de la Ley Indígena de 1993.¹⁶²

2. NORMAS VIGENTES SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS, SU PATRIMONIO CULTURAL Y REPATRIACIÓN

En la actualidad no existen en Chile normas destinadas a la repatriación. Más allá de algunos intentos legislativos que se han propuesto cambiar esta realidad y que analizaremos más adelante, la única normativa existente está propuesta con el objetivo de dar protección al patrimonio cultural indígena, pero en ningún caso a la posibilidad de las comunidades a recuperarlo. Esto ha provocado un vacío legal para las comunidades, que a falta de una ley o

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² [En línea] https://www.leychile.cl/Consulta/listado_n_sel?_grupo_aporte=&sub=806&agr=2&comp

reglamento que permita la repatriación, han tenido que buscar alternativas para lograrla. En ese sentido, las iniciativas han surgido siempre desde la autogestión y a través de la colaboración y buena voluntad con otros organismos, ya sea internacionales o nacionales, presentándose así algunos casos de repatriación exitosos pero todos realizados desde fuera del ordenamiento jurídico nacional.

Ahora bien, respecto a las normas que protegen derechos culturales de los pueblos indígenas y el patrimonio resultante del ejercicio de estos derechos encontramos las siguientes:

2.1. Ley Indígena N°19.253

Existen variadas disposiciones dignas de destacar en la Ley Indígena sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en cuanto a patrimonio cultural se refiere. Sin ir más allá en su artículo 1°, se lee:

“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”.

Se reconoce aquí, ya de manera explícita, la diferenciación cultural que presentan los pueblos indígenas con el resto de los chilenos. En sí, se les atribuye una existencia precolombina, antes que existiera cualquier estado o nación, y a la vez, se manifiesta la permanencia o continuidad de sus tradiciones y costumbres a lo largo de la historia, con la tierra como la base principal de su cultura. Es decir, no se habla de una cultura extinta sino viva y presente.

Luego el artículo 7 de la ley dispone:

“El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público”.

En este artículo, ya de forma específica se reconoce el derecho indígena a la cultura, entendido esto como el derecho a mantener y desarrollar sus tradiciones y costumbres. En este sentido, se debe entender a las manifestaciones culturales como parte del patrimonio cultural indígena o incluso como generadoras del mismo. Así, la protección y garantía de acceso y desarrollo incluyen de manera inequívoca las tradiciones culturales y religiosas. Las primeras son traducidas por ejemplo en la creación de bienes u objetos culturales que sean expresión fiel de ese patrimonio, sean estos sagrados o no, y las segundas expresadas por ejemplo en rituales o ceremonias religiosas utilizadas para despedir a los muertos a otra vida. Ahora bien, ¿Puede haber mantención y desarrollo de esas manifestaciones cuando no hay recuperación de lo perdido? ¿Cómo se puede acceder al conocimiento de lo propio cuando se encuentra en manos ajenas? De esa forma, la necesidad de repatriación se vuelve evidente e imperante para asegurar un derecho a la cultura, al patrimonio propio. La transmisión de la cultura de una generación a la siguiente, cual es como veíamos en el primer capítulo de este trabajo una característica esencial de la misma, no puede sino lograrse cuando sus manifestaciones están presentes dentro del grupo humano donde fueron creadas, y no en un lugar remoto donde no existe relación alguna con el ancestro u objeto exhibido.

Otra de las disposiciones a destacar de la Ley son las que dicen relación ya específicamente con el espectro de protección que esta pretende otorgar al patrimonio cultural indígena. Así el artículo 28 y 29 de la Ley, disponen:

“Artículo 28.- El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará:

f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena.”

“Artículo 29.- Con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se requerirá informe previo de la Corporación para.

- a) *La venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación al extranjero del patrimonio arqueológico, cultural o histórico de los indígenas de Chile.*
- b) *La salida del territorio nacional de piezas, documentos y objetos de valor histórico con el propósito de ser exhibidos en el extranjero.*
- c) *La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley N° 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.”*

En estos artículos se expresa el reconocimiento de la protección del patrimonio cultural indígena, indicándose a su vez el procedimiento a seguir cuando alguna expresión del patrimonio cultural indígena salga del país, ya sea por venta, exportación o cualquier otra forma de enajenación, cual es mediante informe previo de la CONADI. Sin perjuicio de que podría pensarse que en estos artículos se protege el patrimonio cultural, lo que finalmente hacen es avalar la separación de este de su entorno. Por un lado, se señala que el reconocimiento implica necesariamente la protección del patrimonio arqueológico y otro lado se contempla que sin informe previo no se podrán enajenar estos bienes. Ante esto cabe preguntarse, ¿Son enajenables estos bienes?

Como mencione en el primer capítulo en referencia a las características del patrimonio cultural indígena, bajo el amparo de los derechos humanos culturales, su comercialización no puede estar amparada por ninguna ley, pues estamos en presencia de bienes que no son parte del comercio. Los pueblos indígenas ven su patrimonio cultural como un derecho colectivo que no puede entregarse a otra persona sino por consentimiento de toda la comunidad, y tal entrega es esencialmente revocable. En este sentido, el patrimonio nunca puede enajenarse, entregarse ni venderse, excepto para su uso condicional. Como lo resume Muñoz Cárcamo, *“Estos bienes son considerados patrimoniales no por su utilidad económica, sino por su valor histórico, estético, arquitectónico, urbano, arqueológico o de otro orden cultural pertinente – lo que incluye el valor tradicional y simbólico de ciertos bienes intangibles –, que representa un sentido de pertenencia al grupo humano respectivo. Los bienes integrantes de un determinado patrimonio cultural son relevantes desde que pueden reflejar elementos o características distintivas de las identidades culturales, tanto individuales como colectivas”*¹⁶³. En este sentido, al ser lo objetos

¹⁶³ Muñoz, A., Op. Cit., p 85.

culturales los medios a través de los cuales los pueblos originarios han reflejado su identidad, no pueden sino considerarse como parte de ella lo que los convierte en bienes que no pueden estar sujetos a comercialización bajo ningún respecto.

Si bien es cierto que la ley en comento ha presentado avances en materia de derechos indígenas, no deja de ser menos cierto que no ha reconocido en ella prerrogativas esenciales en el tratamiento que se le da en el derecho internacional de derechos humanos. El reconocimiento de los indígenas como legítimos propietarios de su patrimonio cultural, entendido esto en el sentido de una propiedad común o derecho colectivo, así como también el ejercicio del derecho individual de acceso a su propia cultura, es una deuda histórica del Estado de Chile con sus pueblos indígenas que no ha sido abordada por ningún gobierno y que se hace necesario comenzar a discutir.

2.2. Ley de Monumentos Nacionales N°17.288

La Ley de Monumentos Nacionales, promulgada el 27 de enero de 1970, establece una serie prerrogativas relacionadas con el patrimonio cultural indígena. Así, por ejemplo, distinguimos que en su artículo 1° define como monumentos nacionales y, por ende, bienes que quedan bajo tuición y protección del Estado, entre otros, a los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes.¹⁶⁴ Por ende, los restos humanos encontrados en sitios como los descritos, son considerados de propiedad estatal, desconociendo la propiedad ancestral que recae sobre los pueblos indígenas.

Por otra parte, el artículo 2° amplía las atribuciones del Consejo de Monumentos Nacionales, el cual se había establecido en 1925 a través del Decreto N°651 y era el organismo encargado del registro, protección, conservación y difusión del patrimonio nacional. Ante la creación de la CONADI, cuya función es también “*velar por la preservación y la difusión del patrimonio arqueológico, histórico y cultural de las etnias*”¹⁶⁵, entendiéndose éste, bajo la Ley de Monumentos Nacionales, comprendido en el patrimonio cultural de la nación, ambas instituciones, tanto el Consejo de Monumentos Nacionales como la CONADI iniciaron actividades coordinadas en virtud de la apertura del “Área de Patrimonio Cultural de los Pueblos

¹⁶⁴ Ley de Monumentos Nacionales, Chile, 1970. Artículo 1°.

¹⁶⁵ Ley Indígena, Chile, 1993, Artículo 39°.

Indígenas” en este último. Ahora bien, sin perjuicio de la apertura de esta área especializada en la materia dentro del Consejo de Monumentos Nacionales, la cual se ha justificado explícitamente en virtud del avance en la comprensión de los derechos culturales de los pueblos indígenas¹⁶⁶, esto no ha traído avances o reformas a la Ley de Monumentos Nacionales. Según Endere y Ayala, *“en efecto, a pesar de que esta institución afirma reconocer el vínculo de las poblaciones originarias con el patrimonio arqueológico, en la Ley de Monumentos Nacionales los indígenas siguen siendo tratados como cualquier ciudadano chileno, ya que no reconoce las particularidades y derechos culturales de estas poblaciones.”*¹⁶⁷

Luego en el Título V sobre Monumentos Arqueológicos, Excavaciones e Investigaciones Científicas, en su artículo 21°, se repite nuevamente la idea de propiedad Estatal sobre todo tipo de bienes arqueológicos al señalarse que *“Por el solo ministerio de la ley, son Monumentos Arqueológicos de propiedad del Estado los lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antropo-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional.”* Y en el artículo siguiente se señala que será el Consejo de Monumentos Nacionales el encargado de autorizar cualquier excavación o investigación científica que se pretenda realizar sobre este tipo de bienes.

Por último, el artículo 37° de la Ley señala la obligación para los Museos de Chile, sin importar su carácter público o privado o si están abiertos al público o no, de inscribirse en un Registro llevado por el Servicio Nacional del Patrimonio. Lo particular se centra en la obligación que se establece en el inciso segundo del artículo cuando se señala que *“Deberán, además, confeccionar un catálogo completo de las piezas o colecciones que posean, el que deberá ser remitido en duplicado al Consejo de Monumentos Nacionales.”* En este sentido me parece relevante destacar que se trataría de una obligación de inventariado, asimilable a aquellas señaladas en las legislaciones comparadas analizadas en este trabajo. Esto podría servir como herramienta para una eventual legislación o programa público que contemple la repatriación para las comunidades indígenas. Teniendo especial consideración que es el Consejo el organismo que actualmente lleva ese registro, bien podrían las comunidades solicitar esa información a la institución a fin de tramitar una repatriación del resto humano u objeto.

¹⁶⁶ [En línea] <http://www.monumentos.cl/>

¹⁶⁷ Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., p 48.

2.3. Ley N°21.45 que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio

Promulgada con fecha 13 de octubre del año 2017, esta ley contempla una variedad no menor de disposiciones relativas al patrimonio cultural de los pueblos indígenas del país, estableciendo cada una de ellas mecanismos y herramientas importantes para una eventual institucionalidad de repatriación, ya sea materializada en una ley nacional o en una política de gobierno.

En primer lugar, podemos destacar el artículo 1° de la ley por cuanto establece principios rectores de la misma que se encuentran en sintonía con aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos analizados en este trabajo. Así encontramos por ejemplo el principio de diversidad cultural, el cual reconoce y promueve el respeto a la diversidad cultural, la interculturalidad, la dignidad y el respeto mutuo entre las distintas identidades que cohabitan el territorio nacional. En este sentido, *“la idea de pluralismo cultural, esto es, el respeto por la legítima diversidad de identidades y expresiones en la esfera de la cultura alude y abarca especialmente a las minorías culturales”*¹⁶⁸. De esta forma, este principio debe ser aplicado especialmente a las comunidades indígenas en virtud de su condición de minorías culturales.

Otro principio interesante es el principio de democracia y participación cultural. Este reconoce a las personas como creadoras de cultura y que por tanto tienen el derecho a participar activamente en ella garantizándoles el acceso irrestricto a la misma. Este principio de acceso o derecho a participar en la vida cultural es derivado del principio de libre determinación amparado por las convenciones y tratados de derechos humanos firmados por Chile, que ya hemos revisado en este trabajo. En este sentido, se repite la idea de que no puede existir un real acceso a la cultura sin garantizar previamente una recuperación de la cultura perdida.

Por último, y de vital importancia, resulta el principio de reconocimiento cultural de los pueblos indígenas. En virtud de este, expresamente se reconoce, respeta y promueve *“las culturas de los pueblos indígenas, sus prácticas ancestrales, sus creencias, su historia y su cosmovisión, teniendo especial consideración con el desarrollo de la cultura, las artes y el patrimonio cultural indígena”*. Como vemos, este artículo contiene una serie de principios que reconocen de manera completa los derechos culturales de estos pueblos, dando así un manto de protección a sus disposiciones posteriores, las cuales deberían estar acorde a estos principios

¹⁶⁸ Muñoz, A., Op. Cit., p 86.

rectores. Interesante además es la parte final del artículo en la que se menciona que se estará acorde a las definiciones culturales dadas por la UNESCO en sus instrumentos internacionales.

Posteriormente, en el artículo 3° que establece las funciones y atribuciones del Ministerio, se encuentra la de promover y colaborar en el reconocimiento y salvaguardia del patrimonio cultural indígena, coordinando su accionar con los organismos públicos competentes en materias de pueblos indígenas. Se fija así al Ministerio como el ente principal en la tarea referente a la promoción y protección de la cultura de pueblos originarios. Su accionar podrá coordinarse además con otros organismos como lo podrían ser, por ejemplo, la misma CONADI o el Consejo de Monumentos Nacionales en la elaboración de políticas y programas públicos en eventuales programas de repatriación.

Así, la institucionalidad necesaria para la instauración de la repatriación en Chile existe, siendo la existencia de este aparato gubernamental un aditivo adicional en favor de la implementación de la misma facilitando las condiciones en las que esta se produzca producto de un amplio espectro de actores involucrados.

Otra de las atribuciones establecidas por este artículo es la de velar por el cumplimiento de las convenciones ratificadas por Chile en materia cultural, las cuales, a través de la interpretación conjunta realizada en el primer capítulo de este trabajo, dan a entender que la repatriación es un derecho que debe ser asegurado.

Como último punto a destacar es el artículo 11° de la Ley que crea la Subsecretaría del Patrimonio Cultural, la cual a través de su Subsecretario será la encargada de proponer las políticas al Ministerio y diseñar y evaluar planes y programas concernientes a, entre otros, el patrimonio indígena. Estos mismos planes se implementarán a su vez por el Servicio Nacional del Patrimonio, creado en virtud del artículo 22° de la ley.

La promulgación de esta ley viene a dotar de sustento institucional a las reclamaciones que hacen los pueblos originarios respecto a su patrimonio cultural. En ese sentido considero positiva la dictación de la misma, siempre y cuando el aparato gubernamental establecido funcione acorde a los principios establecidos en ella, con la respectiva colaboración de sus organismos con otros entes públicos y se logre de forma efectiva responder a las reivindicaciones que realizan actualmente las etnias de nuestro país.

3. PROYECTOS DE LEY SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS, PATRIMONIO CULTURAL Y REPATRIACIÓN AL 2019

Sin perjuicio de no existir en Chile legislación vigente dedicada a la repatriación de restos humanos y bienes culturales para los pueblos indígenas, cabe mencionar que existen en el Congreso actualmente algunos proyectos de ley interesantes relativos a la materia, que, empero haber ingresados ya al trámite constitucional, no se han encontrado con una rápida tramitación.

3.1. Proyecto de Ley Boletín N°10.936-04 sobre protección del patrimonio cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas

El primero de ellos es el Boletín N°10.936-04 sobre protección del patrimonio cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas. Este proyecto fue ingresado con fecha 25 de octubre del año 2016 y sin embargo hasta la primera mitad del año 2019 no ha experimentado avances significativos encontrándose en el primer trámite constitucional.¹⁶⁹

En cuanto a las disposiciones de este Proyecto de Ley, son varias las que merecen ser destacadas. Su creación parte de la premisa y principios propuestos en este trabajo, cual es, lograr mediante una legislación nacional una reparación histórica al daño provocado por el Estado y por terceros al patrimonio cultural indígena, devolviéndoles la propiedad sobre este, pasando del Estado a las comunidades, asegurando una protección efectiva del mismo y la posibilidad de repatriar aquellos restos humanos y bienes culturales que se encuentren en manos ajenas y tengan a su vez un vínculo histórico con la comunidad que lo reclama, reconociéndoles también, la posibilidad de disponer de él a su arbitrio según su cosmovisión y tradiciones culturales y religiosas.

En estricto rigor, el proyecto se propone como objetivos “*la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en Chile sobre su patrimonio cultural tangible o material*”, estableciendo las condiciones para su “*identificación, reconocimiento, dignificación, valorización, salvaguardia, protección, promoción, acceso, conservación y difusión de dicho*

¹⁶⁹ Boletín N°10.936-04, Proyecto de Ley sobre protección del Patrimonio Cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas, Chile, (2016). [Consultado el 28 de marzo de 2019] [En línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11447&prmBoletin=10936-04

patrimonio cultural”, consagrando además, “*la propiedad colectiva de los pueblos y comunidades indígenas sobre los bienes muebles que componen el patrimonio cultural material*” resguardando la propiedad en el Estado cuando no se cumplan los requisitos que demuestren una relación específica con el bien sin perjuicio de salvaguardar el derecho a una posterior reivindicación. Por otro lado, se reconoce la naturaleza intransferible de este tipo de bienes cuando señala que existirá una “*prohibición de comercialización de los bienes muebles considerados como objetos sagrados indígenas*” y finalmente, como el punto más relevante, “*regula la restitución del patrimonio a los individuos o a los representantes de los pueblos o comunidades que tuvieron derecho a ellos, cuando así los reclamaren*”.¹⁷⁰ De esta manera, se recogen en este proyecto los derechos culturales que recaen sobre los pueblos indígenas de Chile de manera efectiva. Regula todos los aspectos y expresiones de estos derechos culturales en tanto, reconoce que el acceso a la cultura es un proceso que no acaba sólo con el reconocimiento y protección del patrimonio sino que incluye su recuperación y gestión, en cuanto repatriación y reapropiación cultural se refiere.

Una de las disposiciones más destacables de este proyecto es el artículo 8° sobre la propiedad de los restos humanos indígenas. Se establece en este artículo que “*Los restos humanos recientes cuya identidad sea determinable pertenecerán a los individuos indígenas que tengan vínculos familiares con los individuos a quienes correspondan o, en su defecto, a las comunidades o pueblos de manera colectiva a los cuales los individuos han pertenecido tradicionalmente*”, determinando un orden de prelación para definir la propiedad sobre los restos, agregando que los mismos, “*habiéndose acreditado su identidad, serán propiedad de aquellos para los efectos de reclamar su posesión, arreglar su destino final y honrar su memoria*”.¹⁷¹ Por último el artículo dispone que se aplicará tanto para restos humanos situados en el territorio nacional como en el extranjero. Vemos en este artículo un guiño a la legislación estadounidense pues se establece una forma de identificación de los restos con una comunidad indígena mediante la determinación de vínculos tradicionales y se regula el establecimiento de un orden de prelación para efectos de fijar la propiedad de los restos humanos.

Luego, en el artículo 9° se define la forma de llevar a cabo la restitución, señalando que los bienes comprendidos en el artículo anterior, “*deberán ser restituidos a los individuos o a los*

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Íbid., Artículo 8°.

*representantes de los pueblos o comunidades que tuvieran derecho a ellos, cuando ellos los reclamaren*¹⁷². Así mismo, en caso en que los restos se encuentren en un país extranjero el Estado estará obligado a exigir al organismo público o privado la restitución del mismo. En este sentido, encontramos aquí una semejanza con el sistema normativo argentino, por cuanto reconoce como requisito previo restitución el ejercicio de una reclamación por el sujeto legitimado para solicitar la restitución. Además, pone en el Estado la obligación de intervenir en el proceso de restitución cuando los restos se encuentren en país extranjero.

Con lo visto, una ley resultante de este proyecto significaría un gran avance en las reivindicaciones indígenas respecto a su patrimonio cultural. En él se reconocen conceptos básicos para su implementación como el concepto de propiedad colectiva o derecho colectivo sobre el patrimonio, la obligación y forma de llevar a cabo el inventariado de los bienes que conforman ese patrimonio, así como el procedimiento para solicitar su restitución cuando las comunidades logren acreditar un vínculo con ellos. Sólo queda esperar que su tramitación logre algún efecto legislativo concreto en el corto plazo, entendiendo la urgencia de una materia que por años se ha mantenido alejada de la discusión parlamentaria y sobre todo entendiendo que ya han pasado más de dos años desde su ingreso a la Cámara de Diputados sin haber sido siquiera discutida en tabla.

3.2. Proyecto de Ley Boletín N° 12.175-24, que modifica la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales, para regular los patrimonios culturales

Este proyecto de ley que pretende modificar la actual Ley de Monumentos Nacionales ya analizada en este capítulo, fue ingresado con fecha 11 de octubre de 2018 a la Cámara de Diputados. En ella se proponen una gran cantidad de modificaciones que dicen relación con el patrimonio en general. Presenta la necesidad de una mayor protección de este, con una mayor participación ciudadana en esta tarea, descentralizando una parte de las funciones de la institucionalidad patrimonial e integrando además el patrimonio material e inmaterial, cultural y natural. Se proponen nuevas categorías de patrimonio sujeto a protección, como el Bien de Patrimonio Cultural, el Sitio de Memoria, la Zona Patrimonial y el Patrimonio Arqueológico

¹⁷² *Íbid.*, Artículo 9°.

entre otros. Sin embargo, y lo que nos ocupa según los parámetros de este trabajo, se pretende crear la categoría de Patrimonio Cultural Indígena.

Según el proyecto de ley en su artículo 34°, deberá entenderse por Patrimonio Cultural Indígena, *“el derecho a mantener, practicar, utilizar, revitalizar, desarrollar y transmitir las tradiciones y costumbres de los Pueblos Indígenas, incluidas las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus conocimientos construidos en el tiempo, sus saberes y formas particulares de comprender el mundo, su relación con el entorno tales como: territorio, lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literarias; y tradiciones orales que incorporen lenguas y dialectos; medicina y conocimientos herbarios que contribuyen a fortalecer la salud de las personas y los pueblos”*. Se reconoce de esta forma el derecho a la cultura en todas sus expresiones y formas, agregando posteriormente una obligación estatal digna de destacar cuando señala que, *“El Estado debe generar las condiciones jurídicas y legales, considerando los tratados, convenciones y acuerdos internacionales para proteger los bienes de patrimonio cultural, intelectual, religioso, medio ambiental y espiritual de los pueblos indígenas. Y deberá reparar los bienes de los cuales estos han sido privados sin el consentimiento de los pueblos”*. Resulta sumamente relevante esta parte del artículo, pues señala que es el Estado el llamado a tomar la tarea de reparación histórica, generando condiciones jurídicas y legales para ello, basándose en tratados, convenciones y acuerdos internacionales, comprendiéndose aquí en general a los instrumentos internacionales de derechos humanos, reparando los bienes de los cuales los pueblos indígenas han sido despojados sin su consentimiento, lo que comprende a mi parecer la repatriación de los mismos.

Entre otras de las modificaciones interesantes que propone la ley encontramos la nueva conformación del Consejo de Monumentos Nacionales que pasaría a llamarse Consejo de Patrimonios Culturales e incorporando a su estructura representantes del Patrimonio Cultural Indígena.

En general, el proyecto de ley significa un avance importante también en materia de derechos indígenas, sin perjuicio de no tratarse específicamente la repatriación como derecho a diferencia del proyecto anteriormente analizado. Ahora bien, creo que el espíritu de este proyecto refleja a grandes rasgos el sentimiento de muchas comunidades en relación a su patrimonio, cuando se señala que, *“el objetivo de quienes patrocinamos es recoger el sentir de la ciudadanía consistente en generar una nueva ley de patrimonios culturales, que se adapte a*

*conceptos más amplios de lo que se entiende hoy por patrimonio, agregando nuevas categorías de protección que vienen a hacer justicia respecto de materias históricamente relegadas, tales como los sitios de memoria y patrimonio cultural indígena.”*¹⁷³ Se reconoce expresamente así, que la reparación histórica en relación a patrimonio cultural indígena es una tarea pendiente en nuestro país que debe ser atendida.

4. CASOS CHILENOS EMBLEMÁTICOS EN RELACIÓN A LA REPATRIACIÓN CULTURAL

En lo siguiente, se analizarán sólo algunas de las demandas de los pueblos originarios de Chile respecto a su patrimonio cultural, así como también algunos de los procesos exitosos de repatriación experimentados por ellos.

4.1. Museo Gustavo Le Paige y las reclamaciones del Pueblo Atacameño por los restos de sus ancestros

Dentro de los casos emblemáticos en Chile se encuentra el de la comunidad o etnia atacameña con el reclamo sobre los restos humanos de sus ancestros exhibidos en el Museo Gustavo Le Paige en San Pedro de Atacama. Llamado así en honor al sacerdote jesuita que lo fundó y que como arqueólogo aficionado excavó 403 cuerpos humanos íntegros y más de 3.700 cráneos de ancestros atacameños¹⁷⁴. El reclamo de la comunidad se constituyó el primero hecho por una comunidad indígena al Estado de Chile y a la comunidad arqueológica, en cuanto a patrimonio cultural se refiere. Sus demandas no sólo comprendían la oposición a la excavación de cementerios arqueológicos y posterior exhibición de los cuerpos desenterrados en museos, sino también, demandas de entrega de información respecto a los restos, solicitudes de permisos comunitarios para la investigación, de participación en el quehacer disciplinario, de

¹⁷³ Boletín N°12.175-24, Proyecto de Ley que modifica la Ley de Monumentos Nacionales, para regular los patrimonios culturales, Chile, (2018). [Consultado el 28 de marzo de 2019] [En línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12697&prmBoletin=12175-24.

¹⁷⁴ Aguilar, C., Ayala, P. y Sepúlveda, T., “Retiro de cuerpos humanos de exhibición del Museo Arqueológico de San Pedro de Atacama”, [En línea] http://www.patrimoniocultural.gob.cl/dinamicas/DocAdjunto_998.pdf

administración de los sitios, del museo y el reclamo de propiedad de los vestigios arqueológicos.¹⁷⁵

En relación a los reclamos de no excavación, el tratamiento jurídico que reciben los restos óseos indígenas en Chile es a lo menos, confuso. Por una parte, la Ley Indígena en su artículo 29 establece que sólo la excavación de cementerios indígenas históricos requiere la autorización de las comunidades e informe previo de la CONADI dirigido al Consejo de Monumentos Nacionales, ciñéndose al procedimiento establecido en la Ley de Monumentos Nacionales y su reglamento.¹⁷⁶ Sin embargo, no se establecen en ningún cuerpo normativo los criterios para determinar cuándo se está en presencia de un cementerio indígena histórico. En un trabajo investigativo excepcional, González señala que, “*el punto central al momento de discriminar si estamos o no frente a un cementerio arqueológico indígena es su uso actual*”¹⁷⁷ y agrega, “*si un cementerio indígena posee solamente un uso actual las excavaciones en su interior son competencia del Servicio Nacional de Salud y requieren de la autorización de la comunidad indígena involucrada, de acuerdo a lo señalado por el artículo 29° letra c) de la Ley N°19.253*”. Más allá de la ambigüedad en la legislación existente, existen cementerios indígenas que no necesitan la autorización de la comunidad vinculada a ellos para ser excavados, como lo son aquellos que no tienen un uso actual. En este sentido, “*el Estado desconoce el vínculo establecido por los indígenas con estos restos humanos como antepasados, al no solicitar legalmente su autorización para las excavaciones arqueológicas*”¹⁷⁸, exigiendo como requisito que sigan siendo utilizados como cementerios, desconociendo todo valor histórico y tradicional y sujetándolo exclusivamente a su uso como requisito predominante de protección.

Ahora bien, en cuanto a las demandas de no exhibición de cuerpos humanos en los museos, el pueblo atacameño se ha organizado mediante distintos foros y encuentros locales, así como en documentos presentados a distintas instituciones, viendo su forma final en el Informe Final de la Comisión de Trabajo sobre el Pueblo Atacameño de la Mesa de Verdad Histórica y Nuevo Trato del año 2003. En este informe se plantea una demanda de

¹⁷⁵ Aguilar, C., Ayala, P. y Sepúlveda, T. Op. Cit.

¹⁷⁶ Ley Indígena, Chile, 1993, Artículo 29.- Con el objeto de proteger el patrimonio histórico de las culturas indígenas y los bienes culturales del país, se requerirá informe previo de la Corporación para:
c) La excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos la que se ceñirá al procedimiento establecido en la ley N° 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada.

¹⁷⁷ González, M. P., Op. Cit., p. 187.

¹⁷⁸ Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., p 50.

reconocimiento, respeto y fomento de la cultura atacameña, precisando que se debe “*Legislar a favor del cuidado, protección y exhibición del material cultural en los museos, prohibiendo la exhibición de cuerpos*”¹⁷⁹. La activa organización de la comunidad atacameña y la cada vez más creciente consciencia sobre los derechos humanos de las poblaciones indígenas del mundo en los últimos años, que se tradujo en un cambio paradigmático en la práctica museística¹⁸⁰, propiciaron el ambiente necesario para que en mayo de 2007 se retiraran los cuerpos y restos humanos del Museo Arqueológico de San Pedro de Atacama. Seguido de su retiro, se celebró una ceremonia oficiada por los miembros de la comunidad atacameña dirigida a estos ancestros, y se limpiaron y pusieron en un depósito construido exclusivamente para el efecto, en un ambiente de dignidad, intimidad y descanso.¹⁸¹

Sin perjuicio de la experiencia lograda por la comunidad atacameña, aún existen demandas de reentierro de los restos retirados del museo. Por un lado, los profesionales del área defienden la tenencia de estos restos para la continua investigación y por el otro, las familias abogan y demandan la devolución total e incondicional de los restos para su reinhumación. Actualmente el Consejo de Monumentos Nacionales cuenta con un instructivo para el reentierro de restos humanos provenientes de excavaciones arqueológicas a petición de comunidades u organizaciones indígenas, sin embargo, aquél instructivo se refiere exclusivamente a aquellos restos humanos que sean recientemente encontrados y no a aquellos que ya sean parte de una colección museística.¹⁸²

La experiencia en San Pedro de Atacama nos demuestra una vez más que la legislación relativa a la protección del patrimonio cultural indígena en Chile es deficiente. Sin perjuicio de existir mecanismos e instituciones a fines, no se logra dar respuesta a las demandas históricas de los pueblos. En el caso de la comunidad atacameña, no fue sino por medio de un arduo trabajo de organización comunitaria, sumado a un entendimiento y consenso entre los profesionales involucrados y los representantes indígenas, que se logró parte de los objetivos que las demandas

¹⁷⁹ Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Informes Finales de los Grupos de Trabajo. Volumen 3, Anexo. Tomo I. p. 367. [En línea] http://www.memoriachilena.gob.cl/602/articulos-122901_recurso_6.pdf

¹⁸⁰ En el año 1986 se aprueba por el Consejo Internacional de Museos el “Código de Deontología para los Museos del ICOM”, que contiene disposiciones obligatorias para los museos relativas al tratamiento de restos humanos de una manera respetuosa con las comunidades indígenas involucradas, además de contener disposiciones relacionadas con la restitución. [En línea] <https://icom.museum/es/actividades/normas-y-directrices/codigo-de-deontologia/>

¹⁸¹ Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., p 50

¹⁸² Ídem.

atacameñas planteaban, significando todo el proceso un incierto en cuanto al porvenir de las solicitudes de repatriación. Por ello, la creación de una ley que permita superar esas incertidumbres mediante la aplicación de un procedimiento legal que conlleve asegurar la repatriación, es necesaria.

4.2. Repatriación de Restos de Comunidades Atacameñas y Aymaras desde Estados Unidos

Al no existir en Chile una ley similar a NAGPRA en Estados Unidos, el Museo del Indígena Americano situado en ese país ha comenzado, por iniciativa propia e influenciado en cierta medida por las obligaciones establecidas en NAGPRA, un proceso de repatriación dirigido a las comunidades indígenas latinoamericanas mediante consulta con autoridades y funcionarios de gobierno, así como también en contacto con los líderes indígenas de las comunidades involucradas en sí. Dentro de este proceso, y luego de repatriaciones exitosas a países como Perú, Cuba, México y Ecuador, el Museo del Indígena Americano llevó a cabo la repatriación de restos humanos originarios del norte de Chile y pertenecientes a la comunidad atacameña de Chiu Chiu y la comunidad aymara Pacha Aru.

A través de su departamento de repatriación, el Museo logró contactarse con el Consejo de Monumentos Nacionales, la CONADI y representantes de estas comunidades, con el fin de comunicarles su intención de repatriar a Chile restos humanos momificados originarios de Atacama y Arica y coordinar visitas para el efecto. Como lo describe Ramiro Matos, curador para América Latina del Museo, *“para no afectar la sensibilidad legal, moral y cultural del país que va recibir los restos repatriados, antes de procesar la repatriación, los dirigentes del museo visitan en sus oficinas a los funcionarios de estado y en sus aldeas a los líderes indígenas, con quienes conversan sobre la filosofía y la tarea de repatriación, se firma documentos de convenio y se arregla los mecanismos logísticos para la repatriación”*¹⁸³. Luego de las distintas reuniones sostenidas, se instó a las comunidades indígenas involucradas a solicitar formalmente al museo, en virtud de las disposiciones establecidas en NAGPRA, la repatriación de los restos, lográndose finalmente el año 2007. En ambos casos la repatriación fue seguida del reentierro de los restos

¹⁸³ Matos, R., Op. Cit., p 6.

mediante ceremonias especiales en los sitios arqueológicos donde fueron encontrados, esto luego de que el Consejo de Monumentos Nacionales tras largas negociaciones con el Museo firmara un Convenio en donde se comprometiera a garantizar el reentierro según las costumbres de las comunidades.¹⁸⁴

Cabe mencionar y resaltar, en especial considerando las diferencias con el proceso vivido entre la comunidad atacameña y el Museo de San Pedro de Atacama, la visión institucional del Museo del Indígena Americano descrita por Matos cuando señala que, *“el anhelo de los dirigentes del museo, es el re-entierro de los restos repatriados en el mismo lugar de donde fueron exhumados. Es decir, los restos no deben retornar a su país de origen para ser depositados en algún museo o colección”*¹⁸⁵. En este sentido, la diferencia entre ambos procesos, más allá del cambio en la tradición museística de ambos países, radica principalmente, a mi parecer, en la normativa disponible en un caso y la ausencia de esta en el otro. La ley NAGPRA en Estados Unidos contempla la repatriación como un medio de reparación que incluye el reentierro de los restos humanos repatriados, y es a partir de ahí también que el anhelo de los museos bajo su imperio no pueda ser otro. De esta manera, si existiera en Chile una ley de patrimonio cultural que estuviere acorde a los principios internacionales de derechos humanos adoptados por una ley como NAGPRA, las demandas de repatriación dentro del territorio chileno serían respondidas cabalmente, como efectivamente sucedió en este caso.

4.3. Repatriaciones y Reclamaciones del Pueblo Rapa Nui respecto a su Patrimonio Cultural

La historia de Rapa Nui en relación a las reclamaciones y repatriaciones sobre su patrimonio cultural es larga y abundante. Producto de una constante transgresión de sus derechos culturales por agentes externos, ya sean estos estados o terceros ajenos, materializada en la extracción ilícita de objetos y restos desde su isla, el pueblo de Rapa Nui ha tenido que ver a través de los siglos como su patrimonio cultural se ha ido diseminando por el mundo. Lo anterior, junto a un marco internacional de derechos humanos favorable, ha provocado un

¹⁸⁴ Ver más en: 1) Endere, M., L., y Ayala, P., Op. Cit., p 51. y 2) Arthur, J. “Repatriación indígena en el Museo Rapa Nui”. Colecciones Digitales, Subdirección de Investigación, Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, 2018, p 9.

¹⁸⁵ Matos, R., Op. Cit., Ídem.

movimiento autogestionado de recuperación patrimonial digno de destacar que ha traído resultados positivos en el objetivo planteado por la comunidad. Este movimiento, sin embargo, no hace sino demostrar una vez más la carente legislación relativa protección de patrimonio cultural y repatriación en Chile, lo que ha obligado a la comunidad a llevar adelante procesos desgastantes de recuperación de patrimonio, todos desde la autogestión y la organización comunitaria.

La experiencia de reclamaciones y repatriaciones en Rapa Nui nos obliga a mirar hacia el pasado. Los primeros registros de coleccionismo vivido en la isla se remontan a los viajes de descubrimiento del siglo XVIII. Promovidos por la Ilustración en los países europeos que buscaban nuevos conocimientos para sus nuevas naciones, estos viajes que alcanzaron su punto cúlmine entre los siglos XIX y XX, significaron un daño casi irreparable para la cultura de este pueblo¹⁸⁶. Estas expediciones provenientes de países tan diversos como Gran Bretaña, Francia, Noruega, Estados Unidos o incluso Chile, recolectaron restos humanos y materiales culturales de gran importancia, los cuales son exhibidos actualmente en museos alrededor del mundo.

Dentro de las repatriaciones o restituciones más importantes experimentadas en la isla se encuentra la proveniente desde el Museo Kon Tiki, en Oslo, Noruega. Según nos señala Jacinta Arthur, en 1955 arribó a Rapa Nui una expedición noruega liderada por el explorador Thor Heyerdahl, que incluyó numerosas excavaciones de las cuales se extrajeron una gran cantidad de muestras, objetos y restos humanos, tanto así que despertó el interés del Consejo de Monumentos Nacionales. En esos años, Rapa Nui ya era un monumento histórico determinado por este organismo y existía una protección legal de su patrimonio, ante lo cual el Consejo convocó a una reunión con los responsables de la expedición. En esta reunión se instó a los responsables de la expedición a cumplir con la normativa de conservación de bienes nacionales de carácter histórico con valor museográfico, ante lo cual estos respondieron que lo recolectado no reunía tales características sino más bien tenía importancia exclusivamente para la investigación científica, por lo cual se comprometieron a devolver el material una vez terminada la investigación que se pretendía ejercer sobre ellos. Atendida esta salvedad y compromiso, se acordó por el Consejo autorizar a la expedición para que se llevara el material recolectado, que comprendía, entre otros objetos, un *moai* de indudable valor tallado en basalto y con una forma

¹⁸⁶ Para una información detallada de las expediciones y el patrimonio cultural recolectado en Rapa Nui ver: Arthur, J., Op. Cit.

particular, el cual, junto al resto de material recolectado, terminó siendo exhibido en el Museo Kon Tiki en Oslo. Luego, en 1986 los noruegos regresaron a la isla, realizando nuevas excavaciones y removiendo esta vez la cabeza del *moai* anteriormente extraído. Esto provocó una gran controversia que llevaría a la comunidad isleña a demandar la repatriación del *moai*. Así, según lo registra a historia oral de la isla, Alberto Hotus, presidente del consejo de ancianos, sería el encargado de solicitar al mismísimo Thor Heyerdahl la restitución del *moai*. Finalmente, el *moai* regresó a la isla gracias a las gestiones realizadas por el arqueólogo y gobernador provincial en esos años, Sergio Rapu y actualmente es exhibido en el Museo Antropológico Padre Sebastián Englert.¹⁸⁷

Otro caso de gran relevancia ha sido el de la repatriación de restos humanos ancestrales a la isla o como los llaman los Rapa Nui, *ivi tupuna*. Esta labor fue iniciada por una activista de la isla llamada Piru Huke Atan, quien ya desde los años '90 había realizado algunas investigaciones de identificación del patrimonio cultural Rapa Nui esparcido en el mundo. Sin embargo, no fue hasta el año 2011, con la creación del Programa de Repatriación Rapa Nui o PRRN, que su trabajo comenzó a ganar notoriedad. Este programa nació como “*un programa comunitario para la repatriación, cuidado y reentierro de ivi tupuna ('restos humanos') que se encuentran retenidos en colecciones de museos e instituciones científicas alrededor del mundo*”¹⁸⁸. Como producto de este programa, mediante reuniones sostenidas entre representantes de la Isla y autoridades de los museos, recién en enero de 2018 y a través de un largo proceso no exento de dificultades y obstáculos, fue que se logró que dos restos humanos, específicamente cráneos humanos que eran exhibidos en el National Museum Te Papa Tongarewa y en el Otago Museum, ambos de Nueva Zelanda, fueran repatriados a la isla y depositados temporalmente en un espacio de respeto con fines culturales y ceremoniales del Museo Antropológico Padre Sebastián Englert.¹⁸⁹

Sin duda, lo que me parece más relevante de este caso, más allá de lo exitosa que fue la repatriación, es lo dificultosa que terminó siendo. En este sentido, Jacinta Arthur señala, que “*considerando la ausencia de mecanismos que regulen o faciliten procesos de repatriación en Chile, sumada a una legislación patrimonial que no reconoce los derechos patrimoniales de los pueblos indígenas, el PRRN debió sortear variados obstáculos para concretar la repatriación*

¹⁸⁷ *Íbid.*, pp 13-15.

¹⁸⁸ *Íbid.*, p 15.

¹⁸⁹ *Íbid.*, p 18.

en los términos y condiciones deseados”. Lo anterior, ya que, interpretando la Ley de Monumentos Nacionales, el Consejo de Monumentos Nacionales estimó conveniente solicitar la repatriación de los restos bajo la protección que esta ley le otorga a los monumentos arqueológicos de propiedad del Estado. Ante esto, el movimiento de repatriación manifestó, a diferencia de lo planteado por el organismo gubernamental, que su derecho a solicitar la repatriación no se basaba en una Ley que entregara la propiedad de los restos al Estado, sino que a todo el pueblo Rapa Nui. Esto se hizo argumentando exitosamente que este derecho se encontraba amparado por los artículos 11 y 12 de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya analizados en este trabajo.

Sin perjuicio de algunos procesos exitosos, el pueblo Rapa Nui aún continúa realizando solicitudes destinadas a la recuperación de su patrimonio cultural. Encontramos por ejemplo la realizada al gobierno chileno para que asista en la recuperación del *moai* Hoa Haka Nana ‘Ia desde el Museo Británico de Londres como mencionamos en la introducción de este trabajo, o la devolución de los *moai* que se encuentran en La Serena, Viña del Mar y Santiago. Hoy sabemos que el compromiso para la devolución de estos y otros importantes objetos culturales está presente.¹⁹⁰ Sin embargo, esto no obsta a recalcar la importancia de la dictación de una nueva ley de patrimonio cultural para las comunidades indígenas de Chile, que les permita llevar adelante estos procesos de manera más rápida y con mejores condiciones y que en definitiva no les obligue a estar constantemente solicitando acuerdos con instituciones extranjeras, gubernamentales o privadas, que se traducen en procesos desgastantes y de largo aliento en los cuales muchas veces los resultados positivos no están asegurados.

¹⁹⁰1) [En línea] <http://www.bienesnacionales.cl/?p=34386>, 2) [En línea] <https://www.t13.cl/noticia/nacional/chile-y-noruega-acordaran-retorno-piezas-arqueologicas-rapa-nui>, 3) [En línea] <https://radio.uchile.cl/2019/01/18/preocupacion-rapanui-mucho-mas-que-un-moai/>

CONCLUSIONES

En Chile, la protección del patrimonio cultural no contempla la posibilidad de recuperarlo. Esta problemática, que no ha sido resuelta hasta la fecha ni mediante tratados internacionales vinculantes de derechos humanos ni por una legislación nacional que aplique en nuestro país, reviste una importancia fundamental en la defensa de los derechos culturales de los pueblos indígenas como minorías étnicas, pues es a través de esa recuperación que se puede verificar de manera efectiva la existencia de su identidad cultural.

La repatriación como derecho cultural no se encuentra contemplada en ningún tratado o convención internacional de carácter vinculante, sin perjuicio de reconocerse en estos instrumentos los derechos culturales que todo individuo posee. Desde la más importante y antigua norma en materia de derechos humanos como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos, hasta el Convenio N°169 de la OIT para el caso de los pueblos indígenas, se reconoce a los derechos culturales como una parte esencial dentro del desarrollo de los pueblos. Inegablemente podemos considerar contemplada en esta categoría de derechos humanos a la repatriación del patrimonio cultural indígena, pues ésta es una forma o mecanismo idóneo para la recuperación de la cultura e identidad perdida de estos pueblos, además de estar expresamente reconocida como parte del ejercicio de derechos culturales en instrumentos internacionales de derechos humanos a los cuáles se les reconoce el carácter de *Soft Law*.

La interpretación armónica de los distintos instrumentos internacionales que tenemos a nuestra disposición nos lleva a reconocer en la repatriación un derecho cultural digno de ser protegido y asegurado. En este sentido, sería deseable que exista una norma expresa en un tratado de carácter vinculante que obligue a los Estados a asegurar este derecho para que se convierta en realidad. Los tratados o convenciones existentes en la actualidad relativos a patrimonio cultural contemplan de manera genérica los derechos culturales y no definen todas las formas o mecanismos mediante los cuales esos derechos se pueden efectivamente proteger y asegurar. A pesar de ello, actualmente existen instrumentos internacionales que a pesar de no revestir obligatoriedad, contienen en sus disposiciones guías de acción o parámetros sobre los cuáles los Estados en conjunto pueden comenzar a discutir sobre la repatriación internacional como un mecanismo para la recuperación de identidad cultural de pueblos originarios. En ese sentido, una colaboración internacional en la materia puede permitir una más efectiva y fácil

resolución a la problemática planteada, pues la coordinación conjunta entre Estados permitiría procesos de recuperación menos burocráticos y más expeditos en su concreción.

Sin perjuicio del panorama descrito, existen hoy algunos países que se han propuesto adelantarse a la discusión mediante la dictación de legislaciones nacionales que se hagan cargo, al menos, de la repatriación dentro de un Estado. Tal es el caso de Estados Unidos y Argentina, entre otros, los cuales han definido procedimientos idóneos en algunos casos y menos idóneos en otros, las formas de llevar a cabo la repatriación para aquellas comunidades que la exijan respecto de bienes culturales y restos humanos que se ubican dentro del territorio nacional. Destacada es por ejemplo la legislación de Estados Unidos, en donde de manera expresa y detallada se definen cada uno de los elementos esenciales para lograr una repatriación exitosa. Se reconocen en ella procedimientos claros, objetos de protección como objetos culturales de gran valor o restos humanos, obligaciones para los sujetos en posesión de patrimonio cultural, sujetos legitimados y formas de definir su legitimidad, organismos que intervienen en el proceso de repatriación y sanciones ante infracciones de sus disposiciones. Por otro lado, en la legislación argentina se excluyen los objetos culturales de gran valor y no se definen claramente los procedimientos a seguir por las comunidades legitimadas para solicitar una repatriación, así como tampoco se establecen sanciones ante la infracción de sus disposiciones.

Lo anterior ha traído experiencias dispares en la aplicación de estas leyes en ambos países, resultando en procesos más exitosos por un lado y menos exitosos por el otro. Más allá de la interpretación que se haga de estas legislaciones, su creación, forma e implementación configuran parámetros y enseñanzas en cuanto a la posible ejecución de una ley de repatriación en territorio chileno.

El elemento común que une la historia de estos países con Chile es el desarraigo forzado de la cultura de sus pueblos originarios, expresado esto materialmente en la sustracción ilícita que se hizo de bienes culturales y restos humanos, para luego ser exhibidos en museos o comercializados ilegalmente. En este contexto se han generado también reclamaciones de los pueblos indígenas en territorio chileno relativas a la recuperación de su patrimonio que hacen necesario a lo menos considerar la posibilidad de asegurar este derecho, tal como ocurrió en el derecho comparado.

El análisis del tratamiento jurídico nacional nos ha permitido verificar que la historia legislativa en materia de derechos para los pueblos indígenas en nuestro país ha vivido altos y

bajos. Con una marcada interrupción en el reconocimiento de los derechos indígenas durante el régimen militar, la recuperación de esos derechos en el regreso a la democracia ha sido más lenta de lo esperada. Un hito importante en esa recuperación es la dictación de la Ley Indígena en 1993, la cual trajo entre otras consecuencias, la creación de un organismo especializado en materias de pueblos originarios como la CONADI y el reconocimiento expreso del derecho de los pueblos indígenas a desarrollar su propia cultura. Sin embargo, se contemplan por otro lado mecanismos o procedimientos de separación del patrimonio cultural indígena de su origen. En este sentido, el derecho a mantener y desarrollar la propia cultura como minoría étnica, debe ir acompañado de una recuperación de las manifestaciones culturales perdidas que permitan el efectivo goce de derechos culturales, como también de mecanismos eficaces de protección que no permitan la sustracción de patrimonio bajo ningún respecto, sino sólo, bajo el consentimiento de la comunidad indígena afectada, en razón del carácter intransferible de este tipo de patrimonio.

Con la dictación de la Ley de Monumentos Nacionales y la Ley que crea el Ministerio de las Artes, las Culturas y el Patrimonio, se fortalece la institucionalidad necesaria para la discusión sobre una ley que asegure la repatriación, configurando la existencia de un entramado institucional importante que sirve como base. La inclusión de obligaciones de inventario y su remisión al Consejo de Monumentos Nacionales permiten hoy, por ejemplo, la identificación del patrimonio cultural indígena diseminado. A su vez, se fija en el Ministerio de las Culturas la principal la tarea referente a la promoción y protección del patrimonio cultural indígena, contemplando la obligación de coordinar su accionar con otros organismos públicos como lo son el Consejo de Monumentos Nacionales y la CONADI. Actualmente ha sido el Ministerio de las Culturas el encargado de iniciar las negociaciones por solicitud de la comunidad Rapa Nui en el caso de la repatriación del *moai* Hoa Haka Nana Ia desde el Museo Británico de Londres, dando una luz de lo que podría ser el curso de acción para futuras solicitudes de repatriación en el ámbito internacional implicando una negociación entre estados que como ya dijimos, queda aún por definir.

Los proyectos de ley analizados contienen disposiciones importantes en la materia. Emulando los regímenes jurídicos de derecho comparado, se reconoce en el primero de ellos, sobre protección del patrimonio cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas, el concepto de propiedad colectiva o derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre

su patrimonio cultural, destacando el carácter intransferible de los bienes que lo componen. A su vez, el proyecto que modifica la actual ley de monumentos nacionales contiene referencias explícitas a la importancia de revitalizar el patrimonio cultural indígena mediante la recuperación de las expresiones pasadas con el objetivo de lograr su transmisión y asegurar su sobrevivencia. Además, y como punto más relevante de este proyecto, pone en el Estado la obligación, en consideración a los instrumentos internacionales de derechos humanos a los cuales se encuentra este adscrito, de generar las condiciones administrativas y legales que permitan recuperar los bienes culturales respecto de los cuales las comunidades indígenas han sido injustamente privados.

Con lo visto, en cuanto al tratamiento jurídico nacional y el análisis de sus normas, procedimientos e instituciones, junto a las reclamaciones de sus pueblos originarios en relación a su patrimonio cultural, aparece de manifiesto la existencia de una problemática que se debe comenzar a discutir. Las demandas de nuestros pueblos demuestran un entramado institucional y legislativo que no está acorde a los más recientes instrumentos internacionales vigentes en cuanto a derechos humanos se refiere, por lo que la discusión de una nueva ley o incluso de una nueva Constitución que incluya y asegure los derechos culturales, a través del establecimiento de un estado plurinacional es necesaria. Queda esperar que, con el tiempo, los tímidos esfuerzos legislativos que se han presentado cobren relevancia en la discusión parlamentaria y se concreten en una normativa que recoja, ya no sólo protección sino también, la repatriación y reapropiación del patrimonio cultural indígena de los pueblos originarios que permita la efectiva recuperación de la identidad forzosamente perdida.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, M., “Entre diálogos y repatriaciones. Reparación colonial por la memoria y preservación de Machu Picchu”. Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología, (2011).
- Anyon, R. y Thornton. R., “Implementing repatriation in the United States: issues raised and lessons learned”. The Dead and their Possessions: Repatriation in Principle, Policy and Practice, Londres, (2002).
- Arthur, J. “Repatriación Indígena en el Museo Rapa Nui”. Colecciones digitales, Subdirección de Investigación, Servicio Nacional de Patrimonio Cultural. (2018).
- Aylwin, J., Carmona C., Meza-Lopehandía, M., Silva, H., y Yáñez, N., “Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, (2009).
- Bray, T., “Repatriation, power relations and the politics of the past.” Antiquity 70 (268), (1996).
- Boschin, M., T., Fernández M., M., “La restitución de los cráneos de Chipitruz, Gherenal, Indio Brujo y Manuel Guerra a representantes de comunidades originarias. Un acto de reparación histórica”. Atek Na 6, (2017).
- Calbucura, J. “La construcción ético-política del pasado”, Perspectivas de la Comunicación, Vol 10, n° 1. (2017).
- Clarke, D., “Analytical Archaeology”. Methuen Ed. Londres, (1968).
- Clavero, B., “La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El Reto de la Interpretación de una Norma Contradictoria”, Lección impartida en el acto de recepción de la condecoración José León Barandarián de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, (2016).
- Colwell, C. “Plundered Skulls and Stolen Spirits, Inside the fight to reclaim Native America’s Culture”, The University of Chicago Press, Chicago and London, (2017).
- Daehkne, J. y Lonetree A., “Repatriation in the United States: the current state of NAGPRA.”, American Indian Culture and Research Journal, V 35. (2011).
- Daes, E. “Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas”, Naciones Unidas, Nueva York. (1997).
- Díaz Tolosa, R. “El reconocimiento del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno”. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 2, (2014).

- Echo-Hawk, R. y Echo-Hawk, W., "Battlefields and burial grounds. The Indian struggle to protect ancestral graves in the United States", Minneapolis, Lerner Publications, (1994).
- Endere, M. "Arqueología y Legislación en Argentina. Cómo Proteger el Patrimonio Arqueológico en Argentina". UNCPBA, Tandil, (2000)a.
- Endere M. L., "Patrimonios en disputa: Acervos Nacionales, Investigación Arqueológica y Reclamos Étnicos sobre restos humanos", Trabajos de Prehistoria 57, Núm. 1. (2000)b.
- Endere, M., L., y Ayala, P., "Normativa Legal, Recaudos Éticos y Práctica Arqueológica. Un estudio comparativo de Argentina y Chile. Revista de Antropología Chilena, V. 44 N° 1, Chile, (2012).
- Fforde, C., Hubert, J. y Turnbull, P. "The dead and their possessions. Repatriation in principle, policy and practice". Londres y Nueva York: Routledge. (2002).
- González, M. P. "Régimen Jurídico de Protección del Patrimonio Cultural y de los Pueblos Indígenas en la Legislación Chilena", Facultad de Derecho, UCH, (2001).
- González, J. A., "Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus derechos", Estudios Atacameños, N°30, (2005).
- Huenchuan, S. "Propiedad Cultural e Intelectual de Los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección". Revista Austral de Ciencias Sociales 8, Chile, (2004).
- Huircapán, D., Jaramillo, A., Acuto, F. A., "Reflexiones interculturales sobre la restitución de restos mortales indígenas". Cuadernos del Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano 26 (1), (2017).
- Julio-Estrada, A., Rivera, J., Torbisco, N., Valiente, A., & Yrigoyen, R. "Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos." Anuario de Derechos Humanos, (9), Universidad de Chile, (2013).
- Marín, C. "Huesos sin Descanso. Fuegoños en Londres". Santiago, Debate. (2019).
- Martínez Aranda, M. A.; Bustamante García, J.; López Díaz, J. "Las controversias de los 'materiales culturales delicados' un debate aplazado pero necesario", ph investigación, (2014).
- Matos, R. "Repatriación de Restos Humanos: unos comentarios desde el Museo Nacional del Indígena Americano." IX Seminario sobre Patrimonio Cultural, Museos en obra. Servicio Nacional del Patrimonio Cultural. (2007).
- Muñoz, A., "Los Derechos Culturales: Una categoría aún subestimada de Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos, N°14, UCH, (2018).

- Ochoa M. J., “Reapropiación de bienes culturales y derechos humanos”, Derecho y Realidad, Núm. 21. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. (2013).
- Prott, L. V. & O’Keefe, P. “Law and the Cultural Heritage”, Vol. 1.1. Professional Books Limited, Oxford Publishing Services, Oxford, Inglaterra, (1984).
- Prott, V. “Witness to history. A compendium of documents and writings on the return of cultural objects”. París, Unesco. (2009).
- Rodríguez, Yasha N. “Repatriación de Bienes Culturales de Pueblos Indígenas de los Estados Unidos: Una mirada a la Ley y a los procesos terapéuticos en los conflictos de Propiedad Intelectual”, Revista Direito e Inovação, (2012).
- Simpson, M., “Burying the past”, Museum Journal, July, (1994).
- Simpson, M., “Museums and restorative justice: heritage, repatriation and cultural education”, Museum International, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Vol 61, N° 241-242, (2009).
- Tchimino, C. “El Convenio UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente: La necesidad de un nuevo Convenio desde el prisma del Derecho Privado.” Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (2012).
- Torre Cuadrada, S., “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”, Estudios Internacionales, Núm. 165. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, (2010).
- Tylor, E. B., “Primitive Culture, Researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art and custom”. Sixth Edition, Vol 1. Londres, Inglaterra. (1920).
- Zalaquett Daher, J., La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Anuario de Derechos Humanos, (4). Universidad de Chile. (2008).

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- BBC, “La increíble travesía del moai que Reino Unido "robó" de la Isla de Pascua y que el gobierno de Chile quiere de vuelta”, 10 de agosto de 2018. (Fecha de consulta: 20 de junio de 2019) [En línea] <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45139107>

- CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES, “Lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales” (Fecha de consulta: 21 de diciembre 2018) [En línea] http://www.monumentos.cl/sites/default/files/articles-75124_doc_pdf.pdf.
- UNESCO, “Lista del Patrimonio Mundial”, (Fecha de consulta : 14 de noviembre de 2018) [En línea] <https://whc.unesco.org/es/list/>
- UNESCO, “Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales”, (2006). (Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018) [En línea] <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146118s.pdf>
- OEA, “Fin a 17 de espera para los pueblos indígenas”, 10 de junio de 2016. (Fecha de consulta: 14 de diciembre de 2018) [En línea] http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16
- IWGIA, “Análisis de la declaración americana de los derechos de los pueblos indígenas” (Fecha de consulta: 16 de agosto de 2018) [En línea] <https://www.iwgia.org/es/noticias-alerta/284-archivos-de-noticias/2415-analisis-declaracion-americana-de-derechos-de-los>.
- U.S. CENSUS BUREAU, “The American Indian and Alaska Native Population: 2010”, Enero de 2012. (Fecha de consulta: 17 de enero de 2019) [En línea] <https://www.census.gov/history/pdf/c2010br-10.pdf>

REFERENCIAS NORMATIVAS

- Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya, (1954).
- UNESCO, Recomendación sobre Preservación del Patrimonio Cultural amenazado por Obras Públicas o Privadas, París, (1968).
- UNESCO, Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, (1970).
- UNESCO, Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, (1972).
- UNESCO, Declaración Universal de la Diversidad Cultural, (2001).
- UNESCO, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, (2003).

UNESCO, Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, (2005).

UNIDROIT, Convenio sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, (1995).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Discriminación contra los Pueblos Indígenas, Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas de la relatora especial Sra. Erica-Irene Daes. E/CN.4/Sub.2/1993/28. 28 de julio de 1993. [En línea] <http://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1993/28>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe definitivo de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene Daes, sobre la Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. E/CN.4/Sub.2/1995/26. (21 de junio de 1995). [En línea] <http://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1995/26>

ASAMBEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, (2007).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas con respecto a su patrimonio cultural.” A/HRC/30/53. (19 de agosto de 2015). [En línea] <https://undocs.org/A/RES/69/2>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas.” A/RES/69/2. (25 de septiembre de 2014). [En línea] <https://undocs.org/A/RES/69/2>

OIT, Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

OEA, Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2016).

ESTADOS UNIDOS, Native American Graves Protection and Repatriation Act, 1990.

ARGENTINA, Ley N° 23.302 sobre política indígena y apoyo a las comunidades indígenas, (1985).

ARGENTINA, Ley N° 25.517 sobre restitución de restos mortales de aborígenes, (2001).

ARGENTINA, Decreto N° 701/2010 que establece que el INAI coordinará seguimiento de la ley sobre restitución de restos, (2010).

CHILE, Ley N° 17.288 de 1986 sobre Monumentos Nacionales, Diario Oficial, 04 de febrero de 1970.

CHILE, Ley N° 19.253 de 1993 que Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Diario Oficial 05 de octubre de 1993.

CHILE, Decreto N° 240 de 2008 que promulga la convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, el reglamento para la aplicación de la convención, su protocolo y el segundo protocolo, Diario Oficial 05 de enero de 2009.

CHILE, Boletín N° 10.936 de 2016 que contiene proyecto de ley sobre protección del Patrimonio Cultural tangible o material de los pueblos y comunidades indígenas. [Consultado el 28 de marzo de 2019] [En línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11447&prmBoletin=10936-04

CHILE, Boletín N° 12.175-24 de 2018 que contiene proyecto de ley que modifica la Ley de Monumentos Nacionales para regular los patrimonios culturales, [Consultado el 28 de marzo de 2019] [En línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12697&prmBoletin=12175-24.