

LA CONVENCIÓN CULTURAL DE UNIDROIT. REFLEXIONES MEXICANAS

Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El origen*. III. *La estructura de la Convención de UNIDROIT*.

I. INTRODUCCIÓN

A semejanza del dios Jano, la Convención de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente de 1995 (Convención de UNIDROIT)¹ representa el otro visaje de 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 1970 (Convención de 1970),² toda vez que ésta no resuelve satisfactoriamente las controversias que surgen en materia de tráfico ilícito de bienes entre el propietario desposeído, generalmente el país de origen, y el tercer adquirente *a non domino*.

La UNESCO, por lo tanto, le solicitó al UNIDROIT, organismo intergubernamental con sede en Roma, que elaborara una convención que le diera un principio de solución a estas controversias, las cuales serán sometidas a análisis más adelante. El UNIDROIT, como culminación de largos e intensos debates, y con base en su metodología interna, aprobó esa convención en una conferencia diplomática realizada en 1995.

Las nociones de derecho internacional privado (DIP) y de derecho uniforme son determinantes para la comprensión del desarrollo de la convención referida.

¹ <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/1995culturalproperty-convention-sp.pdf>.

² http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

El UNIDROIT ha creado toda una tradición en lo que respecta a la evolución de las reglas en materia de DIP, el cual no se puede disociar conceptualmente del derecho nacional; cada Estado posee su propio DIP. Se trata ante todo de un derecho conflictual que crea mecanismos que permiten decidir cuál es el derecho material aplicable; es internacional en la medida en la que en este último ámbito se determina las leyes de derecho privado aplicables y la resolución de los conflictos de leyes en el espacio.

Otra de las vertientes en el UNIDROIT es la metodología del derecho uniforme, el cual se constituye en el vehículo que permite resolver los conflictos de jurisdicción mediante normas de carácter material, sean convenciones internacionales, leyes modelo o aun guías que no son vinculantes. Estas reglas narrativas carecen de toda fuerza obligatoria, lo que explica que en la terminología actual se les conozca como *soft law*.

Conforme al derecho internacional los Estados gozan de igualdad soberana, y en tiempos de paz el cuidado y la preservación del patrimonio cultural se encuentra bajo la responsabilidad de cada uno de ellos, en función de sus posibilidades técnicas y económicas, así como de sus prioridades políticas. Los Estados deben garantizar en sus territorios la preservación de los bienes culturales, tanto los que pertenezcan al dominio público como al privado.

La Convención de 1970, conjuntamente con la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Material de 1972³ (Convención de 1972) ilustran en perspectivas diferentes y en forma indubitable la existencia de una nueva conciencia internacional en la materia. La Convención de UNIDROIT se inscribe también en ese largo proceso de formación de un nuevo orden internacional en la protección de los bienes culturales.

De acuerdo con el planteamiento inicial, el artículo 7-b.ii de la Convención de 1970 no logró solucionar de manera satisfactoria el conflicto que opone al Estado desposeído de un bien cultural con el adquirente de buena fe *a non domino*. La insuficiencia de la formulación técnica de este precepto provocó que un organismo intergubernamental, como es UNIDROIT, se convirtiera en el foro adecuado para el desarrollo de este debate, no solamente por su gran experiencia en derecho uniforme, sino también por los estudios científicos de gran calidad que realizó con miras a dar soluciones en otros ámbitos a los conflictos de interés referentes al adquirente de buena fe *a non domino*.

El análisis del origen de la Convención de UNIDROIT facilitará una mejor comprensión de su estructura.

³ <https://goo.gl/f9R0oo>.

II. EL ORIGEN

Cualquier análisis de la Convención de UNIDROIT transita necesariamente por una reflexión sobre el régimen de excepción al cual están sujetos los bienes muebles culturales (punto 1 de este apartado), lo que permite explicar mejor la emergencia de nuevas nociones jurídicas ampliamente debatidas desde los inicios de los trabajos preparatorios de esa Convención.

1. *El régimen de excepción de los bienes culturales mobiliarios*

En el derecho civil la protección de los bienes culturales se encuentra en el ámbito del régimen de legalidad del tercer adquirente de buena fe *a non domino*; en materia de bienes muebles, todo sistema de legalidad debe resolver un problema de principio que opone dos intereses contradictorios: el del propietario desposeído y el del adquirente de buena fe.

El desarrollo del análisis da cuenta que la protección del tercer adquirente de buena fe por lo que respecta los bienes muebles, responde fundamentalmente a un criterio de certeza en el comercio. Resulta inútil precisar que sólo debe considerarse al adquirente de buena fe, incluso en el contexto comercial, ya que el adquirente de mala fe merece una reprobación unánime.⁴ La especificidad de los bienes culturales muebles llevó a plantear soluciones jurídicas de excepción.

El principio normativo que rige el interés del propietario se expresa en el adagio latino *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, que plantea que ninguna persona puede transferir a otra más derecho que el que tiene. Para expresarlo de manera prosaica: nadie puede transferir lo que no tiene. Ese principio se encuentra en el centro del conflicto de interés que opone al propietario desposeído y al adquirente que recibió el bien mueble de quien no hubiera sido su titular.

En la protección jurídica general del comercio de bienes prevalece el derecho del tercer adquirente de buena fe cuya adquisición se efectuó a título oneroso. El carácter oneroso de la transacción impone al adquirente un esfuerzo patrimonial que obliga a que todo sistema de legalidad deba imaginar reglas que introduzcan elementos de certeza en su beneficio. El adquirente pueda confiar en el título y en el poder de disposición de la persona que le transmite un objeto cultural, o bien puede desconocer la ausen-

⁴ Reichelt, Gerte, “La protection internationale des biens culturels”, *Revue de droit uniforme*, Roma, 1985, p. 102.

cia de poder de quien se lo transmite si en el momento de la adquisición la situación de apariencia objetiva de la titularidad le permite fundar su buena fe o su confianza. Lo anterior es una regla básica que asegura el tráfico comercial de bienes muebles.

Las excepciones a la máxima *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* o, de manera más restringida, lo expresado por la fórmula *nemo dat quod non habet*, adquirieron con el tiempo más fuerza y llegaron a constituirse en lo que la doctrina denomina actualmente adquisiciones *a non domino*. Esas excepciones terminaron cristalizándose en una serie de enunciados concretos dentro de todo ordenamiento jurídico. La adquisición *a non domino* no constituye por sí sola una categoría jurídica unitaria; sólo es un elemento común dentro de una serie de presupuestos que difieren entre sí y que están sujetos a un régimen jurídico propio y particular.

En la actualidad, la evolución del sistema continental o de derecho escrito permite sostener que la máxima *nemo dat quod non habet* ha sido remplazada por un principio de naturaleza similar, pero que tiene una orientación totalmente inversa y tiende a la protección del adquirente de buena fe a título oneroso como una consecuencia necesaria del interés colectivo para la seguridad del tráfico de los bienes muebles. Sin soslayar que en sus aplicaciones ese principio propende a disolverse en una casuística, es perceptible la construcción de esta categoría jurídica.

La adopción de esta decisión jurídica fundamental se limita a la adquisición *a non domino* a título oneroso y a que el adquirente sea de *buena fe*. Sólo las transmisiones a título oneroso justifican la protección del adquirente *a non domino* por ser las únicas en presentar un interés colectivo para la seguridad jurídica de las transmisiones y del tráfico de los bienes muebles. El beneficiario de una transmisión a título gratuito no merece una protección superior a la que se dispensa a la persona que le hizo entrega de la cosa.

El recurso a la noción de la buena fe se explica por sí sólo; cuando el tercer adquirente conoce o debía conocer el carácter ilegítimo del acto de transmisión efectuado por el *non dominus*, es esperable que pierda completamente su derecho a cualquier protección. Respecto a la noción de la buena fe, resalta por un lado su elemento subjetivo, que atañe al conocimiento del poder de disposición de la persona que transmite el bien, o la ignorancia de la ausencia de tal poder por parte del adquirente, y, por otra parte, su elemento objetivo, que se funda en una situación de apariencia que permite razonablemente fundar esa convicción.⁵

⁵ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, vol. I. 1978, p. 686.

El régimen de excepción de los bienes culturales mobiliarios se explica en función de las relaciones que la protección internacional de aquellos mantiene respectivamente con los diferentes sistemas de derecho privado, y en las reglas desarrolladas en el derecho internacional privado y en el público.

A. *La protección internacional de los objetos culturales y el derecho privado*

Es evidente que en la solución de controversias no se podía simplemente adaptar el sistema legal tradicional de bienes muebles a los bienes culturales de la misma naturaleza; surgió entonces la necesidad de elaborar reglas totalmente innovadoras al respecto.

Ahora bien, en el ámbito internacional no se podía proponer una solución jurídica sin considerar las normas fundamentales del derecho privado; antes al contrario, se trataba de promover una fórmula que fuese aceptable para los diferentes sistemas jurídicos de alta complejidad, si se atiende a la gran variedad de soluciones propuestas de las que da cuenta este análisis.

Es perfectamente identificable que existen tres naturalezas específicas en los vínculos existentes entre la protección internacional de los bienes culturales y el derecho privado, las cuales atañen a la protección del adquirente de buena fe (*a. La protección del adquirente de buena fe*), a la noción de bienes culturales (*b. La noción de bienes culturales*) y finalmente el Estado y la propiedad de los bienes culturales (*c. El Estado y la propiedad de los bienes culturales*).

a. *La protección del adquirente de buena fe*

Todo sistema de legalidad debe resolver el dilema de la distribución de pérdidas ante la hipótesis del robo de bienes muebles y que éstos hayan sido vendidos a adquirentes de buena fe. En lo referente a la adquisición de buena fe *a non domino*, deben tenerse presente las diferentes soluciones adoptadas por los países del derecho continental y los del *common law*, las cuales evidencian que la mayor parte de los sistemas jurídicos determina distinciones con amplias repercusiones en las posibles soluciones.

Estas distinciones se refieren a la naturaleza jurídica del bien, que puede ser mueble o inmueble; a la causa de la desposesión, que proviene de una pérdida, de un robo o de cualquier otra causa, y a las circunstancias de la adquisición, realizada en el comercio o en la clandestinidad. Para poder

arribar al enunciado internacional de la adquisición de buena fe *a non domino*, se hicieron esfuerzos loables para armonizar esas distinciones y llegar a fórmulas de compromiso.

Este análisis destaca que desde el proyecto de UNIDROIT sobre la ley modelo en materia de adquisición de buena fe (conocida en la literatura especializada como LUAB) se procuró introducir un equilibrio entre las pruebas que el adquirente podía ofrecer para acreditar su buena fe y las que el propietario desposeído debía proporcionar para hacer valer su derecho.

En la concepción de la buena fe se identifican dos criterios, uno de orden subjetivo y el otro objetivo, pero siempre con el firme propósito de instaurar un equilibrio entre el enajenante y el adquirente. Los redactores de la LUAB le confirieron al juez que pudiera conocer de la controversia un amplio poder de apreciación; en este aspecto, conforme a estas reglas uniformes liberó al juzgador de la obligación de someterse a normas de aplicación estricta y sólo formularon algunas directrices para permitirle construir un criterio.

Así y para ejemplificar, en lo que respecta a la apreciación del momento en que la buena fe debe existir, le corresponde a la corte elegir entre los dos criterios generales previstos: el momento de la entrega de la cosa o el de la conclusión del contrato.

En el mismo sentido que la literatura jurídica, y a efecto de darle viabilidad a la noción de adquisición de buena fe de bienes culturales en el ámbito jurisdiccional internacional, se abandonó la distinción entre derecho civil y derecho mercantil, que sólo reconoce el sistema continental y que paulatinamente aún éste la está abandonando.

Resultó también necesario admitir la adquisición de buena fe, cualquiera que fuera el título de la persona que transmitiera el bien al adquirente, ya sea que éste fuese legítimo propietario o simplemente detentador del bien; se estimaba que sólo esos criterios permitirían un principio de aceptación de la formulación de la adquisición de buena fe en el ámbito internacional.

La protección de la adquisición de buena fe es indispensable en el comercio internacional, y ese principio tenía que preservarse aun tratándose de bienes culturales. En el desarrollo de los trabajos, sin embargo, se determinó que era preciso restringir la protección a los bienes culturales muebles que hubieren sido objeto de un registro, o a otros de gran valor cultural.

La solución en cuanto a bienes culturales robados resultaba relativamente sencilla, pues se invocaba el principio de que el adquirente de un bien robado nunca puede invocar su buena fe. La adopción de este principio permitiría preservar los intereses del propietario desposeído.

La prescripción adquisitiva tiene asimismo una importancia capital en el régimen de adquisición de bienes culturales muebles porque protege al adquirente contra el propietario desposeído que, transcurrido determinado plazo, no hubiere ejercido en tiempo su acción de reivindicación. La prescripción es un mecanismo legal fundamental para la seguridad del comercio internacional; pero su formulación internacional en el ámbito de los bienes culturales es compleja por las diferencias de plazos existentes en los derechos nacionales.

El problema se agrava aún más cuando se considera que no solamente varían los plazos exigidos por la prescripción adquisitiva sino también los que corresponden a la acción de reivindicación; su reglamentación se vuelve aún más sofisticada si el plazo fijado para la prescripción transcurrió en diversos países debido al azar de las transferencias del bien cultural.

Era también menester resolver el conflicto que opone el propietario desposeído al tercer adquirente de buena fe. La solución propuesta por el artículo 934 del código civil suizo,⁶ que permite la restitución de un bien mueble a un poseedor desposeído y atribuye en reciprocidad al adquirente de buena fe un derecho de compensación que corresponde a la cantidad que pagó para el objeto considerado, era una fórmula de compromiso que merecía ponderarse.

En el contexto internacional, la fórmula de transacción podría consistir en reconocer un derecho de restitución del bien cultural durante un periodo determinado de tiempo contra el reembolso del precio de compra de ese bien. Este derecho de restitución tendría así los mismos efectos que la acción de reivindicación.

⁶ El artículo 934 del código civil suizo dispone: *Le possesseur auquel une chose mobilière a été volée, qui l'a perdue ou qui s'en trouve dépossédé de quelque autre manière, sans sa volonté, peut la revendiquer pendant cinq ans. Lorsque la chose a été acquise dans des enchères publiques, dans un marché ou chez un marchand d'objets de même espèce, elle ne peut plus être revendiquée ni contre le premier acquéreur, ni contre un autre acquéreur de bonne foi, si ce n'est à la condition de lui rembourser le prix qu'il a payé* (El poseedor a quien un bien mueble ha sido robado o que lo perdió o se encuentra desposeído de él de cualquier otra manera y sin su voluntad, puede reivindicarlo durante los siguientes cinco años. Cuando el bien ha sido adquirido en subasta pública, en mercado público o con un enajenante de objetos de la misma especie, sólo puede ser reivindicado contra el primer adquirente u otro adquirente de buena fe si se le reembolsa el precio que pagó por él. Traducción libre).

b. La noción de bien cultural y el derecho privado

Si la adquisición de buena fe *a non domino* encuentra una gran variedad de soluciones, lo mismo sucede con el valor y la definición de los bienes culturales que difieren de un Estado a otro.

Existe unanimidad en que la elaboración de una definición uniforme de los bienes culturales conlleva una enorme dificultad. Cada Estado tiene su propia definición y la noción de bien cultural depende por una parte de factores nacionales, artísticos, socioculturales y de políticas culturales y por la otra, de factores materiales y de tendencias artísticas de órdenes diversos.⁷

Uno de los aspectos distintivos de la definición de los bienes culturales es el concerniente a su generalización. No se circunscribe a las obras de arte *lato sensu* sino que se extiende con frecuencia a objetos puramente utilitarios.

Se pueden igualmente constatar divergencias entre las nociones nacional e internacional de los bienes culturales; esto se explica porque existe una gran variedad en la consecución de los mismos fines: la noción nacional de los bienes culturales se interesa en la protección doméstica del bien cultural, mientras que la noción internacional se articula de acuerdo al ámbito material de validez de la convención internacional que la contiene.

A pesar de ello, el empleo en estos dos supuestos del término *bien cultural* demuestra la interdependencia de los contextos materiales nacionales e internacionales, que, pese a sus diferentes vocaciones, tienen en común la preocupación por la protección de los bienes culturales.

La Convención de 1970 se refiere a las medidas que hay que adoptar para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, pero no propone una definición del bien cultural susceptible de desembocar en la elaboración de una definición unitaria e internacional; se limita sólo a enunciar categorías de bienes culturales.

Es la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y el Reglamento para la aplicación de la Convención de 1954 (Convención de 1954) la que introduce por primera ocasión en el ámbito internacional el término *bien cultural*, que se arraigó rápidamente en legislaciones nacionales e internacionales. Las definiciones al respecto corresponden a dos tendencias, que en forma esquemática se pueden calificar la primera como restrictiva y la segunda de comprensiva.

⁷ Reichelt, Gerte, *op. cit.*, p. 88.

El criterio restrictivo tiende a favorecer definiciones que se basan en principios generales; por el contrario, el comprensivo tiene una vocación totalizadora y conlleva por lo común una definición de carácter enunciativo.

Para atribuir la calificación de cultural a un objeto, el método de la enumeración, a menudo adoptado por las legislaciones de los países de origen, tiene como eje el interés doméstico del bien cultural en función de su antigüedad, del vínculo territorial o personal que mantiene con el Estado de origen y, finalmente, en un segundo plano, su valor económico; es indiscutible que en el plano internacional la hipertrofia de este criterio perjudica su eficacia.

Igualmente en el análisis deben considerarse dos metodologías de definición ya mencionadas del bien cultural: por una parte la categorización y por la otra la declaración expresa como bien cultural en función del interés artístico o de cualquier otro. La primera metodología consiste en una descripción general del bien cultural, y la segunda se interesa en valores preestablecidos.

En consecuencia, la única posibilidad de elaborar una definición en el ámbito internacional de bien cultural al margen de la gran diversidad de los criterios nacionales consistiría en fijar un criterio que se apoyase en el concepto de bien cultural *res extra commercium* y *res commercium*. Los bienes *res extra commercium* no podrían ser adquiridos de buena fe, ni ser objeto de un contrato.

Le pertenece por supuesto a cada Estado determinar la noción y extensión del mecanismo *res extra commercium*, pero el solo hecho de que la calificación sea una característica uniforme garantiza de alguna manera la protección eficaz de los bienes culturales.

La metodología para desarrollar el principio de *res extra commercium* varía de un país a otro, como es fácilmente imaginable. En Italia, *exempli gratia*, los bienes culturales son enumerados en leyes especiales, como la ley sobre la protección de los bienes de interés artístico e histórico,⁸ que están sujetos al régimen general del principio de *res extra commercium*, definido por el artículo 1145 del Código Civil italiano como sigue:

Articolo 1145. Possesso di cose fuori commercio. Il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto. Tuttavia nei rapporti tra privati è concessa l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico

⁸ El artículo 23 de la Ley del primero de junio de 1939, núm. 1089, sobre la protección de los bienes de interés artístico e histórico, y su versión del 8 de agosto de 1972, núm. 487, prevé una clasificación de los bienes culturales italianos de interés artístico o histórico.

demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico (822,824). Se trattási di esercizio di facoltà, le quali possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione, e data altresì l'azione di manutenzione (1170).

En el sistema jurídico francés, los bienes que pertenecen al dominio público son excluidos del comercio y su adquisición es en consecuencia técnicamente imposible. Aquí tampoco existe una definición unitaria de cuáles bienes culturales pertenecen al dominio público; se llegó incluso a cuestionar la pertenencia al dominio público de los objetos de arte de los museos y de los manuscritos de las bibliotecas.

En cualquier circunstancia, los bienes que fueron expresamente declarados inalienables no pueden de ninguna manera ser adquiridos de buena fe, como lo dispone la ley del 13 de diciembre de 1913 sobre los monumentos históricos.⁹

En la República Federal de Alemania, la adquisición de los bienes culturales debidamente registrados excluye la buena fe.¹⁰

c. El Estado y la propiedad de los bienes culturales

Para que el Estado de origen pueda reivindicar un bien cultural ilícitamente exportado debe en primer lugar comprobar su derecho de propiedad o un derecho equivalente sobre ese bien.¹¹

Aun cuando el Estado de origen pueda acreditar su derecho conforme a su legislación interna, técnicamente es posible que se adquiera un título de propiedad sobre un bien sujeto a reivindicación después de su exportación ilícita. Es precisamente la legislación de la nueva ubicación del bien la que crea esa posibilidad, y basta, para que surtan los efectos constitutivos de actos de propiedad, la satisfacción que para tales eventos prevé la ley doméstica durante la estancia del bien cultural en el Estado de destino.

⁹ La resolución en 1978 de un caso concerniente al robo de una estatua de la Virgen en una iglesia de Batz-sur-Mer es en particular elocuente.

¹⁰ Véase la ley del 6 de agosto de 1955 para la protección contra la exportación de bienes culturales, modificada en 1974.

¹¹ Byrne-Sutton, Quenti, "Le trafic international des biens culturels sous l'angle de la revendication de L'État d'origine. Aspects de droit international privé", *Etudes suisses de droit international*, Zürich, Schulthess Polygrapscher, 1984, p. 134.

Por otra parte, los precedentes judiciales en los tribunales del foro indican una tendencia muy clara para proteger al adquirente de buena fe contra la reivindicación del propietario desposeído.

El precedente *Winkworth vs. Christie, Mansons and Woods Ltd. et al.* es ilustrativo en ello. Los hechos refieren como unos bienes culturales robados en Reino Unido fueron exportados a Italia, en donde fueron adquiridos de buena fe. Posteriormente fueron devueltos nuevamente a Londres para su venta en pública subasta. El propietario desposeído recurrió a la justicia inglesa; el juez que conoció de la controversia rechazó la aplicación de la ley inglesa, aplicable por lo que respecta al lugar del robo y decidió empero recurrir a la legislación italiana conforme a la regla de conflicto tradicional.

Fundó en efecto su decisión en la *regla lex rei sitae* como *point de rattachement* y sentenció:

...un propietario puede verse privado de su título si el bien está sujeto a la ley de un país extranjero y que *el punto de contacto* le confiere un título válido conforme a las condiciones requeridas por la ley extranjera. El título reconocido por ésta prevalece sobre títulos anteriores creados por cualquier otra legislación...¹²

Otros dos precedentes pueden igualmente aportar elementos de análisis sustantivos. El primero, *Duc de Frias vs. Baron Pichon*,¹³ se instruyó a fines del siglo XIX; si bien la controversia no es muy reciente, no por ello es menos ilustrativa. La controversia gravitaba sobre un copón español que representaba la leyenda de Santa Inés con diagramas con hojarasca labrada. La historia del copón es muy antigua: el rey Jacobo I de Inglaterra la donó a Juan de Velasco, duque de Frías y condestable de Castilla en 1604. Un heredero del señor Velasco lo legó a las monjas de Santa Clara de Medina de Pomar, en cuyo sitio permaneció hasta 1836. El convento, ante sus apremios económicos, vendió el copón, que fue finalmente adquirido por el coleccionista francés Jérôme Pichon, quien cándidamente, consultó al duque de Frías acerca de la autenticidad y valor de nacionalidad española.

Ante tal evento, el duque de Frías y el cabildo catedralicio de Burgos no dudaron en demandar en París a Pichon la restitución del copón de plata, alegando en su favor la infracción de la ley española que determinaba en la

¹² *Ibidem*, p. 137.

¹³ Véase el precedente *Duc de Frias vs. Baron Pichon*, instruido por el Tribunal de la Seine, *Ibidem*, p. 135.

época que este tipo de bienes era inalienable. Con base en ella, Frías hizo valer su mejor derecho fundado en título legítimo. El Tribunal de la Seine, en París, que conoció de la controversia, fundó su decisión en la regla *lex rei sitae* como *point de rattachement*, pero también en la naturaleza de orden público previstos en el artículo 2279 del Código Civil francés.

El duque de Frías, sostuvo el tribunal, no podía reclamar su propiedad invocando la ley española del lugar de la situación anterior del bien, ya que todos los efectos constitutivos del derecho de propiedad habían sido realizados por el barón Pichon después de que el copón ingresó a Francia, su nuevo lugar de situación. El veredicto sentenció que el copón, además de cumplir una función de culto, tenía un valor venal y se encontraba en el comercio. La compra, consideró el tribunal, se había realizado de buena fe, por lo que era legalmente válida y surtía todos sus efectos legales.¹⁴

El segundo precedente, *Koerfer vs. Goldschmidt*,¹⁵ atañe a la confiscación por las autoridades nacionalsocialistas de una parte de la colección de obras artísticas pertenecientes al señor Jacob Goldschmidt que habían estado situadas en territorio alemán.

En 1941, los cuadros confiscados se subastaron y el señor Jacob Koerfer, nacional alemán, adquirió dos de ellos atribuidos al pintor francés Henri de Toulouse-Lautrec. En 1944, los exportó a Suiza y los donó a su esposa. La mujer murió en el transcurso del mismo año y sus hijos heredaron las pinturas; gozaron de su plena posesión de 1944 a 1956, fecha en que el heredero del señor Goldschmidt reivindicó su propiedad.

El tribunal federal suizo en su resolución del trece de diciembre de 1968, sentenció que aun cuando la subasta hubiese sido nula y el señor Koerfer no se hubiese convertido en propietario en Alemania, sus herederos habrían adquirido los cuadros por usucapión, ya que el plazo de cinco años de posesión de buena fe exigido por la ley suiza había transcurrido con exceso.

El tribunal federal suizo precisó, que conforme a su DIP, los derechos reales mobiliarios están vinculados a la regla *lex rei sitae*, y en consecuencia era de rechazarse la demanda del causahabiente del propietario anterior; más aún de haber sido presentada la acción de reivindicación en el país de origen, el sentido de la resolución habría sido la misma. Finalmente la prescripción por el transcurso del tiempo resultó también determinante.

¹⁴ <http://relatosenlasmerindades.blogspot.mx/2013/02/el-copon-de-la-discordia.html>.

¹⁵ Tribunal Fédéral Suisse. 13 décembre 1968 (Koerfer c. Goldschmidt) ATF.94. II p. 297.303 (revendication de deux tableaux de Toulouse-Lautrec).

En este caso, es evidente que la aplicación de la regla de conflicto favoreció al tercer adquirente de buena fe en detrimento del propietario originario desposeído.

B. *La protección de los objetos culturales y el derecho internacional privado*

El término *conflicto de leyes* hace referencia a los litigios originados en las relaciones privadas internacionales; las reglas que intentan resolver esas controversias se denominan precisamente *reglas de conflicto*. Su función no es dar una solución inmediata y directa a los eventuales problemas conflictuales, sino atribuir la competencia de una ley material específica. Es precisamente su carácter indirecto el que permite distinguir esas reglas de conflicto con las del derecho material.

Sin embargo, estas reglas indirectas no constituyen exclusivamente un método conflictual; existen reglas de conflicto de naturaleza diferente. De la misma manera se puede mencionar la existencia simétrica de algunas normas materiales que no proporcionan ninguna solución directa a la controversia pero que desarrollan reglas de conflicto.

Uno de los objetivos del DIP es precisamente favorecer la armonía de soluciones cuando la regla de conflicto se considera en una situación determinada. La vocación universal del derecho internacional privado se puede constatar fácilmente cuando se observa el enorme abanico de reglamentaciones de los derechos nacionales a los que recurre.

En efecto, en su derecho interno, cada Estado desarrolla diferentes mecanismos de reglas de conflicto, y en lo referente a los bienes culturales la mayor parte de los Estados vinculan en principio la adquisición y la pérdida real de los derechos mobiliarios a la ley del lugar en que se encuentra el objeto en el momento de la controversia, que es la estricta observancia de la regla *lex rei sitae*. Pese a que esta última goza de una aceptación universal, en materia de bienes culturales que participan de la naturaleza de los derechos reales mobiliarios se intentó formular una excepción a ese *point de rattachement*.¹⁶

Paulatinamente los Estados de origen han promulgado leyes materiales relativas a la reivindicación de sus bienes culturales, y en un litigio la regla de conflicto aplicable que origina el *point de rattachement*, depende de la naturaleza de la situación internacional.

¹⁶ *Ibidem*, p. 111.

En el caso que nos ocupa se trata inicialmente de calificar la reivindicación del derecho de propiedad de un bien cultural por parte del Estado de origen en contra de un tercer adquirente; lo que está a consideración es la pérdida y la adquisición de derechos mobiliarios reales. El *point de rattachement* es por consiguiente una situación jurídica cuyo basamento es la naturaleza de derechos reales. Los elementos determinantes en la calificación conflictual son por una parte la reivindicación de un derecho de propiedad del Estado de origen sobre el bien cultural, y por la otra, la adquisición de buena fe de un derecho real por un tercero.

En el DIP la teoría clásica de *conflictos de leyes* se opone a la aplicación de leyes extranjeras de orden público. Esa teoría, sin embargo, ha evolucionado hacia una nueva tendencia que considera la posibilidad de aplicar reglas de orden público extranjero.

Adicionalmente se puede sostener que la diferencia entre derecho público y derecho privado no es tan contundente como se pensaba, lo que le permite al tribunal aplicar reglas imperativas de un derecho extranjero cuando éste último tiene vínculos razonables con la relación jurídica y aun si tal derecho extranjero no se aplica como determinante en esta relación jurídica.¹⁷

La conclusión era clara: la teoría clásica del DIP postula el principio de la regla *lex rei sitae*. En la medida en que ésta es observada por todos los Estados, se estimó que debería ser preservada. El consenso en cuanto a la aplicación de esta regla de conflicto tradicional *lex rei sitae* resulta de su larga evolución histórica.¹⁸ La armonía internacional de soluciones conflictuales es importante *per se* y la protección del tercer adquirente se funda precisamente en este *point de rattachement* de los bienes muebles que obliga a la aplicación de la regla *lex rei sitae*.

El alcance de la aseveración anterior puede visualizarse mejor en una relación jurídica internacional que tuviera como objeto derechos nacionales mobiliarios. Los únicos elementos aparentes, visibles y reconocibles por todos, partes y tercer adquirente, son por un lado el bien mueble, y por otro su ubicación física. Para el tercer adquirente recurrir a la legislación del Estado donde se encuentra el bien mueble constituye la única manera de garanti-

¹⁷ Así, el artículo 7o. de la Convención comunitaria de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone: il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.

¹⁸ Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 110.

zar sus derechos sobre el bien y asegurar que surta todas las consecuencias legales correspondientes.

Ese razonamiento tiende a la protección del tercer adquirente de buena fe en detrimento del propietario desposeído; privilegia la certeza de las transacciones y posibilita y estimula el comercio. Existe de hecho una necesidad comercial de favorecer los intereses del tercer adquirente. La ley y las consecuencias de su aplicación deben ser previsibles, y es precisamente la ley de la situación del objeto la que proporciona esa seguridad.

La aplicación del *point de rattachement* tradicional, la regla *lex rei sitae*, se estima que es neutral, ya que no favorece al adquirente de buena fe ni tampoco al propietario desposeído. El efecto primario de la regla *lex rei sitae* es la determinación de la ley aplicable de la cual dependerá la protección de uno o de otro. La regla *lex rei sitae* depende por lo tanto del azar del derecho interno designado.

Cada sistema jurídico dispone del mecanismo del orden público en tandem con numerosos instrumentos internacionales que mencionan la noción de orden público. En esa forma *exempli gratia*, toda una serie de convenciones elaboradas en el marco de la Conferencia Internacional de La Haya y relativas al DIP prevé que una norma no puede ser aplicable si es manifiestamente contraria al orden público.

En el ámbito interno se recurre a la noción de orden público cuando la aplicación de una ley extranjera contradice los principios generales del derecho nacional y le es incompatible. Se observa una gran reticencia, tanto por parte de la jurisprudencia internacional como de la doctrina extranjera, en la admisión del orden público extranjero en razón de la confrontación que puede resultar entre el derecho público y el derecho privado.

La protección internacional de los bienes culturales se encuentra también en la encrucijada de los derechos público y privado. Se argumentó empero que la objeción a la aplicación del orden público extranjero se refería a la aceptación de su aplicación general; la especificidad de los bienes culturales, empero, podría generar una mayor aceptación. De ahí la idea de formular un sistema de protección de aquellos sobre la base del orden jurídico internacional.

La concepción del orden público permitiría resolver el problema de las contradicciones fundamentales existentes entre los diferentes sistemas nacionales en cuanto a la protección de dichos bienes. Una protección eficaz debe inevitablemente referirse al orden público, y en el ámbito interno su aplicación constituiría un instrumento suplementario en la lucha contra el tráfico de bienes culturales.

El carácter multidisciplinario de esta materia facilita la aplicación del orden público extranjero con miras a la protección mencionada, lo que explica la promoción de la protección internacional de los bienes culturales mediante la noción del orden público internacional.

C. *La protección de los objetos culturales
y el derecho público*

Más que al aspecto material del bien cultural susceptible de apropiación, el nuevo enfoque de los bienes culturales se concentra en un elemento de orden subjetivo relativo al valor espiritual de una categoría específica de bienes que constituye el testimonio de civilizaciones. La protección de la propiedad privada de un bien cultural originó el concepto de salvaguardia del mismo bien y del contexto en el cual fue creado.

La protección de los bienes culturales reviste una gran importancia debido a la necesidad urgente de frenar la degradación del patrimonio cultural de la humanidad y al reconocimiento creciente de la naturaleza *sui generis* de los bienes culturales. Este enfoque propició la emergencia de una nueva categoría de propiedad que se caracteriza por su valor espiritual.

Numerosos Estados comparten esa necesidad de protección, y aun cuando las soluciones propuestas difieran, se puede constatar la existencia de una constante para introducir a un nivel interno normas que tienden a impedir la importación y el tráfico ilícito de bienes culturales.

Es precisamente esa nueva concepción de los bienes culturales la que justifica que el Estado pueda excepcionalmente imponer restricciones a los derechos de propiedad y de obligaciones, o bien fijar limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad de bienes culturales. Es también esta concepción la que le da consistencia al interés del Estado o de las asociaciones privadas que los motiva a recurrir a los tribunales con la intención de salvaguardar el patrimonio cultural. Ese interés del Estado se concretiza como signo de su propia identidad cultural, y es el interés general el que lo impulsa a actuar.

Sin embargo, en lo concerniente a la protección de los bienes culturales, la coexistencia de una infinidad de concepciones no necesita demostración, y las diferencias son aún más marcadas entre los países de origen y los de destino. Es necesario destacar que en los Estados de origen los bienes culturales, el inventario del patrimonio cultural, así como la elaboración de una reglamentación eficiente en materia de protección, y sobre todo de disposiciones para hacerla efectiva, es bastante azarosa.

Todas estas consideraciones no hacen más que evidenciar que la protección universal de los bienes culturales implica múltiples aspectos, no solamente jurídicos sino también meta-jurídicos.¹⁹

La exportación ilícita y la restitución de los bienes culturales son dos de los aspectos más relevantes en los temas de derecho público. En el ámbito de la protección de los bienes culturales y del derecho público, importa distinguir los bienes culturales del dominio público de los del dominio privado, y determinar su trascendencia en el derecho civil (los bienes culturales del dominio público y del dominio privado); la asignación de bienes culturales al dominio público es un mecanismo instantáneo de protección que no se puede ignorar y cuyo análisis es imprescindible (el dominio público de los bienes culturales como mecanismo de protección del patrimonio cultural).

a. Los bienes culturales del dominio público
y del dominio privado. Su trascendencia civil

Pese a que exista una diferencia fundamental entre los bienes culturales ilícitamente exportados provenientes del dominio público del Estado de origen y los relativos a particulares, los análisis anteriores permiten concluir que impera una tendencia a proteger los bienes culturales de manera general, independientemente de la calidad de sus propietarios, aun cuando algunos bienes se consideran relevantes por el Estado de origen, ya que son constitutivos de su patrimonio nacional.

Debe admitirse que en los precedentes judiciales internacionales algunos tribunales sólo obsequiaban la reivindicación de los bienes culturales si éstos pertenecían al dominio público. Los elementos de análisis que se contienen en el precedente *King of Italy vs. Marquis de Médicis Tornaquinci*²⁰ son al respecto particularmente ilustrativos. Si bien es un precedente relativamente antiguo, pero no por ello es menos trascendente.

El marqués de Medicis Tornaquinci tenía en posesión un lote de documentos considerados antiguos; algunos de éstos cartas manuscritas por Lorenzo el Magnífico. La posesión de estos documentos la había autorizado el Estado italiano, con la expresa prohibición de exportarlos. Pese a la prohibición, Médici Tornaquinci los exportó e intentó vender parte de ellos en Londres a través de la casa de subasta Christie's.

¹⁹ Reichelt, Gerte, *op. cit.*, p. 132.

²⁰ <https://goo.gl/hefjEg>

Italia demandó a Médici Tornaquinci la reivindicación de esos documentos, por su importancia histórica. El juez inglés Petterson, que conoció del caso, validó el derecho de reivindicación en lo referente a la parte de los archivos Medici que eran propiedad del Estado italiano, pero lo rechazó para el resto de los archivos que le pertenecían al propio Medici Tornaquinci. La trascendencia de este precedente resulta del fallo pronunciado en el que un juez inglés, en aplicación de la ley italiana, discierne entre bienes del dominio público y del dominio privado pertenecientes a un patrimonio extranjero.

El precedente *Attorney-General of New Zealand vs. Ortiz et al.*²¹ provee asimismo elementos importantes de análisis. Los hechos dan cuenta de unos grabados en madera pertenecientes a la cultura maorí, de Nueva Zelanda, que fueron exportados ilegalmente a Reino Unido para ser vendidos a un coleccionista europeo. Conforme a la ley de 1962 estas piezas calificaban como bienes culturales históricos, lo que era del conocimiento del infractor, y pertenecían por consiguiente al patrimonio de esa nación. El gobierno de Nueva Zelanda demandó ante una corte inglesa su inmediata restitución. Esta última consideró que el Estado de origen no había satisfecho los requerimientos de un acto de adquisición que tuviese efectos constitutivos mientras el bien cultural se encontraba en su territorio; prueba de ello era que no había realizado ninguna incautación del bien antes de que abandonara su territorio.

El precedente es claro: de haber Nueva Zelanda realizado los efectos constitutivos de su derecho de propiedad *exempli gratia* mediante una incautación, su derecho de propiedad hubiese sido reconocido y los grabados de madera ilícitamente exportados le hubiesen sido restituidos. La sentencia fue recurrida ante la *House of Lords*, que confirmó la sentencia.

En el mismo sentido puede invocarse el caso *Repubblica dell' Ecuador* contra Danusso,²² que atañía a una acción de reivindicación del Estado ecuatoriano contra el señor Danusso. Los hechos relevantes consisten en lo siguiente: ese coleccionista italiano adquirió en Ecuador valiosas piezas arqueológicas y las exportó ilícitamente a Italia, en donde las introdujo también en forma ilegal.

De conformidad con la ley ecuatoriana, esos bienes culturales son propiedad de Ecuador, Estado que invocó su ley interna para fundar su acción de

²¹ <http://uniset.ca/other/cs6/1984AC1.html>.

²² Tribunale di Torino 25.3.1982, *Repubblica dell'Ecuador-Casa della Cultura equatoriana* contro Danusso, Matta e altri. 18, *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Procesuale*. 1982.625.631. Confirmé par App Torino 28 janvier 1983.

reivindicación. Esta controversia, relativa a la adquisición por el Estado de origen del derecho de propiedad sobre bienes culturales, se resolvió con la aplicación de la ley conflictual tradicional. Este fallo confirmó la existencia del *point de rattachement* de los derechos reales mobiliarios a través de la regla *lex rei sitae* y el primado del derecho de propiedad del Estado de los bienes culturales sobre el del adquirente *a non domino*.

Los elementos de análisis que aportan esos precedentes demuestran que el éxito de la acción de reivindicación depende en gran medida del contenido de la ley protectora de los bienes culturales del Estado de origen y de su puntual observancia. En los tres precedentes citados el común denominador fue precisamente que la ley protectora de los bienes culturales del Estado de origen determinaba el derecho de propiedad *ex lege* del Estado, lo que posibilitó la restitución, con excepción del precedente Attorney-General of New Zealand *vs.* Ortiz *et al.*²³ por los motivos antes expuestos.

La posibilidad de recuperar bienes de gran valor cultural se fundamenta en la existencia en el Estado de origen de una legislación clara y precisa que atribuya al Estado un derecho de propiedad *ex lege* de los bienes culturales. En cuanto a la protección en su territorio del tercer adquirente de buena fe, el Estado de destino tiene por supuesto el beneficio de la reserva de orden público del foro.

b. El dominio público de los bienes culturales
como mecanismo de protección
del patrimonio cultural

Es actualmente una constante que el Estado de origen intente asegurar un control sobre sus bienes culturales atribuyéndose su propiedad a través de la ley. La propiedad *ex lege* le permite al Estado de origen reivindicar la posesión de aquellos que estime pertinente, y una jurisdicción extranjera podría ver con mayor simpatía y acceder a reconocer la propiedad del Estado de origen si la demanda fuese considerada como el ejercicio extraterritorial del *ius imperii*,²⁴ máxime si el Estado de destino posee una regla equivalente en lo que atañe a sus propios bienes culturales.

Por otra parte, el Estado de origen recurre con frecuencia a su legislación sobre exportación para impedir la sustracción de sus bienes culturales. Son observables al respecto diferentes grados de limitaciones según la naturaleza de los bienes culturales, así como la integración de elementos

²³ <http://www.5rb.com/case/attorney-general-of-new-zealand-v-ortiz/>.

²⁴ Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 73.

cuantitativos y cualitativos. Algunas legislaciones prohíben la exportación de bienes culturales por particulares, pero la permiten al propio Estado; otras someten la exportación al obsequio de una simple autorización. Los supuestos son de una gran variedad.

La exportación ilícita de un bien cultural podría fácilmente asimilarse a un robo, de tal suerte que en el extranjero un adquirente *a non domino* que fundase su derecho en la ley interna del foro o de cualquier otro lugar designado por la regla de conflicto tendría dificultades para comprobar su adquisición mediante un justo título.²⁵

De igual forma el simple conocimiento del carácter ilícito de una exportación podría coadyuvar a determinar la buena o mala fe del adquirente con relación al derecho de propiedad del Estado de origen. En este caso la adquisición presentaría serios vicios de origen y el tercer adquirente *a non domino* difícilmente podría legitimar su título y oponerlo al Estado de origen.

En numerosos países, conforme a la legislación protectora interna, los bienes culturales considerados propiedad del Estado pueden estar en posesión de particulares. Se trata fundamentalmente de bienes culturales que revisten un interés arqueológico y que han sido descubiertos durante excavaciones arqueológicas ilícitas o clandestinas. Ese tipo de bienes se caracteriza por el hecho de que el Estado de origen es su propietario *ex lege* sin tener su posesión.

Este razonamiento ha sido objeto de múltiples críticas de la doctrina estadounidense, que consideraba que mediante la mera promulgación de una ley, y sin esfuerzos serios dominicales en su ámbito doméstico, el Estado de origen se convertía en propietario. Sin embargo, en el precedente *Mc Clain*,²⁶ que involucró bienes culturales precolombinos mexicanos, la corte reconoció que la declaración concerniente a la atribución de la propiedad era parte de la soberanía del Estado de origen,²⁷ en la misma forma en que la protección del tercer adquirente *a non domino* depende de reglas precisas dispuestas por los Estados de destino.

Conviene empero no concederle una exagerada importancia a la ausencia de posesión del Estado de origen de un bien cultural y juzgar que de esa ausencia se concluya que no es el propietario del bien, máxime que numerosas legislaciones consideran que la posesión no constituye el elemento más importante de la propiedad. En el precedente *Mc Clain*,²⁸ el juez estaduni-

²⁵ *Ibidem*, p. 75.

²⁶ http://www.ifar.org/case_summary.php?docid=1199995313 N.

²⁷ Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 89.

²⁸ http://www.ifar.org/case_summary.php?docid=1199995313.

dense Wisdom determinó que la posesión no era una condición *sine qua non* de la propiedad ni en el sistema continental ni en el del *common law*.

La crítica de la literatura americana es excesiva, ya que existen argumentos fácticos y jurídicos que se le oponen. En efecto, en la práctica, del conjunto de bienes culturales ilícitamente exportados, el Estado de origen sólo puede reivindicar un número singularmente limitado; su derecho de propiedad *ex lege* le posibilita al menos reivindicar algunos bienes culturales relevantes. Como ha sucedido con frecuencia, el Estado de destino suele invocar la reserva de orden público.²⁹

Pretender promover un argumento de un gran rigor formal en el contexto internacional, así como obligar al Estado de origen a conferir expresamente y en forma indubitable en su legislación interna el derecho de propiedad *ex lege*, no es muy acertado, para decir lo menos. Así, para continuar con la argumentación del precedente Mc Clain,³⁰ se sostuvo que el poder del Estado de origen de controlar sus bienes culturales en su territorio no constituía *per se* un título de propiedad; para ello basta una declaración expresa del Estado de origen desprovista de toda ambigüedad.

La doctrina ha considerado por consiguiente que en materia de tráfico de bienes culturales la noción de la pertenencia de un bien al patrimonio cultural nacional es admisible y podría constituir el elemento sustantivo para fundamentar la procedencia de la acción de reivindicación del Estado de origen.

La pertenencia de un bien al patrimonio cultural del Estado de origen, que no es más que el sometimiento del bien cultural a un régimen de protección específico previsto por su legislación interna, demuestra que el Estado de origen se atribuye un tipo de derecho *eminente*³¹ sobre el bien cultural considerado. Una ley que atribuyese expresamente la propiedad de los bienes culturales al Estado de origen permitiría evitar el rechazo sistemático de la restitución de los objetos culturales, que se funda en argumentos estrictamente formales.

El interés general debe justificar la restitución de bienes culturales que tienen un valor nacional indiscutible con independencia del origen de la propiedad; su finalidad es clara: que el Estado de origen obtenga la restitución. Esa acción de restitución podría ser acompañada de un *derecho de preferencia por el tanto* del Estado sobre los bienes culturales ilícitamente exportados; en este

²⁹ Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 90.

³⁰ http://www.ifar.org/case_summary.php?docid=1199995313.

³¹ Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 90.

caso, la restitución estaría estrechamente vinculada al registro del bien cultural en un inventario cuyo efecto principal sería el de una garantía.

Es desde ese enfoque que se deben analizar las disposiciones del artículo 5o. de la Convención de 1970, que previene lo siguiente:

Para asegurar la protección de sus bienes culturales contra la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas, los Estados Partes en la presente Convención se obligan a establecer en su territorio, en las condiciones apropiadas a cada país, uno o varios servicios de protección del patrimonio cultural, si esos servicios no existen aún, dotados de personal competente y en número suficiente para garantizar de manera eficaz las funciones que se indican a continuación:

a) contribuir a la preparación de los proyectos de textos legislativos y reglamentarios que permitan la protección del patrimonio cultural y de un modo especial la represión de las importaciones, exportaciones y transferencias de propiedad ilícitas de los bienes culturales importantes;

b) establecer y mantener al día, a partir de un inventario nacional de protección, la lista de los bienes culturales importantes, públicos y privados, cuya exportación constituiría un empobrecimiento considerable del patrimonio cultural nacional;

c) fomentar el desarrollo o la creación de las instituciones científicas y técnicas (museos, bibliotecas, archivos, laboratorios, talleres, etc.), necesarias para garantizar la conservación y la valorización de los bienes culturales;

d) organizar el control de las excavaciones arqueológicas, garantizar la conservación *in situ* de determinados bienes culturales y proteger ciertas zonas reservadas para futuras investigaciones arqueológicas;

e) dictar, con destino a las personas interesadas (directores de museos, coleccionistas, anticuarios, etc.), normas que se ajusten a los principios éticos formulados en la presente Convención y velar por el respeto de esas normas;

f) ejercer una acción educativa para estimular y desarrollar el respeto al patrimonio cultural de todos los Estados y difundir ampliamente las disposiciones de la presente Convención, [y]

g) velar por que se dé la publicidad apropiada a todo caso de desaparición de un bien cultural...

En el derecho nacional, como es el caso de México, en el ámbito del derecho público el Estado constantemente recurre a la expropiación de manera directa o mediante el empleo de mecanismos jurídicos que provocan los mismos efectos.

La restitución de bienes culturales es un procedimiento controvertido. Si en lo nacional reviste un alto grado de complejidad, se agravaría aún más tratándose del ámbito internacional, en donde la reivindicación de bienes culturales robados o ilícitamente exportados en poder de un poseedor de buena fe es aleatoria en virtud del elemento de la internacionalidad del delito, cuya tipicidad difiere notablemente de un Estado a otro.

Por ello, en la época en la que se inició la elaboración de la Convención de UNIDROIT se planteó la posibilidad, como en efecto ocurrió, de separar desde el principio el régimen de legalidad de los bienes culturales robados del régimen de los bienes culturales ilícitamente exportados.

Los Estados de origen sostenían la tesis de la restitución efectiva de los bienes culturales, para cuyo efecto recurrieron al *vínculo territorial*, que constituye un elemento novedoso en el derecho.

En la definición de sus bienes culturales, los Estados de origen invocan por lo regular dos criterios: el primero se refiere a la naturaleza del bien, y el segundo atañe precisamente al *vínculo territorial* existente entre el bien y el Estado de origen y que considera, entre otros elementos, el lugar del hallazgo y el de la creación.

En conjunción, con la protección del patrimonio cultural el vínculo territorial procura mantener el *status quo ante* del patrimonio cultural nacional. Esta nueva tendencia del DIP, aunada a la incertidumbre vinculada a la restitución efectiva de los bienes culturales, favoreció entre otras cosas la aprobación de la Convención de 1970. Es precisamente este instrumento el que va a intentar dar una solución al planteamiento delicado de la restitución efectiva de los bienes culturales.

Si bien el artículo 7-b.ii de esa Convención enuncia una obligación internacional esencial respecto a la protección de los bienes culturales, no proveía de ninguna base tan sólida como el principio de *vínculo territorial* del bien cultural. Acotaba su ámbito material de aplicación al adquirente de buena fe que se viera privado de un bien cultural, y al que, como consecuencia de la restitución y a título de compensación, se le asignaba una indemnización.

El artículo 7-b.ii fue considerado insuficiente por un gran número de Estados parte de la Convención de 1970, ya que alteraba sustancialmente los intereses del adquirente de buena fe; entre otros motivos porque no determinaba un plazo para la presentación de la reivindicación y su consecuente restitución. En este contexto, y valiéndose del párrafo d) del

artículo 13,³² los Estados de origen podían hacer valer en su beneficio la ausencia de plazos para introducir la noción de imprescriptibilidad a su favor.

En la esfera internacional la noción de imprescriptibilidad es inaceptable. Esta afirmación carece de la contundencia que se le pretende dar por los Estados de destino; en esa forma debe entenderse que la imprescriptibilidad se pretende hacer prevalecer ahora respecto de los intereses del patrimonio cultural de la humanidad e incluso de aquellos bienes culturales de alto valor cultural.

Al margen de estas hipótesis aisladas, la imprescriptibilidad socava los fundamentos de los principios generales jurídicos del comercio internacional; postularla en una perspectiva internacional provocaría el rechazo inmediato de los Estados de destino de bienes culturales hacia cualquier texto que la incluyera, con lo cual se frustrarían todos los esfuerzos para redactar una convención internacional de reglas de derecho uniforme en la materia y ciertamente concluirían en un fracaso.³³

Este análisis destaca que para el artículo 7-b.ii de la Convención de 1970, la práctica de un inventario nacional es un elemento importante en la metodología de protección del patrimonio cultural de la humanidad.

Las interrogantes anteriores derivaron en la necesidad de elaborar un instrumento internacional autónomo, cuyo objeto fuera la protección internacional de los bienes culturales, vehiculada por la uniformidad de normas de diferentes disciplinas jurídicas. Se estimó que la solución jurídica era la única opción para conciliar, dentro de la noción de protección internacional de los bienes culturales, las buenas intenciones, las medidas efectivas de los Estados de origen y las necesidades del comercio internacional; estas últimas resultaban ineludibles.

Parecía evidente que una convención internacional sólo podía aplicarse a transacciones que contuvieran un principio de internacionalidad y que

³² El artículo 13 de la Convención de la UNESCO de 1970 dice: “Artículo 13: 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”.

³³ Reichelt, Gerte, *op. cit.*, p. 140.

debía conservar en su integridad todas las reglas de derecho interno de protección de los bienes culturales.

En el análisis ha resultado cardinal singularizar algunas de las ideas debatidas durante los trabajos previos a la redacción de la Convención de UNIDROIT. Las soluciones propuestas debían ser coherentes y realistas si se pretendía llegar a una aceptación internacional de la Convención en formación. La solución dada a los problemas derivados de la adquisición de buena fe de bienes culturales *a non domino* no podía soslayar la necesidad de seguridad y certeza que requiere el comercio internacional del arte.

2. *Los trabajos preparatorios. Las nuevas ideas*

Los principios de la adquisición de buena fe de bienes culturales *a non domino* no deben ni pueden ignorar la necesidad de la seguridad jurídica de las transacciones jurídicas del arte.

En el derecho continental, aun cuando su reglamentación contiene un sinnúmero de variaciones, la buena fe sigue siendo un principio esencial del derecho civil, por lo que la redacción de un nuevo instrumento internacional debía conciliar, para ser aceptable, la protección del adquirente de buena fe *a non domino* con la restitución del bien cultural adquirido de buena fe.

Esa conciliación presupone la existencia de la protección de la adquisición de buena fe *a non domino* concebida como una forma de transmisión de propiedad. Pero para ser aceptable, debería circunscribirse al ámbito de los bienes culturales,³⁴ lo que conllevaba una vez más el dilema de determinar una definición o calificación de los bienes culturales.

La protección del adquirente de buena fe *a non domino* dio lugar a proposiciones diversas. Una de ellas postulaba la total negación de cualquier protección al adquirente de buena fe de bienes culturales, supuesto que ha sido aceptado en ciertos sistemas de legalidad, máxime cuando esos bienes culturales pertenecen al dominio público.

Se propuso también atemperar la protección del adquirente de buena fe *a non domino* mediante el levantamiento de un inventario de los bienes culturales. Sin embargo, el hecho de que en un extremo sólo unos sistemas legales prohíben o limitan la protección del adquirente de buena fe *a non domino*, y en el otro extremo otros le confieren una protección parcial o total, impedía alcanzar una protección realmente eficiente.

³⁴ *Ibidem*, p. 92.

A lo anterior hay que agregar las diferentes concepciones acerca del principio de buena fe, del cual existen numerosas excepciones y limitaciones, incluso en los Estados que le confieren un efecto general.

Finalmente importaba también identificar si en los sistemas legales que admiten la protección del adquirente de buena fe *a non domino* era aceptable la restitución del bien o, en defecto de tal mecanismo, si existían posibilidades de incorporarlo sin alterar el principio de protección del adquirente de buena fe *a non domino*.

Las nuevas ideas debatidas durante los trabajos preparatorios de la Convención de UNIDROIT gravitaron en torno al derecho al pago y a un pretendido orden internacional público de bienes culturales. Esas discusiones permitieron llegar a ciertas conclusiones.

A. *El derecho al pago*

El derecho al pago debe ser analizado desde diversos enfoques. En primer lugar cabe detallar el análisis de la noción de pago (la noción de pago) para concluir que la indemnización del adquirente de buena fe podría considerarse como una nueva forma de pago (la indemnización al adquirente de buena fe. Una nueva forma del derecho al pago).

a. La noción de pago

El pago es el modo normal de extinción del vínculo jurídico.³⁵ Las expectativas de las partes en el momento de la formación de ese vínculo consisten precisamente en el cumplimiento de lo convenido. Este es el elemento central de la noción de pago y el efecto deseado de las partes. El pago es la ejecución esperada de la obligación.

El vínculo de la obligación no es más que un mecanismo social de cooperación destinado a permitir el intercambio de bienes y de servicios entre las personas.³⁶ Toda obligación implica comportamientos cuya finalidad es la satisfacción y la obtención de intereses determinados y constituye, en un menor grado, un compromiso o una deuda para quien los asume. Las relaciones obligatorias son consecuentemente vínculos dinámicos mediante los cuales comportamientos programados o esperados deben adecuadamente convertirse en realidad.

³⁵ Carbonnier, Jean, *Droit civil. Les obligations*, 18a. ed., París, PUF, 1994, t. 4, p. 514.

³⁶ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Introducción, *Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, vol. I, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 620.

En el fondo, la obligación no es más que un vínculo jurídico que sirve para convertir en realidad el proyecto de origen cuyo contenido es un comportamiento convenido en el acto constitutivo de la relación obligatoria. Por consiguiente, el pago es el acto de cumplimiento o de ejecución de una prestación debida en virtud de un vínculo obligatorio.

En última instancia el pago representa un acto de cumplimiento del deber jurídico que recae sobre el deudor y su consecuencia es la manera en que aquel tiene para liberarse de su obligación. El pago es la realización o la ejecución de la prestación debida, cualquiera que sea su naturaleza. Es un comportamiento del deudor adaptado al proyecto o programa establecido en el acto constitutivo de la relación obligatoria.

Todo pago constituye una prestación a favor de otra persona y determina la realización de una atribución patrimonial a favor y en beneficio de ella.³⁷ Es evidente que para que una prestación o una atribución puedan responder al calificativo de pago, su fundamento y su razón de ser deben encontrarse en un vínculo obligatorio previo y cumplirse por su conducto. La calificación de un acto como pago no sólo exige la intención de respetar un compromiso (*animus solvendi*), sino también un fundamento objetivo que consiste en la preexistencia de la obligación que ejecuta (*causa solvendi*). El pago en tanto tal es un acto que cumple con una función de solución y encuentra su causa en la existencia de una obligación previa.

En el momento del pago se pueden identificar dos elementos personales: el *solvens* y el *accipiens*, así como dos elementos materiales: el objeto del pago y las circunstancias en las que se efectúa.

En principio el deudor debe realizar el pago personalmente, pero, llegado el caso, puede ser remplazado por un tercero implicado o no en la relación jurídica de origen, que lleva implícito el aserto de que el tercero que realiza el pago puede o no tener un interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

La legitimación del derecho de pagar es indiscutible. El pago por un tercero es un medio satisfactorio del crédito, pero no constituye un medio liberatorio del deudor. En este caso, se termina la obligación existente entre el acreedor y el deudor, pero se establece una relación entre el deudor y el *solvens* que se organiza de acuerdo al interés al pago del *solvens* y a la actitud del deudor hacia él.

El destinatario del pago es obviamente el acreedor (*accipiens*), que es el titular del crédito, tiene derecho a exigir el pago y es el que debe percibir la prestación que le satisfaga. El acreedor es en este caso la persona que, en el

³⁷ *Ibidem*, p. 640.

momento del pago, se encuentra en posesión del título de crédito. Se trata por lo tanto del acreedor actual, que puede ser el acreedor originario o la persona que adquirió posteriormente el derecho.

Para que el pago sea regular y plenamente liberatorio, es necesario el cumplimiento exacto del deber de prestación, así como la satisfacción del interés del acreedor. En suma, el pago efectuado por el deudor debe corresponder exactamente a lo que debe.

La identidad del objeto del pago presupone una adecuación entre la prestación prevista y la prestación realizada, de acuerdo con la naturaleza del objeto. El deudor debe ajustar la conducta prevista en la obligación o prestar la misma cosa. Debe realizar todo lo que se programó en la obligación y lo que derivase de ella.

Para que el pago sea regular, debe ajustarse a las condiciones de plazo y lugar previstas por el vínculo jurídico originario; debe por consiguiente ser puntual en el tiempo y en el espacio.

El pago integral de la deuda consiste en dar entera satisfacción al acreedor. Si es el deudor el que lo realiza, su consecuencia es la extinción de la deuda y de todos sus elementos y accesorios y la liberación del *solvens* y de las garantías personales.³⁸

La originalidad del pago respecto al contrato es que se trata de un acto extintivo que no crea obligaciones. La realización del pago termina con la obligación de efectuarlo. Se trata por ende de un modo de extinción de la obligación mediante su realización.

El acto de pago incluye sin embargo una dualidad: es un acto de ejecución de una obligación, pero también el modo de extinción por excelencia de todas las obligaciones. Afirmar que el pago es un modo de ejecución equivale a decir que se trata de un acto cuya naturaleza está estrechamente vinculada a la de la obligación; afirmar que el pago es un modo de extinción de las obligaciones equivale a conferirle el efecto producido por la ejecución, la cual, sin importar su naturaleza, siempre libera al deudor de sus obligaciones.

La percepción del pago como ejecución de una obligación explica la gran diversidad de actos que se relacionan con él. Todo pago debe realizarse conforme al objeto de la deuda, y es la naturaleza de la deuda la que determina la naturaleza del acto que lo ejecuta.³⁹

La ley dispone que la ejecución consista en darle satisfacción plena al *accipiens*. Es precisamente esta satisfacción con la ejecución de la prestación lo

³⁸ Terre, François *et al.*, *Droit civil. Les obligations*, 7a. ed., París, Dalloz, 1999, p. 1133.

³⁹ Catala, Nicole, *La nature juridique du paiement*, París, LGDJ, 1961, p. 330.

que provoca la extinción de la obligación. La extinción de la obligación no depende de la voluntad de las partes. El pago es un mecanismo objetivo en que un acto de ejecución cuya naturaleza varía según la deuda tiene como objeto la extinción de la obligación y darle plena satisfacción del *accipiens*, con total independencia de la voluntad de las partes.

b. La indemnización al adquirente de buena fe.

Una nueva forma del derecho al pago

Numerosos sistemas jurídicos le reconocen al adquirente de buena fe *a non domino* de bienes muebles un derecho al pago en caso de verse desprovisto del bien mueble.⁴⁰ Esas reglas pueden variar, pero generalmente el derecho al pago implica que el adquirente de buena fe pueda, en determinadas circunstancias y a cambio de la restitución, exigir una indemnización por el precio pagado.

El derecho al pago es una solución intermedia entre los dos extremos que constituyen por una parte el sistema legal que confiere una protección ilimitada al adquirente de buena fe *a non domino*, y por otra parte el que postula el rechazo a cualquier protección hacia él.

En esa forma el propietario originario no puede exigir la restitución al adquirente de buena fe *a non domino* sino mediante el reembolso del precio pagado. El derecho al pago permite asegurar un equilibrio entre los sistemas jurídicos que no reconocen la protección de la adquisición de buena fe y aquellos que sí la reconocen, pero de manera limitada; el derecho al pago no está necesariamente vinculado a la protección de la adquisición de buena fe.

Así *exempli gratia* el Código Civil italiano si bien dispone una protección absoluta del adquirente de buena fe *a non domino* no reconoce el derecho al pago. Otros ordenamientos civiles condicionan la restitución del bien a su propietario originario mediante el reembolso del precio de compra, en tanto que otros, que son los que únicamente protegen parcialmente la adquisición de buena fe *a non domino*, reconocen el derecho al pago y le confieren al propietario una acción de reivindicación contra el adquirente de buena fe.

El derecho al pago depende de la extensión de la protección que los diversos sistemas jurídicos le conceden a la adquisición de buena fe y cada sistema jurídico lo resuelve de diferente manera; algunos lo aplican a todos los bienes muebles adquiridos de buena fe y otros lo limitan a los bienes que tienen un valor afectivo.

⁴⁰ Reichelt, Gerte, *op. cit.*, p. 96.

La determinación del ámbito de aplicación del derecho al pago depende por lo tanto de los sistemas jurídicos, y dos aspectos son los que caracterizan sus efectos: en lo referente a los adquirentes ulteriores, ese derecho puede ser reconocido, como es el caso de Suiza, o excluido, como es el caso de Francia.⁴¹

El derecho al pago de los adquirentes ulteriores requiere que el adquirente precedente haya sido de buena fe y que su derecho al pago esté vigente. Pero ¿cómo determinar si el adquirente precedente puede transmitir su derecho al pago al siguiente adquirente? Y por otra parte ¿debe el monto de ese derecho calcularse sobre la base del precio pagado en la primera adquisición o conforme a la adquisición ulterior?

Estas interrogantes de respuestas complejas y variadas explican cómo numerosos sistemas legales acotan el derecho al pago al primer adquirente de buena fe *a non domino*.

El derecho mexicano limita exclusivamente este efecto al primer adquirente de buena fe *a non domino*; las disposiciones del artículo 799 del Código Civil Federal son categóricas:

El poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fe que lo haya adquirido en almoneda o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin reembolsar al poseedor el precio que hubiere pagado por la cosa. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor...

El cambio de la ley aplicable merece también un análisis: Cuando un bien adquirido de buena fe es transferido de un país a otro, pasa de una jurisdicción a otra y, por ende, de una ley aplicable a otra.

Esas diferentes leyes aplicables son susceptibles de contener reglas que pueden incluso llegar a oponerse al derecho al pago. Se sugirió en un principio declarar la validez del pago si la ley aplicable del lugar de la primera adquisición admitía el derecho al pago, aun cuando los sistemas legales sucesivos no lo hicieran, a menos que normas relevantes de los sistemas jurídicos se opusieran al reconocimiento de ese derecho.⁴²

El derecho al pago es un elemento capital en la protección de los bienes culturales, y la instauración de la restitución como mecanismo propio de la protección internacional de los bienes culturales podría eliminar, o al menos atemperar, los efectos negativos inherentes a los sistemas legales que admiten el principio de adquisición de buena fe *a non domino*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 104.

⁴² *Idem*.

Es cierto que, al momento de la transmisión de propiedad, el mecanismo del derecho al pago facilita la restitución al propietario originario del bien robado, perdido o desaparecido y, por extensión, la restitución del bien cultural en contrapartida del pago del precio de compra, pero incrementa también el riesgo para el primer adquirente, así como para los subsecuentes, de ser desposeído del bien.

El derecho al pago permite extender las acciones judiciales del propietario originario porque él puede obtener la restitución de un bien cultural por otros medios que el de la acción de reivindicación; posibilita igualmente la restitución de un bien cultural adquirido de buena fe aun en los casos en que su desplazamiento implique un cambio de la legislación aplicable.

Sin embargo, es demasiado pretencioso intentar obtener su aceptación internacional, incluso por parte de los sistemas jurídicos que lo consideran como un riesgo a la seguridad y a los intereses del comercio internacional de arte. Para tener una mayor posibilidad de aceptación en el ámbito internacional, este derecho al pago debería acotarse a los bienes culturales.

La importancia creciente que se le ha dado a esos bienes justifica un estatuto de excepción. Hasta entonces su protección sólo tenía como referencia legal la Convención de 1970 y, en el ámbito nacional, normas de derecho público como son las leyes de exportación.

En el ámbito del derecho privado, y al margen de la distinción tradicional entre bienes materiales e inmateriales, se impulsó una nueva noción de bienes culturales como categoría jurídica propia, *sui generis*, con efectos jurídicos exclusivos. Se requería de una definición del bien cultural que permitiese dar consistencia al derecho al pago en casos de adquisición de buena fe de bienes culturales; de la misma manera, las nociones de reivindicación, dación en pago, prescripción adquisitiva y adquisición de buena fe debían ser adaptadas a esa nueva categoría de bienes.

El derecho al pago está sin embargo circunscrito al derecho de recompra, el cual se limita al propietario originario. Éste deberá hacer valer su derecho a la restitución en un plazo determinado, y es únicamente en el transcurso de este plazo que el derecho al pago del adquirente podrá ser invocado.

Durante ese plazo, un derecho de retención del bien debe existir hasta la realización del pago del precio de compra. La duración de dicho término varía según los sistemas, pero se estimó que por razones evidentes de seguridad jurídica debía ser breve, aun cuando es obvio que el ánimo de la protección de los bienes culturales favorecía plazos tan extensos como fuera posible.

En conclusión, el derecho al pago constituye un mecanismo propio de los sistemas de derecho que le confieren este derecho al tercer adquirente de buena fe *a non domino* en los ámbitos nacionales e internacional privado. Revistió por lo tanto una gran importancia su incorporación a un instrumento internacional de derecho uniforme a efecto de obtener la restitución de los bienes culturales, en especial en sistemas que rechazan esta restitución en consideración de la protección del adquirente de buena fe y con ello se hizo plausible la restitución de bienes culturales.

B. *El orden público internacional de los bienes culturales y sus posibilidades*

Para la eventual restitución de los bienes culturales, se contempló también la posibilidad de admitir la aplicación de leyes de orden público en el DIP a fin de transformar el orden público internacional en un instrumento eficaz de protección de los bienes culturales. Actualmente, en esta materia el DIP tiende a desarrollar un orden público internacional, y su aceptación podría ejercer cierta influencia en el combate contra el tráfico ilícito dentro del comercio internacional del arte, con independencia de las políticas culturales nacionales implementadas.⁴³

Conviene precisar que las normas de orden público no se aplicarían al DIP en lo general; para ello debería considerarse la influencia creciente de las normas imperativas de derecho público sobre el privado, en particular en lo que respecta a los contratos internacionales.

Esas normas responden a tres referencias específicas. En primer lugar, puede tratarse de normas imperativas de la ley elegida por las partes o de la ley normalmente aplicada al contrato; en segundo lugar, podrían ser también las normas imperativas de la *lex fori*, que se oponen a las extranjeras que rigen el contrato, o finalmente, en tercer lugar, puede hacerse referencia a normas de una ley que no sean ni las de la *lex fori* ni las de la ley elegida por las partes, ni las que rigen normalmente el contrato.

Es precisamente esa última categoría de normas la que atañe a la protección internacional de los bienes culturales, y al respecto se pueden considerar dos *points de rattachement*: la ley que rige el contrato y la que elabora un *point de rattachement* específico.

Una buena parte de la literatura especializada se inclina por la aplicación a los bienes culturales del último criterio;⁴⁴ pero para que esto sea posi-

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

ble es menester que el Estado de destino manifieste su voluntad de aplicar la ley de orden público extranjero; que igualmente exista un vínculo estrecho entre esta ley imperativa extranjera y la situación considerada y, finalmente, que la ley imperativa extranjera no sea contraria al orden público nacional del Estado de destino.

En un inicio, la doctrina consideró a ese *point de rattachement* específico de manera general y lo orientó luego sobre decisiones más concretas, pero siempre en un contexto de política económica. Finalmente, no fue sino recientemente cuando se consideró que la ley imperativa extranjera podría, entre otras cosas, servir a la protección del consumidor. Esto estimuló el debate en torno a la aplicación de normas de derecho público en el ámbito del DIP. En la medida en la que se introducen nuevas situaciones sociopolíticas en el derecho privado, el horizonte de aplicación de las leyes imperativas extranjeras tiende a ampliarse. Con esta misma tendencia se generó una nueva categoría de leyes imperativas extranjeras que se aplican en el interés de la protección de los bienes culturales.

En el análisis de ese nuevo orden internacional cultural, es preciso considerar tres aspectos: en primer término desarrollará el *point de rattachement* específico que existe para los bienes culturales (*el point de rattachement* específico y los bienes culturales. Una nueva perspectiva); posteriormente el punto de contacto especial en función de la regla tradicional conflictual, o sea la *lex rei sitae* (*el Point de rattachement* específico y la regla *lex rei sitae*) y, finalmente, la práctica jurisdiccional en este contexto (la práctica jurisdiccional).

a. *Point de rattachement* específico y los bienes culturales.

Una nueva perspectiva

El *point de rattachement* específico es un mecanismo que se integra a la evolución actual y se incorpora a la metodología del DIP, que tiende a flexibilizar la aplicación de la regla conflictual clásica. Ese punto de contacto cultural especial permite la aplicación por el juez de una ley extranjera que considera competente en la substanciación de una controversia y descarta el *point de rattachement* ordinario del tribunal.

La tesis del contacto especial tiene su origen en la Alemania de la posguerra y sostiene que algunas reglas imperativas no previstas en la ley que rige el contrato pueden sin embargo alterarlo. La idea de que la ley imperativa de un orden jurídico no mencionado por la regla de conflicto pudiera intervenir en las relaciones contractuales, en particular en el ánimo de la voluntad de las partes, fue desarrollado por la doctrina, la jurisprudencia y

la legislación de algunos países, en tanto que la noción de *point de rattachement* específico se acotó al ámbito de los contratos internacionales.

La idea que gobierna ese *point de rattachement* específico es la que sostiene que, en un espíritu de cooperación nacional, la ley imperativa, importante para un Estado soberano y vigente en dicho Estado, podía ser tomada en cuenta por el juez del foro, pero exclusivamente en casos específicos y en los que no sería normalmente aplicable.

En materia de bienes culturales se podría considerar ese *point de rattachement* específico en el marco de una acción de reivindicación incoada por el Estado de origen, pero únicamente en casos excepcionales, y su aplicación estaría sujeta a ciertas limitaciones.

En primer término, el *point de rattachement* específico únicamente podría concebirse como una excepción al *point de rattachement* ordinario y sólo en casos en que los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes de los bienes culturales así lo exigiesen. Luego, el Estado de destino debería manifestar su intención de aplicar la legislación extranjera protectora de los bienes culturales, y la decisión de aplicarla dependería de sus consecuencias e intención.

Por lo tanto, se debería tomar en cuenta la finalidad perseguida por la ley imperativa extranjera protectora de los bienes culturales y de las consecuencias de su aplicación. El juez del foro podría retener las leyes imperativas extranjeras que tuviesen intenciones aceptables, como lo es la de la protección del patrimonio nacional, y rechazar las disposiciones discriminatorias o francamente expoliadoras de bienes culturales.⁴⁵

*b. El point de rattachement específico
y la regla lex rei sitae*

Conviene precisar que el vínculo territorial cultural constituye una franca excepción a la *lex rei sitae*. La literatura ha identificado dos tipos de excepción a esta regla conflictual:

La primera excepción elimina la regla de conflicto normalmente aplicable cuando ésta no designa a la ley interna en presencia que mantiene los lazos territoriales u otros más estrechos con la situación internacional que se trata de reglamentar. En otros términos, el orden jurídico aplicable no representa el centro de gravedad de la situación internacional conforme a la regla de contacto.

⁴⁵ Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 164.

La regla conflictual tradicional no alude a la ubicación de la situación internacional. Esa carencia tiene diferentes alcances: puede ser general y tender a la creación de una nueva regla conflictual que resolviera situaciones de una misma naturaleza, o sólo consideraría el *point de rattachement* específico de un caso en concreto.

El vínculo territorial cultural evidencia la insuficiencia de la regla conflictual tradicional, en especial en el ámbito de los bienes culturales, entre la adquisición *a non domino* de un bien cultural robado y la regla *lex rei sitae* normalmente aplicable, y posibilita invocar una excepción a esta regla de conflicto.

La derogación al punto de contacto tradicional se fundaría en la existencia de vínculos territoriales preponderantes entre la adquisición *a non domino* y otra ley en presencia, como *exempli gratia* la legislación protectora del Estado de origen. Esa ley es a la vez la del lugar de la comisión del robo, o sea la vigente en el lugar de la comisión del acto ilícito, la del lugar del domicilio del propietario originario desposeído, que bien pudiera ser el Estado de origen, y la ley del lugar de adquisición de un título válido por el propietario originario.

La segunda excepción a la regla de conflicto tradicional deriva de la necesidad de una cooperación internacional, y en este orden la argumentación difiere sustancialmente. Se trata aquí de admitir un contacto especial para dar efecto a la ley extranjera que se desea aplicar a la situación internacional en cuestión. Así, en la reivindicación de un bien cultural se aplicaría la ley interna del país de origen, con la intención de tener en cuenta su voluntad de proteger su patrimonio cultural, pero sin por ello sostener que la legislación protectora de bienes culturales mantiene vínculos más estrechos con la adquisición *a non domino* que la regla *lex rei sitae* en el momento de la adquisición.⁴⁶

c. La práctica jurisdiccional

En materia de bienes muebles culturales robados los precedentes jurisdiccionales evocados, que retomamos ahora en una perspectiva diferente y que contienen en este orden otros elementos de análisis, contribuyen en forma sustantiva a la construcción del debate e ilustran con claridad las ideas anteriores.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 141.

En el precedente *Kunstsammlungen zu Weimar vs. Elicofon*,⁴⁷ la corte federal del Distrito de Nueva York que conoció del caso resolvió aplicar la regla *lex rei sitae* como *point de rattachement*. El relato de los hechos es el siguiente; el señor Edward Elicofon adquirió dos pinturas de un soldado americano en 1946. Estas pinturas eran atribuidas al pintor alemán Albrecht Dürer, que evocaban los retratos de Hans y Felicitas Tucher. Elicofon ignoraba su identidad. En 1966 descubrió que eran de Dürer, pertenecientes al Museo Weimar y que habían sido robadas poco después de la Segunda Guerra Mundial del Castillo Schwarzburg ocupado por las tropas estadounidenses. Este robo fue debidamente documentado ante las autoridades estadounidenses después de la Guerra y debidamente publicadas en un libro de pinturas robadas y desaparecidas de los museos alemanes. Elicofon, ya con pleno conocimiento de causa, se negó a restituirlas y su pronunciamiento fue publicado en primera página por el *New York Times*. En 1969, la entonces República Federal de Alemania, el Museo Weimar y la Gran Duquesa de Sajonia demandaron a Elicofon la restitución de las obras de Dürer. Al final de un proceso complejo, la Corte determine que Elicofon debía de restituir las obras, ya que se había acreditado que habían sido robadas del Museo de Weimar en 1945 y que por lo tanto éste último era el legítimo propietario. La Corte desestimó el argumento central de Elicofon que consistía en que el título de un bien robado, conforme al derecho alemán, puede ser transferido a un adquirente de buena fe *a non domino*.

En efecto, el señor Elicofon había invocado su justo título, de acuerdo al derecho vigente en Alemania, donde se perpetró el robo. La misma corte determinó que conforme a las reglas de conflicto del estado de Nueva York en materia de adquisición de buena fe, el derecho alemán no era aplicable; antes bien, ya que el señor Elicofon había adquirido las pinturas en esa localidad, se debía aplicar la regla *lex rei sitae*, en la especie la ley del estado de Nueva York.

Sorprendentemente, y aun cuando haya llegado a la conclusión de que dicha regla guardaba la relación más significativa con la adquisición del señor Elicofon, la corte exploró la posibilidad de establecer si el robo podía desplazar el punto de convergencia de la adquisición, en cuyo caso el orden jurídico alemán hubiese sido aplicable y el lugar de la comisión del delito hubiese desplazado la regla *lex rei sitae*.

De acuerdo con las leyes de Nueva York, el señor Elicofon no adquirió un título válido sobre los cuadros y que pudiese oponer a la reivindicación

⁴⁷ <http://www.commartrecovery.org/docs/InternationalFoundationforArtResearchSummaryKunstsammlungen.pdf>.

de los actores. Adicionalmente, el plazo relativo a la prescripción de la acción de reivindicación no empezaba a transcurrir sino a partir de la fecha del descubrimiento del adquirente; los 20 años de posesión de buena fe del señor Elicofon no podían por lo tanto oponerse a la acción del museo alemán. Para la corte los esfuerzos constantes y diligentes del Museo de Weimar, evidenciaban su propiedad y habían interrumpido la prescripción.

En el mismo contexto es de mencionarse el ya citado caso *Winkworth vs. Christie, Manson & Woods Ltd. et al.* en el cual el juez inglés Slade rechazó la aplicación de la ley inglesa para aplicar la regla de conflicto tradicional, como es la *lex rei sitae*, en la especie el derecho italiano.⁴⁸

Los elementos de convicción que se contienen en esas dos decisiones demuestran que ni el tribunal inglés ni el estadounidense se apartaron de la *lex rei sitae*. Los resultados fueron sin embargo diferentes, y si la *lex rei sitae* sirvió de *point de rattachement* en los dos casos, en el primero fue en beneficio del propietario desposeído, mientras que en el segundo se favoreció el adquirente de buena fe *a non domino*. Esa divergencia de resultados ilustra bien la *neutralidad* de la regla conflictual tradicional.

En ambos precedentes el vínculo de la adquisición de un objeto robado con la *regla lex rei sitae* fue determinante; en los dos casos existían fuertes vínculos entre las transacciones y otro orden jurídico, y ambos demuestran el carácter imprevisible que ese *point de rattachement* genera para el propietario originario desposeído y resaltan los diversos vínculos existentes con la ley del lugar de la comisión del robo.⁴⁹

No debe soslayarse que si *a priori* la regla *lex rei sitae* no favorece ni al adquirente de buena fe ni al propietario originario, ya que la protección se deja al azar del derecho interno, la aplicación de la regla de conflicto tradicional da un carácter fortuito al resultado material, mientras que la admisión del vínculo con la ley del lugar de la comisión del robo de un bien cultural reivindicado por un Estado de origen le da un carácter sustancial a la regla de conflicto.

Un *point de rattachement* de tal naturaleza conduciría a la aplicación sistemática de la legislación protectora de los bienes culturales de los países de origen. Sin embargo, esas legislaciones con frecuencia prevén la imprescriptibilidad e inalienabilidad de los bienes culturales y el rechazo a la indemnización del adquirente de buena fe, por lo que su aplicación como *point de rattachement* debilitaría la certidumbre indispensable para las reglas de comercio, situación que es totalmente inaceptable para los países de destino.

⁴⁸ <http://swarb.co.uk/winkworth-v-christie-manson-woods-ltd-chd-1980/>.

⁴⁹ Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 150.

La conclusión era evidente y hacía propicia la redacción de reglas de derecho uniforme en materia de adquisición *a non domino* de bienes culturales provenientes del tráfico ilícito. En el ámbito internacional la discusión favorecía la adopción de un instrumento de esa naturaleza, lo cual suponía que la discusión de una Convención como la de UNIDROIT era inminente.

Un último precedente debe considerarse en esta perspectiva de la práctica jurisdiccional: *Ville de Genève et Fondation Abegg vs. Consorts Margail*,⁵⁰ conocido como *Fresques de Casenoves*,⁵¹ que se pronuncia sobre los bienes culturales considerados como inmuebles por destino. La relatoría de los hechos evoca que el restaurador suizo Marcel Simon había desarrollado una técnica para desprender frescos de las paredes. En el año de 1954 con el empleo de ella fueron desprendidos de una pequeña capilla en Casenove, Roussillon, Francia, unos frescos que databan del siglo XI, en uno de los cuales se representaba la Adoración de los Reyes Magos. Estos frescos entraron de inmediato en la clandestinidad y fueron exportados ilícitamente a Suiza, en donde tiempo después fueron adquiridos por la colección Werner Abegg, radicada en el Cantón de Berna y el Museo del Cantón de Ginebra.

La corte de apelación de Montpellier que conoció del caso tuvo que pronunciarse a favor de la competencia internacional de los tribunales franceses requeridos a título de *forum rei*⁵² y sostuvo el criterio que debía prevalecer era el de la inmovilidad de esos frescos, aun cuando los bienes culturales muebles robados se encontraban en Suiza, el tribunal francés los calificó de inmuebles por destino. Esa calificación permitía una ubicación jurídica, aunque ficticia, de los frescos en el lugar inicial de su situación, o sea la capilla de donde provenían. La intención del tribunal de Montpellier era obvia y consistente en cuanto a la protección del patrimonio cultural francés.

La crítica que se ha hecho a esa decisión es que la calificación de un bien corporal cultural como mueble o inmueble debe resolverse mediante la regla *lex rei sitae*, que es la ley del lugar de la situación física del bien y no por la *lex fori*; en este precedente la tesis que debía prevalecer consistía en la movilidad del bien, sobre la tesis de la ficción sostenida para la corte francesa.⁵³

⁵⁰ Resolución de la Cour d'appel de Montpellier del 18 de diciembre de 1984, Recueil Dalloz Sirey, 1985, p. 208. Nota de Jean Maury.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Byrne-Sutton, Quentin, *op. cit.*, p. 143.

⁵³ *Ibidem*, p. 145.

D. *Consideraciones finales*

Para que una ley imperativa de esa nueva especie se aplique a los bienes culturales es necesario el pronunciamiento del interés público por una voluntad específica del Estado que creó precisamente esas normas imperativas.

La mera aplicación de las leyes imperativas no era lo suficientemente precisa, como tampoco lo eran los criterios generales que la regularían. De ahí que se considerara que la protección internacional de los bienes culturales y la seguridad de su comercio legítimo exigían la creación de una ley imperativa internacional especial. Este tipo de normas serían aplicables con independencia de la ley normalmente aplicable; su ejecución crearía una nueva base jurídica para la restitución de los bienes culturales al país de origen y obligaría al juez a calificar los diversos intereses en presencia, así como sus efectos relativos.

En virtud de que se trataba de una nueva especie de ley imperativa internacional, se deberían en primer lugar referenciar los criterios habitualmente exigidos por el DIP, según los cuales le pertenece al Estado del foro manifestar su voluntad de aplicar la ley imperativa; debería existir un vínculo entre ésta última y la situación considerada; y, finalmente, la ley imperativa internacional no debería ser contraria al orden público nacional.

En lo referente a ese último punto, se debería tener una noción más rigurosa del orden público internacional y no sólo del nacional. Más aún, para la protección de los bienes culturales debería tomarse en consideración el precepto enunciado en la ley federal suiza sobre el DIP, que prevé lo siguiente: "...hay que tomar en cuenta las intenciones de la ley imperativa y las consecuencias que tendría su aplicación para llegar a una decisión adecuada".⁵⁴

El argumento técnico que milita a favor de esta solución consiste en introducir un *point de rattachement* específico imperativo para la protección internacional de los bienes culturales que desarrolló la tesis que se contiene en el artículo 7o. de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.⁵⁵

⁵⁴ Artículo 19 de la Ley federal suiza del 18 de diciembre de 1987 sobre el derecho internacional privado que entró en vigor el 1 de enero de 1989.

⁵⁵ El artículo 7o. de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales a la letra dice: 1.- Lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure

Esa tendencia en la aplicación de la ley imperativa especial, vigente en el ámbito internacional, debería servir de criterio universal para determinar cuáles son los bienes culturales que están sujetos al régimen de *res commercium* y cuáles al de *res extra commercium*.

La propuesta de principio que conforme a las reglas del DIP postulaba un nuevo punto de contacto especial para el reconocimiento de la ley imperativa en el ámbito de la protección internacional de los bienes culturales que facilitaría su eventual restitución a sus países de origen fue vigorosamente defendida durante la elaboración de la Convención de UNIDROIT.

III. LA ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN DE UNIDROIT

El análisis de la Convención de UNIDROIT se iniciará con la determinación de su ámbito de aplicación; posteriormente se desarrollará sobre los dos grandes ejes que determinan esa estructura: la restitución de los bienes culturales robados y la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados.

1. *Su ámbito de aplicación*

En primer término debe determinarse el ámbito material de validez de esa Convención, el cual debe acotarse a controversias de carácter internacional, puesto que las de orden interno deben seguir siendo de la competencia soberana de cada Estado.

où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. 2.- Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. En este mismo sentido puede entenderse el artículo 34 de la Ley alemana del 27 de julio de 1986 sobre el derecho internacional privado, que prevé: La présente sous-section ne pourra porter atteinte à l'application des dispositions du droit allemand qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. Finalmente se da cuenta, por su importancia, del texto íntegro del artículo 19 de la Ley Federal Suiza sobre el DIP, que dispone lo siguiente: 1.- Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. 2.- Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit.

La Convención de 1970 es relativa al robo y a la exportación ilícita de bienes culturales en general. Las sesiones de trabajo dedicado a su elaboración estuvieron impregnadas de múltiples cuestionamientos por parte de los Estados miembros, que tenían sistemas de legalidad diferentes, e incluso contradictorios, con una orientación muy definida respecto a los sistemas de derechos privado e internacional privado. Algunos sistemas de legalidad protegían al adquirente de buena fe, en tanto que otros no admitían ningún título legítimo en el tráfico ilícito de bienes robados. Sin embargo, igualmente se podía constatar perfectamente que en la solución de la compraventa de bienes culturales corporales esa divergencia legal no hacía más que favorecer a los traficantes de bienes culturales, en detrimento tanto de los propietarios legítimos como de la protección del patrimonio cultural de los Estados.

Este problema, que le concernía estrictamente al derecho privado, no podía resolverse en el marco de la UNESCO, porque esa organización no tiene la vocación para desarrollar reglas uniformes que deban adoptar en su oportunidad los derechos nacionales. Fue así como, a principios de la década de los ochenta, en consideración a los trabajos realizados por UNIDROIT contenidos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la Adquisición de Buena Fe de Objetos Mobiliarios Corporales (conocida como la LUAB), la UNESCO le solicitó la realización de varios estudios que tuviesen como objeto la redacción de reglas uniformes en materia de protección de los bienes culturales.

La Convención de 1970, que es un instrumento de derecho público elaborado bajo los auspicios de la UNESCO, provocaba consecuencias de legalidad controversiales, en especial las que derivaban de su artículo 7-b. ii. Ese precepto, referente al robo y a la exportación ilícita de bienes culturales, y en particular a su restitución aun cuando se encontrasen en posesión de un adquirente de buena fe, no prevé ningún plazo para la presentación de la demanda de restitución, pero otorga una indemnización en favor del adquirente de buena fe.

Las consecuencias de su artículo 7-bii suscitaban obviamente una grave inquietud en los países de destino de los bienes culturales, entre otras razones porque alteraba las reglas de protección del adquirente de buena fe; esta es una de las razones más relevantes que motivaron los primeros trabajos de UNIDROIT.

Este organismo se propuso redactar normas de derecho uniforme que permitieran resolver el conflicto que opone a una persona desposeída de un bien cultural como secuela de un robo o de una importación ilícita, y que puede por lo tanto pretender la legitimidad de la recuperación, con una

persona que hubiese adquirido el mismo bien de buena fe *a non domino* e intentase hacer valer su derecho.

En materia de robo, el problema fundamental es precisamente el conflicto que opone a un individuo generalmente propietario de un bien cultural del que se ha visto desposeído, a un adquirente de buena fe *a non domino*. Este supuesto reviste una mayor complejidad cuando cada parte se encuentra en un país distinto; cada país tiene un sistema de legalidad propio en el que la protección del adquirente de buena fe está sujeta a criterios muy diversos.

El tema de la exportación ilícita de bienes culturales concierne a la transgresión de las reglas internas de los países de origen. También participan de esta complejidad las limitaciones territoriales de las leyes nacionales, el desconocimiento en los países de destino de las normas de la materia que rigen en los países de origen, y la enorme dificultad generada por la aplicación de leyes imperativas extranjeras en foros diferentes. La anterior enunciación no tiene otro propósito que dar una idea de la complejidad del problema.

Al concluirse los trabajos preliminares de UNIDROIT, la UNESCO rechazó la posibilidad de elaborar un nuevo instrumento internacional que tratase aspectos de derecho privado en la protección internacional de los bienes culturales.

Por su parte UNIDROIT estimó oportuno redactar reglas uniformes relativas a la protección internacional de los bienes culturales, y en junio de 1995, al término de una conferencia diplomática *ad hoc*, sus trabajos desembocaron en la aprobación de la Convención de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o ilícitamente exportados.

El derecho comparado recurre con frecuencia al método funcional, y es éste el que la Convención de UNIDROIT se propuso adoptar para su elaboración. En consecuencia, el primer paso fue identificar y analizar las funciones equivalentes presentes en los distintos sistemas de derecho y cuya finalidad era la protección de los bienes culturales.

El derecho comparado funcional debe hacer abstracción del dogmatismo nacional para converger hacia principios de protección internacional de los bienes culturales, y es desde esta óptica que se logró articular un nuevo sistema jurídico que se enfocara a las necesidades reales de la protección de los bienes culturales. Es asimismo la primera ocasión que una convención internacional trata simultáneamente materias de derecho privado y de derecho público en la solución de problemas relativos a ese tipo de protección.⁵⁶

⁵⁶ Reichelt, Gerte, “Die UNIDROIT-Konvention 1995 über gestohlene oder unerlaubt ausgeführte Kulturgüter- Grundzüge und Zielsetzungen”, *Neues Recht zum Schutz von Kulturgut. Internationales Kulturgüterschutz*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1997, p. 60.

Esta convención internacional es la síntesis de dos posturas radicalmente opuestas. En un extremo se encuentran los partidarios del libre comercio, quienes insisten en sus ventajas económicas y culturales y alegan que el comercio permite a todas las naciones acceder al patrimonio cultural de la humanidad, lo que alienta el diálogo entre las culturales nacionales. El diálogo cultural favorece a su vez el entendimiento entre las naciones, el cual es propicio para la paz.

En el otro extremo, favorable a una política restrictiva y al nacionalismo cultural, se hallan los que se interesan más bien en la conservación de los bienes culturales en el territorio de los países de origen y apoyan la restitución de los bienes culturales desplazados.

En cualquier evento no hace falta demostrar la existencia en el mercado internacional de una grave distorsión. El fenómeno de la globalización ocasiona la permeabilidad de las fronteras y el nacimiento de nuevos mercados, y suscita paralelamente la aparición de convenciones y acuerdos internacionales bilaterales, regionales y universales que procuran introducir reglas adecuadas para regular los mercados; pero si analizamos los resultados, éstos no resultan muy satisfactorios.

En la Convención de UNIDROIT podemos identificar varios principios, entre ellos el de la restitución calificada de los bienes culturales, el cual consiste en su restitución por parte de su poseedor actual, fuese este el último adquirente del bien, a efectos de restablecer el *statu quo ante*. En lo que atañe al principio de la prueba indirecta de la buena fe, está previsto como una condición previa al derecho de indemnización.

En la protección internacional de los bienes culturales el análisis del adquirente de buena fe *a non domino* es determinante. La experiencia de la LUAB de 1974 demostró que convenía reglamentar sólo las consecuencias de legalidad de la adquisición. Los criterios jurídicos empleados en esa época permitieron el reconocimiento indirecto de la buena fe del adquirente en el momento de la adquisición de bienes culturales, y es también a partir de entonces cuando se articula el derecho a la indemnización, pero solamente a quien pudiera acreditar que su conducta estuvo gobernada por la buena fe.

El principio general de la restitución prevé como condición previa del derecho a la indemnización que se actuó de buena fe, y el *onus probandi* de la buena fe incumbe al adquirente del bien. Esa obligación del adquirente de demostrar su buena fe consolida la protección internacional de los bienes culturales y provoca efectos preventivos.

La restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados debe ser entendida como una restitución calificada y, como tal, debe responder a criterios determinados. Esa restitución calificada implica una regla cultural de *point de rattachement* funcional. Sus antecedentes pueden ser identificados en dos de precedentes el de *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso*, a cargo de un tribunal de Turín⁵⁷ y uno resuelto en la última instancia jurisdiccional, el *Bürgerliches Gerichts Hof (BGH)* alemán.⁵⁸

En este último conviene tener presentes los hechos que originaron las controversias y sus elementos de análisis.⁵⁹ Una compañía nigeriana de exportación contrató con una compañía alemana el seguro de transporte hacia Alemania de tres cajas que contenían bienes culturales nigerianos de gran valor, entre ellos varias estatuas de bronce y máscaras africanas.

Esa exportación era ilícita, puesto que contrariaba la legislación de exportación nigeriana. Algunas de esas estatuas desaparecieron durante el trayecto, por lo que la compañía nigeriana reclamó a la aseguradora el pago de las indemnizaciones acordadas. El BGH estimó que las normas de derecho común alemán no podían aplicarse si al hacerlo se vulneraba el principio de protección del patrimonio cultural de los Estados. El beneficio del derecho común alemán quedaba excluido, ya que el marco de legalidad de la Convención de 1970 preveía un orden jurídico regulador del tráfico ilícito de los bienes culturales sustentado en las respectivas leyes de exportación de los Estados. En virtud de que el acto jurídico que motivó el contrato con la aseguradora transgredía la ley de exportación nigeriana de bienes culturales, el BGH declaró su invalidez y la consecuente improcedencia del pago del seguro.

El precedente *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso*,⁶⁰ el cual se ha analizado en párrafos anteriores, es similar. Como se ha dado cuenta aquí, entre 1972 y 1975 Danusso introdujo de manera ilegal a Italia piezas precolombinas de alto valor. Ecuador demandó su restitución en el lugar donde aquel los introdujo en forma igualmente ilícita. El tribunal de Turín obsequió la restitución de esos bienes a Ecuador con base en la transgresión de la legislación de ese país, que determina que ese tipo de bienes pertenecen al patrimonio cultural de Ecuador. Ambos casos evidenciaban la urgencia de establecer una norma cultural internacional de *point de rattachement*.

⁵⁷ Tribunale di Torino 25.3.1982, *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso e altri*, 18 *Rivista de Diritto internazionale privato e procesuale*. 1982.625.631.

⁵⁸ <https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGH/212-1972%2006%2022-U.pdf>.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Tribunale di Torino 25.3.1982, *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso e altri*, 18 *Rivista de Diritto internazionale privato e procesuale*. 1982.625.631.

La Convención de UNIDROIT prevé la restitución de los bienes culturales pero la somete a varios requisitos. Uno de los criterios exigidos atañe a la importancia que revista el bien para el Estado requirente, al cual le incumbe demostrarla. Esa norma cultural de *point de rattachement* representa uno de los grandes avances de la Convención de UNIDROIT.

A. *Determinación de su ámbito de aplicación*

El ámbito material de validez de la Convención de UNIDROIT se circunscribe a los bienes culturales; la expresión *bienes culturales* fue retenida porque desde la Convención de 1954 goza de una gran aceptación.

Desde su preámbulo la Convención de UNIDROIT expone su intención de proponer un cuerpo mínimo de normas a efecto de evitar que los traficantes puedan sacar provecho de las diferencias existentes entre los diversos sistemas jurídicos; enuncia sus objetivos, pero sobre todo sus límites, en materia de tráfico ilícito, e insiste en la necesidad de combatirlo.

El párrafo 5o. de su preámbulo, cuyo contenido desarrolla en el artículo 9o., alienta a los Estados a aplicar reglas más favorables a la restitución o a la devolución de los bienes culturales robados o ilícitamente exportados que las contenidas en la Convención, y por consiguiente reviste especial importancia. En efecto, este párrafo señala:

Destacando que la presente Convención tiene por objetivo facilitar la restitución y la devolución de los bienes culturales, y que el establecimiento en ciertos Estados de mecanismos como la indemnización, necesarios para garantizar la restitución o la devolución, no implica que esas medidas deberían ser adoptadas en otros Estados.

Aun cuando esa declaración sólo esté presente en el preámbulo, no se trata de ningún modo de una mera proclama de buenas intenciones. Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, el contenido del preámbulo tiene consecuencias jurídicas.⁶¹

⁶¹ El artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados a la letra dice: “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos”.

B. *La noción de bien cultural y su internacionalización*

El ámbito material de validez de la Convención de UNIDROIT se extiende a todas las controversias de carácter internacional que tuvieren como objeto la devolución de bienes culturales robados y la restitución de los ilícitamente exportados. El elemento de internacionalidad es una exigencia; para mencionar lo obvio: las reclamaciones internas quedan totalmente excluidas. Ante la ausencia de una definición precisa, incumbe a los tribunales de cada Estado-parte a la Convención determinar la extensión de la noción de controversia de carácter “internacional”.

La Convención comprende en primer término controversias internacionales que tengan como objeto la devolución de bienes culturales robados. El propósito de este análisis dista mucho de formular una definición de los bienes culturales robados; en la redacción de la Convención se hicieron valer numerosas razones para no incurrir en ese riesgo, entre otras la consistente en el hecho de que en los diversos sistemas de legalidad la noción de robo presenta grandes divergencias; se abstuvo asimismo de precisar cuál debía ser la jurisdicción competente para determinar la noción de robo. Lo relevante en realidad era darle expresión a la convicción unánime internacional de reprimir esa conducta ilícita, y fue esa misma convicción la que guió a los redactores de la Convención.

Resulta particularmente útil analizar cuál hubiese sido el resultado del precedente *Winkworth vs. Christie Manson and Woods Ltd.*,⁶² que ha sido objeto de análisis en párrafos anteriores, de haber sido resuelto dentro del marco de legalidad de la Convención, como se ha expuesto en líneas anteriores. En este precedente, los bienes culturales controvertidos fueron localizados en el Estado donde se perpetró el robo, Reino Unido, pero entre el momento del robo y el descubrimiento de las piezas, éstas habían cruzado las fronteras y sido objeto de una adquisición en Italia. Conforme a la regla conflictual tradicional, el juez inglés que conoció del caso decidió aplicar la ley italiana del lugar de la adquisición, que otorga una protección casi incondicional al adquirente de buena fe y en virtud de la cual se desechó la restitución.

Ahora bien, con el propósito de desalentar la deshonestidad de algunos comerciantes de arte que podrían intentar *lavar* bienes culturales al transitarlos por el territorio de Estados provistos de sistemas de legalidad alta-

⁶² <http://swarb.co.uk/winkworth-v-christie-manson-woods-ltd-chd-1980/>.

mente protectores del tercer adquirente de buena fe, como es el caso, entre otros, de Italia, prevaleció el criterio de que la Convención de UNIDROIT se aplicara aun en casos en que el tribunal que conociera de la controversia resultara ser el del lugar de la comisión del robo.⁶³ En esas condiciones, el precedente jurisdiccional referido hubiera sido resuelto de manera muy distinta y se hubiera sin duda obsequiado la devolución de los bienes culturales en controversia.

Respecto a la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados cuya sustracción ha transgredido una ley protectora del patrimonio cultural que regula la exportación de bienes culturales, el elemento de internacionalidad es obviamente indispensable; la restitución está acotada a bienes culturales que sólo pueden ser reivindicados por un Estado que sea parte en la Convención.

Esa regla que detallaremos más adelante representa uno de los grandes logros de la Convención, ya que postula el principio según el cual un Estado que *alberga* un bien cultural ilícitamente exportado procedente de otro Estado parte está obligado a restituirlo si se satisfacen las condiciones previstas por la Convención.

Una de las primeras dificultades que surgen en la redacción de una convención internacional radica sin duda en la delimitación de su ámbito material de validez, que se refiere a la definición de su objeto; y si se pretende redactar una convención relativa a la protección de los bienes culturales, se vuelve indispensable determinar lo que se entiende exactamente por bienes culturales, si no de manera general, por lo menos que satisfaga las necesidades de la aplicación de la convención internacional que intenta desarrollar este régimen especial.

La definición de *bien cultural* constituye por lo tanto uno de los ejes de la Convención. Se ha dado cuenta en este análisis de la enorme dificultad que implica elaborar una noción de bien cultural de carácter general y abstracto que sea satisfactoria en el ámbito internacional, para finalmente concluir que se trata ante todo de un juicio de valor.⁶⁴

Por sus elementos espacial y temporal, dicha noción es dinámica y depende de factores étnicos, materiales, sociológicos e históricos, así como de concepciones estéticas diversas que difícilmente constituyen elementos pro-

⁶³ Protz, Lyndel B., *Commentary on the UNIDROIT Convention on stolen and illegally exported cultural objects*, 1995, Londres, Institute of Art and Law, 1997, p. 22.

⁶⁴ Schneider, Marina, “Convention d’UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés: rapport explicatif”, *Revue de droit uniforme*, NS-vol., VI, 2001-3, Roma, Kluwer Law International, 2001, p. 497.

picios para una definición internacional. Esta es la razón por la cual se debe calificar al bien cultural de manera autónoma, conforme a las intenciones y fines de la propia Convención.

El criterio seleccionado por esta última es acumulativo: por una parte su artículo 2o. propone una definición general en la cual:

A los efectos de la presente Convención, por bienes culturales se entiende los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo al presente Convenio.

Por otra parte, los bienes culturales deben figurar en la lista anexa de la Convención, la cual establece categorías idénticas a las de la Convención de 1970 pero libera a cada Estado de la necesidad de elaborar una lista específica de sus bienes culturales. Esto multiplica las opciones de los Estados y propicia que ratifiquen la Convención de UNIDROIT, y amplía el ámbito material de protección de los bienes culturales.

Debe admitirse que un sistema como el de la Convención de 1970, que exige de cada Estado parte que designe sus bienes culturales, va en contra de la uniformidad anhelada por la Convención de UNIDROIT. Adicionalmente, como lo demostró la experiencia de la Convención de 1970, se crea una hegemonía cultural del Estado en la determinación del carácter cultural de los bienes; esta hegemonía puede ocasionar la exclusión de los bienes culturales pertenecientes a colecciones privadas y, con ello, cancelar un espacio de libertad cultural, además de dejar en real estado de indefensión a sus propietarios.

La Convención introduce un concepto novedoso: todos los bienes culturales robados están sujetos a devolución, en tanto que para la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados, aun cuando se benefician de la naturaleza de culturalidad, la restitución está acotada únicamente a los que revistan una importancia cultural significativa y cuya ausencia altera un interés particular del Estado requirente.

Conforme a este análisis se puede concluir que las categorías de bienes culturales enunciadas en las Convenciones de 1970 y de UNIDROIT son exactamente las mismas. Por lo que respecta a la Convención de 1954, la definición de bienes culturales reviste un carácter más general, pero presenta en sustancia igualmente los mismos fundamentos.

La Convención de 1970 se basa en una política de intervención de los Estados, y le pertenece a cada uno de ellos designar los bienes que considera culturales. Algunos países rechazan esa política *intervencionista* del Estado, y otros incluso llegan a demostrar una evidente reticencia cuando se trata de bienes culturales, pues consideran que la función del Estado es justamente la opuesta: garantizar la mayor libertad posible.⁶⁵ Los Estados que postulan esa filosofía y no designan a ningún objeto como bien cultural, o sólo a un número reducido, encuentran obviamente muy poco interés en la ratificación de la Convención de 1970. Los beneficios que pudieran obtener de ello tanto el Estado como sus nacionales serían menores.

La Convención de UNIDROIT depende en gran medida de la motivación privada y su definición de los bienes culturales no hace más que ilustrar esa idea. En efecto, no existe ninguna provisión que exija que sean los Estados los que designen sus bienes culturales como tales para que encuentren un espacio en el ámbito material de aplicación de la Convención. De hecho, para que unos bienes culturales robados en museos privados, edificios religiosos, colecciones privadas o provenientes de comunidades autóctonas o tribales se encuentren en ese ámbito, no es menester que hayan sido *registrados* o *designados* como bienes culturales.

2. *La restitución de los bienes culturales robados*

Los bienes culturales robados se encuentran en el centro del conflicto que opone al propietario desposeído con el adquirente de buena fe a título oneroso, conflicto cuya solución se revela de una gran complejidad debido al *point de rattachement* de la regla *lex rei sitae* y a la enorme diversidad de criterios a que se encuentra sujeta la noción de la adquisición de buena fe.

A fin de permitir un combate eficaz en contra del tráfico ilícito de bienes culturales, la Convención formula un postulado de principio: “El poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo”.

Ese principio, que determina el primado de la *lex originis* y postula la protección del propietario desposeído, no considera ni el dominio público o privado del bien cultural en cuestión, la buena o mala fe del adquirente a título oneroso, la ubicación del bien, ni el domicilio del propietario desposeído. Hace asimismo abstracción del lugar del robo y le es irre-

⁶⁵ Merryman, John Henry, *Thinking about the Elgin Marbles*, La Hague, Kluwer Law International Ltd, 2000, p. 99.

levante si el Estado requirente es parte o no en la Convención. Esa noción no privilegia ningún sistema de legalidad; se limita a introducir un cuerpo mínimo de reglas con el fin de combatir eficazmente el tráfico ilícito.

La Convención de 1954 obliga al Estado parte a impedir la exportación de los bienes culturales del territorio ocupado y a pagar una indemnización a los adquirentes de buena fe de dichos bienes en caso de que se vieran obligados a restituirlos.

Por su parte, la Convención de 1970 dispone que el Estado requirente deba pagar una indemnización al adquirente de buena fe o a cualquier persona que demuestre tener derechos sobre los bienes en cuestión.

El análisis de la restitución de los bienes culturales robados exige una breve exposición de esa noción (*apartado A*), la cual permitirá percibir mejor sus efectos (*apartado B*).

A. Su noción

La adopción del principio que plantea que “el poseedor de un bien cultural robado debe restituirlo” conlleva cambios significativos en numerosas legislaciones pertenecientes a los sistemas continental y del *common law*⁶⁶ y se opone al adagio francés *En fait des meubles, la possession vaut titre* (“En materia de bienes muebles, la posesión tiene valor de título”).

Algunas legislaciones disponen que si el adquirente de buena fe adquirió un bien robado en una subasta o con un comerciante de arte, tiene derecho a una compensación por parte del propietario desposeído en contraprestación de la restitución.

El artículo 3o. de la Convención de UNIDROIT cambia sustancialmente esa regla; el cambio se inicia con la formulación de la LUAB de 1974, cuya finalidad era instaurar un equilibrio entre los intereses del propietario desposeído y los del adquirente de buena fe, quien no podría invocar su buena fe cuando la adquisición versara sobre bienes culturales robados.

Ese conflicto de intereses está también articulado con concepciones jurídicas que difieren según se trate del sistema del *common law*, en donde impera el *favorii dominus*,⁶⁷ a diferencia del sistema continental, que privilegia el *favorii commercium*.⁶⁸

⁶⁶ Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 28.

⁶⁷ Carducci, Guido, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art. Droit commun, Directive CEE, Conventions de l'UNESCO et d'UNIDROIT*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 1997, París, p. 12.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 16.

La connotación de la unicidad de los bienes culturales y la imposibilidad de compensar en dinero el valor estimado de esos bienes fueron factores determinantes en la adopción de esa regla. Además debe admitirse que el postulado que sostiene el sistema continental, consistente en reconocer expresamente las reglas protectoras del tercer adquirente de buena fe como indispensables para la seguridad del comercio, en materia de bienes culturales favorece indiscutiblemente el comercio ilícito.⁶⁹

La adopción de ese principio no pretende sin embargo cambiar de manera radical las reglas de protección del tercer adquirente de buena fe. Su intención y alcance son mucho más modestos y se limitan a la redacción de un número restringido de reglas uniformes que permitirían frenar el tráfico ilícito.

El término *posesión* debe entenderse *lato sensu* y es probablemente el más neutral para referenciar nociones como *detentación*, *posesión física* y *propiedad*, y en última instancia le pertenecerá a la jurisdicción nacional interesada determinar su extensión. En ausencia de criterios provenientes de la Convención, le incumbirá igualmente decidir a la jurisdicción la persona a quien pretenda reintegrar el bien cultural.

En el interés de México estuvo el lograr que en la noción de bienes culturales robados se incluyeran los bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas, o lícitas pero cuyos objetos fueron ilícitamente retenidos, ya que con ello se aseguraría su devolución; la posición mexicana empero fue y ha sido fuertemente controvertida.

La finalidad perseguida es que el Estado de origen, en la especie México, pueda utilizar su legislación interna en el foro del Estado de destino, lo que la literatura estadounidense⁷⁰ equiparó irónicamente al libramiento de *un cheque en blanco*. En efecto, el país de origen puede, conforme a su concepto de dominio público, apropiarse todos los objetos arqueológicos que se encuentran en su territorio y cuya existencia incluso ignora o que hayan sido objeto de un registro. En este caso, la pertenencia *ex lege* de esos bienes al Estado de origen hará que en territorio estadounidense sean considerados como objetos robados y, por ende, sujetos a la penalidad prevista por la U.S. Stolen Property Act.

Este planteamiento consiste en determinar si, conforme al apartado 2o. del artículo 3o. de la Convención de UNIDROIT, únicamente los bienes arqueológicos provenientes de excavaciones entran en su ámbito material de validez. Esta interrogante suscitó respuestas diversas: una de

⁶⁹ Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ Merryman, John Henry, *op. cit.*, p. 173.

ellas consiste en acotar la noción a los bienes arqueológicos provenientes de excavaciones ilícitas o de excavaciones lícitas, pero que han sido ilícitamente retenidos, puesto que la mayoría de los problemas resultan de excavaciones ilícitas. Una segunda posibilidad consistiría en satisfacer las demandas específicas de asociaciones de arqueólogos o aun de arqueólogos eminentes individuales.

La literatura estadounidense afirmó también que la mención de los bienes arqueológicos contenida en el apartado 2o. del artículo 3o. de la Convención de UNIDROIT era totalmente inútil, ya que el apartado 3o. de su artículo 5o. prevé ya la restitución de un objeto ilícitamente exportado cuando dicha exportación perjudica la conservación material del bien, de su contexto o de la información de naturaleza científica o histórica, entre otras, inherente a él.

Si bien se trata de un argumento valioso, omite puntualizar que el poseedor de bienes culturales robados debe necesariamente reintegrarlos y que la concepción de la buena fe del adquirente difiere según se trate de bienes culturales robados o ilícitamente exportados; los regímenes de legalidad de unos y otros son sustancialmente diferentes conforme al texto de esta convención, por lo que, lejos de ser inútil, la mención específica de bienes arqueológicos en el régimen legal de los bienes culturales robados refuerza la intención básica de la Convención de preservar la cultura y hacer que prevalezca el *interés cultural* al posibilitar la restitución automática de esos bienes.⁷¹

En efecto, la Convención de UNIDROIT refiere a los bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas, o lícitas pero ilícitamente retenidos, y los considera robados si aquello es compatible con el derecho del Estado en donde se efectuaron las excavaciones. Uno de los mayores problemas del tráfico ilícito del arte proviene precisamente del tráfico ilegal de bienes culturales procedentes de excavaciones ilícitas.

El problema remonta a la Convención de 1970, que únicamente aludía a la devolución de bienes culturales robados de un museo o de una institución del mismo orden. Los bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas, o lícitas pero ilícitamente retenidos, lógicamente no podían ser inventariados y permanecían en consecuencia fuera del ámbito de aplicación de esa Convención.

El problema radicaba por lo tanto en la dificultad del Estado de origen para comprobar la identidad del bien, puesto que no había tenido la posibilidad de identificarlo y, consecuentemente, menos de inventariarlo antes

⁷¹ *Ibidem*, p. 274.

de su introducción en el mercado del arte, de tal suerte que se hubiera dispuesto del bien arqueológico de procedencia ilícita. Este problema se agrava cuando se considera que la remoción de un bien cultural provoca una ruptura del bien arqueológico con su contexto.

La Declaración de Berlín del 27 de julio de 1988, formulada con motivo del Decimotercer Congreso de Arqueología Clásica, mencionó los daños ocasionados por las excavaciones ilícitas. En virtud de que el contexto del bien provee informaciones históricas inestimables, se expresó el deseo de garantizar la protección de los bienes culturales *in situ* hasta que las excavaciones hubieran sido realizadas de manera científica y se hubiera acopiado la mayor cantidad posible de información.

Las excavaciones ilícitas implican que el objeto arqueológico y el lugar donde se encuentra fueron violentados y semejante acto imposibilita su análisis científico. Este último depende de la estratigrafía exacta, el descubrimiento del objeto en su contexto preciso, la compilación de informaciones científicas *in situ* y el estudio meticuloso de todo el universo de datos mediante la tecnología más avanzada como el carbono 14, la espectrografía, el análisis de las partículas del suelo, la arqueobotánica y la arqueobiología.

El contexto histórico y geográfico de los descubrimientos representa la fuente más importante a la vez y es el único testimonio auténtico que permite la reconstrucción e identificación histórica.⁷²

La incipiente literatura en la materia ha considerado que los bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas podrían ser reivindicados conforme a la prueba de la identidad del bien cultural o aun a la de la transgresión de la ley de exportación protectora del patrimonio cultural.⁷³ En este último caso, la ausencia de una autorización de exportación hace las veces de prueba. En consecuencia, la procedencia de una acción judicial relativa a la restitución o devolución de bienes culturales provenientes de excavaciones ilícitas o retenidos ilícitamente dependerá de la prueba proporcionada.

Por supuesto, el derecho del propietario está firmemente acreditado, ya que el Estado de origen es el propietario *ex lege* de los bienes culturales; le compete por lo tanto al Estado probar el origen del bien, así como la fecha de su descubrimiento.

Finalmente, para determinar la comisión de un robo, la regla de conflicto adoptada por la Convención es la del lugar donde se efectuaron las excavaciones.

⁷² Krinzinger, Friedrich, *op. cit.*, p. 54.

⁷³ *Ibidem.* p. 34.

B. *Sus efectos*

La regla *nemo dat quod non habet* es la que proporciona una mayor protección al propietario desposeído; sin embargo, para que ésta fuera aceptada por la comunidad internacional era preciso delimitar cuidadosamente su alcance. Los ejes en torno de los cuales se desarrollan sus límites son, por una parte, el mecanismo de la protección, y por otra el derecho de indemnización del adquirente de buena fe a título oneroso.

El principio general que gobierna el mecanismo de la prescripción en la Convención de UNIDROIT consiste en fijar dos plazos: uno de tres años desde que el demandante descubre el lugar en donde se encuentra el bien cultural robado y se entera de la identidad del poseedor, y otro absoluto de 50 años a partir de la fecha en que el bien cultural robado debió ser restituido.

Ambos plazos se aplican a cualquier clase de personas, físicas o jurídicas, y en su caso a Estados. Ese mecanismo de prescripción contrasta con las disposiciones de las leyes nacionales de la mayoría de los países de origen donde esos bienes están sujetos al régimen de la *res extra commercium*, cuyos efectos consiguientes son convertirlos en imprescriptibles e inalienables. Pero en el ámbito internacional, y ello habría que puntualizarlo, los dos efectos son inaceptables.

Los sistemas jurídicos europeos o de influencia europea han sostenido en el transcurso del tiempo como profesión de fe la prescripción. Postulan que ese mecanismo de legalidad es indispensable para la seguridad de las transacciones; en otra forma se vulnerarían seriamente las transacciones comerciales, que podrían ser controversiales en un futuro.

De igual manera esta convicción sostiene que en tanto más transcurra el tiempo, mayor será la dificultad para comprobar el título de la transacción originaria. En efecto resulta esperable que con el paso del tiempo los documentos comprobatorios lleguen a extraviarse y que los testigos pudieran desaparecer, entre otros eventos.

La ausencia de la prescripción, pues, generaría gran incertidumbre, así como graves injusticias en el marco de una acción de reivindicación en que el tribunal sólo pudiese contar con escasos y cada vez más debilitados elementos de convicción.⁷⁴

A fin de que el poseedor actual pueda hacer valer en su beneficio del mecanismo de la prescripción para validar su título en contra del propieta-

⁷⁴ Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 32.

rio desposeído, habrá que determinar la fecha en que este último se informó del lugar donde se encontraba el bien considerado, así como la identidad de su poseedor. Ambos elementos no deberán considerarse de manera aislada sino acumulativa.

Esa solución propuesta por la Convención de UNIDROIT protege indubitablemente los intereses del propietario desposeído, ya que si sólo se hubiera considerado el conocimiento de la identidad del poseedor, éste, al enterarse de que el propietario desposeído estaría intentando una acción en su contra, podría ocultar el bien cultural en controversia.

Es por lo tanto importante para los intereses del propietario desposeído que el poseedor introdujera nuevamente el bien cultural en el mercado, y no sería sino a partir de ese momento cuando el período de prescripción empezaría a transcurrir.

El propietario desposeído de un bien cultural deberá obviamente agotar todos los medios a su alcance para recuperar su bien, pero difícilmente se le puede exigir que actúe cuando el bien no circula en el mercado y por lo tanto exigirle que conozca adicionalmente su ubicación. Eso explica por qué el periodo de prescripción en contra del propietario desposeído sólo puede empezar a transcurrir cuando se hayan reunido en forma acumulativa esos dos elementos de composición.⁷⁵

Por lo que se refiere a los plazos, en este análisis se concluyó que son de dos clases: El primero el plazo relativo, de tres años y cuyos componentes son acumulativos, tiende a favorecer los intereses del propietario requirente, mientras que el segundo, el plazo absoluto, conduce a la total extinción de los derechos del propietario desposeído e introduce un elemento fundamental de certidumbre en el mercado internacional del arte, puesto que evita que una posesión de larga duración pueda estar sujeta a controversia.

A un nivel internacional ese mecanismo contrasta igualmente con los mecanismos adoptados por la Declaración de Londres de 1943 sobre la restitución de los bienes culturales robados durante la ocupación nazi, y por la Convención de 1954, en los que no se prevé ningún plazo, lo que permite suponer la incorporación de la noción de imprescriptibilidad.⁷⁶

En virtud de que constituyen el punto neurálgico del patrimonio cultural de cada Estado, los bienes culturales relevantes están sujetos a un régimen específico. En las legislaciones internas se hallan por lo regular sujetos al régimen de *res extra commercium*; y frecuentemente son propiedad *ex lege*

⁷⁵ Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 509.

⁷⁶ Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 33.

del Estado y forman parte de colecciones públicas o pertenecen a sitios o monumentos arqueológicos. Los principales efectos del régimen de *res extra commercium* son la imprescriptibilidad y la inalienabilidad.

La Convención de UNIDROIT consideró esos elementos, que están contenidos en las legislaciones internas de los países de origen, y excluye el plazo absoluto cuando se trata de ese tipo particular de bienes culturales. Sólo fija un plazo relativo para la demanda de restitución, la cual debe efectuarse en un lapso de tres años desde el momento en que el demandante toma conocimiento del lugar donde se encuentra el bien cultural robado y conoce la identidad de su poseedor.

Esa identificación de la ubicación del bien cultural y de su poseedor se refiere a bienes, sitios o monumentos arqueológicos, y no a los bienes culturales que revistan una importancia cultural particular.

La ausencia de un plazo absoluto es relativa porque, cuando un Estado ratifique la Convención, puede declarar que una acción prescribe en un plazo de 75 años o de otro más extenso previsto en su derecho. Por razones de consistencia y de seriedad elementales, un Estado que hizo semejante declaración no puede en lo sucesivo hacer valer en su beneficio la exclusión de un plazo absoluto; ello carece adicionalmente de interés en calidad de Estado requirente de un bien cultural.

Los efectos de la restitución de los bienes culturales robados se concentran principalmente en la colección pública (la colección pública), en la relación existente entre el derecho a la indemnización y en el concepto anglosajón de la *due diligence* o diligencia requerida (el derecho a la indemnización y la *due diligence*), y para concluir, en el problema complejo de la determinación del *quantum* de la indemnización (el *quantum* de la indemnización).

a. La colección pública

La exclusión de un plazo absoluto para los bienes de gran importancia cultural es de tal trascendencia que la Convención de UNIDROIT incorporó en su articulado una definición precisa de colección pública a la que esos bienes debían sujetarse; de otra forma esa Convención sería inaceptable para la comunidad internacional y se hubiese provocado su rechazo automático.

La noción de colección pública es propia de la Convención; se trata de un concepto autónomo, independiente de otras definiciones presentes en convenciones o instrumentos internacionales y en las legislaciones internas

de los países de origen. Por lo tanto, la noción de colección privada debe ser interpretada en el contexto de la Convención, a efectos de evitar una hipertrofia del concepto que podría introducir elementos de incertidumbre en el comercio internacional del arte.

El primer elemento integrador de la colección pública lo constituye la identificación; cualquier sistema de identificación es aceptable. La doctrina incipiente en la materia⁷⁷ estimó que el inventario estimula la cooperación cultural internacional y favorece otras medidas de protección de los bienes culturales.

El segundo elemento definitorio de la colección pública es la calidad del propietario.⁷⁸ Es el Estado de origen, a diferentes niveles, el que debe administrar la colección pública. La publicidad de la colección se extiende a las de propiedad privada, cuya importancia pública está generalmente aceptada. Los beneficios del régimen de colección pública se extienden a los bienes culturales que revisten una importancia colectiva, ya sea que pertenezcan o sean empleados directamente por pueblos indígenas, comunidades autóctonas o tribales, o que se considera que la permanencia de esos bienes culturales *in situ* resulte indispensable para la supervivencia cultural de esos pueblos o comunidades.

La Organización de las Naciones Unidas no ha adoptado a la fecha ninguna definición oficial de *pueblos indígenas*, pero el concepto ha quedado en alguna forma precisado en un reporte ordenado por las mismas Naciones Unidas.⁷⁹ Éste plantea que las comunidades, naciones o pueblos indígenas son aquellos que por su continuidad histórica deben ser considerados diferentes de los otros sectores de la sociedad, aun cuando coinciden en el mismo territorio o en parte de ese territorio; constituyen sectores no predominantes en una sociedad, pero están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones su territorio ancestral y su identidad étnica por medio de una existencia conforme a sus modelos culturales y a los sistemas de legalidad e instituciones sociales que le son propios. Las comunidades tribales son las que “incluyen grupos que no se pueden asimilar a la categoría anterior pero que son organizados de manera tribal”.⁸⁰ El artículo 1o. de la Convención 169 de 1989 relativa a los pueblos indígenas

⁷⁷ Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 513.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Cfr.* Martínez Cobo, José, Relator especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas, “Study of the problem of discrimination against indigenous populations”. Reporte oficial. Documento de las Naciones Unidas. E/CN.4/Sub.2/1994/2.

⁸⁰ *Cfr.* Prott, Lyndel B., *op. cit.*, pp. 111 y 140.

y tribales de la Organización Internacional del Trabajo,⁸¹ de la que México es parte, hace especial mención de ellos.

b. El derecho a la indemnización y la due diligence

El principio de la restitución a la que el adquirente de buena fe *a non domino* se ve sometido se compensa por la asignación del derecho a ser indemnizado. Las legislaciones internas desarrollan mecanismos de protección a favor del adquirente de buena fe *a non domino* a fin de favorecer la certeza en el comercio, y la aplicación de la regla *favorii commercium* fortalece todos los atributos del derecho de propiedad.

Aunque de alcance modesto, la introducción del principio en la protección del patrimonio cultural que dispone que *el poseedor de un bien robado debe restituirlo* conlleva cambios sustanciales en los sistemas de legalidad; es el derecho a la indemnización el que permitirá la aceptación de este principio por la comunidad internacional. Es obvio que el propietario desposeído, en muchos casos el Estado de origen, se resiste a aceptar tener que indemnizar a un tercero por un bien que estima le pertenece; más aún cuando en la práctica el monto de esas indemnizaciones suele resultar generalmente exorbitante.

La Convención de UNIDROIT previó por lo tanto dos mecanismos que permiten limitar ese derecho a la indemnización.

En el primero, el Estado de origen puede recurrir al párrafo 1o. del artículo 9o., el cual dispone que: “La presente Convención no impide a un Estado contratante aplicar otras normas más favorables para la restitución

⁸¹ El artículo 1o. de la Convención número 169 de 1989 relativa a los pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo preceptúa que: “1. La presente Convención se aplica: a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones de la presente Convención. 3. La utilización del término [pueblos] en esta Convención no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Esta Convención fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de enero de 1991.

o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, distintas de las que se estipulan en la presente Convención”.

El segundo mecanismo consiste en subordinar el derecho al pago de la indemnización a dos formalidades esenciales, que son que el poseedor: “...no supiere o hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado y que pudiere demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición...”.

La redactora del reporte explicativo de la Convención de UNIDROIT concluyó que “el poseedor debe acreditar que ignoraba que el bien hubiese sido robado y que su ignorancia no podía serle imputada a su negligencia”.⁸²

El derecho a la indemnización tiene por lo tanto otro efecto, pero éste de orden negativo: la posibilidad de perder ese derecho. Semejante eventualidad podría inducir a los adquirentes potenciales a abstenerse de comprar bienes culturales en ausencia de una información suficiente, lo que podría desalentar el robo de los mismos. En la actualidad los comerciantes, los coleccionistas de obras de artes y los organizadores de subastas no están obligados a revelar el nombre de los vendedores a través de los cuales adquirieron los bienes; los adquirentes tampoco están constreñidos de informarse al respecto. Con la Convención de UNIDROIT esa práctica tendería a desterrarse.

El adquirente tiene el *onus probandi*, que consiste en demostrar que actuó con *due diligence* (diligencia requerida), ya que es en torno a su conducta donde gravita la verdadera protección del patrimonio cultural, y no en las disposiciones relativas al propietario desposeído. En efecto, la *due diligence* por parte del poseedor en el momento de la adquisición es más severa que la que se exige al propietario desposeído en la búsqueda del objeto y la identificación de su poseedor.

Lejos de significar una inconsistencia, esto refleja la intención deliberada de reforzar de manera original el combate contra el tráfico ilícito de los bienes culturales. Existe en efecto una diferencia sustancial entre la calificación de la conducta del adquirente de buena fe y la del propietario desposeído.

En lo que atañe al primero, si desea preservar su derecho a la indemnización deberá comprobar que en el momento de la adquisición no sabía o no podía razonablemente saber que el bien cultural era robado y que además actuó con *due diligence*.

Para el propietario desposeído, el plazo de prescripción de la demanda de restitución de bienes culturales robados empieza a partir del momento en que identifica tanto la ubicación en que se encuentra el bien como la identidad

⁸² Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 517.

de su poseedor. Esa evaluación de la conducta del propietario desposeído es también válida para un Estado contratante que reclama la restitución de un bien ilícitamente exportado. La demanda de restitución debe presentarse en un plazo de tres años desde que el Estado requirente localiza el bien e identifica a su poseedor.

La percepción que el juez tenga de las conductas de cada parte debe ser necesariamente matizada. La diferencia entre el rigor al cual se somete la conducta del poseedor y la del propietario desposeído, en tratándose de bienes culturales robados o ilícitamente exportados, es más que evidente; ese factor refuerza aún la primera afirmación, de que el combate contra el tráfico se concentra principalmente en la persona del adquirente.

El adquirente de buena fe no sólo tiene que comprobar que no sabía que el bien cultural objeto de su transacción era robado, sino también que no podía razonablemente saberlo. Sin embargo, la Convención de UNIDROIT libera al adquirente de la necesidad de comprobar su buena fe y sustituye esa formalidad por la práctica anglosajona de la *due diligence* (diligencia debida).

Este mecanismo tiene un significado muy preciso, sobre todo en la práctica anglosajona, de la que proviene la expresión *due diligence*. La Convención de UNIDROIT, para evitar remitir al derecho nacional, dispone de una definición específica, lo que sugiere la autonomía de este mecanismo, que se aleja de las definiciones nacionales e internacionales hasta ahora conocidas y al cual se le debe interpretar dentro del ámbito y el contexto de la Convención.⁸³

La *due diligence* es la diligencia que se le exige al adquirente de buena fe. La Convención es lo suficientemente explícita sobre los puntos que la distinguen de la noción anglosajona de *due diligence* reconocida por el sistema del *common law*.⁸⁴

Esos puntos distintivos resumen en gran parte la práctica jurisdiccional de la mayoría de los países en materia de bienes robados, sean o no culturales. Los elementos novedosos atañen a las obligaciones de los eventuales adquirentes de consultar cualquier registro o agenda nacional razonablemente accesible. La *due diligence* del adquirente de buena fe debe entenderse con arreglo a las formalidades requeridas por la Convención, que consisten en la disponibilidad de información relativa al bien cultu-

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem.*

ral que se pretende obtener, y no como la *due diligence lato sensu*, que plantea cómo prevenir la adquisición de un bien robado.⁸⁵

El apartado 4o. del artículo 4o. advierte:

Para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida, se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la calidad de las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de cualquier registro relativo a los bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquier otra información y documentación pertinente que hubiese podido razonablemente obtener, así como la consulta de organismos a los que podía tener acceso o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias.

Esta disposición tiene efectos generales e insiste en el marco legal en el que el juez tiene que evaluar la *due diligence*. Entre todos los elementos enunciados a tal efecto, el que se refiere a la *calidad de las partes* es probablemente el más relevante.

En las subastas públicas, la presencia de expertos da a los compradores potenciales una gran confianza respecto de la autenticidad de los objetos expuestos. Ahora bien, la experiencia de los especialistas que realizan peritajes de bienes culturales para las casas de subasta se extiende al conocimiento del origen de los bienes y al análisis previo del título del vendedor. El más elemental sentido común lleva por lo tanto a suponer que las casas de subasta están en posición de garantizar a sus clientes no sólo la autenticidad del bien que pretenden adquirir, sino también de asegurarles que no estarán expuestos a controversias legales ulteriores. La *due diligence* no se limita a la consulta por el adquirente de un catálogo razonablemente accesible y relativo a un artista en especial; esa diligencia por sí sola no bastaría para probar la *due diligence* requerida por la Convención.⁸⁶

Contribuye de manera sustantiva al análisis si se examina la nueva noción de *due diligence* introducida por la Convención de UNIDROIT en casos concretos; para ello resulta conveniente recurrir a algunos precedentes de juicios substanciados en Suiza, país cuya legislación se ha significado por proteger muy particularmente al tercer adquirente de buena fe, incluso al que es a *non domino* y poder concluir cuál sería el sentido de la resolución en caso de que hubiera tenido como referencia de legalidad la Convención de UNIDROIT.

⁸⁵ Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 46.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 48.

Entre las más famosas controversias relacionadas con el comercio del arte en ese país este análisis recurre al precedente que implicó a Theodor Fischer, alumno de Paul Cassirer, conocido propietario de galerías suizas. Karl Haberstock, asesor de adquisición de bienes culturales de Adolfo Hitler y miembro del Partido Nacional socialista desde 1933, trabajó también con Paul Cassirer y fue uno de los principales socios de Theodor Fischer en la década de los años treinta.⁸⁷

Con el propósito de reunir fondos para el régimen nazi, Fischer y Haberstock organizaron en Suiza la venta de obras de arte provenientes de museos alemanes.⁸⁸ Ahora bien, las liquidaciones *forzadas* de colecciones pertenecientes a judíos, entre otras las de Emma Budge, de Hamburgo, y de Paul Rosenberg,⁸⁹ uno de los grandes comerciantes de arte de París y especialista en pintura impresionista, son de los casos más célebres.

Nadie en el mercado internacional del arte en la época ignoraba que los nazis aplicaban su ideología hasta en ese ámbito y que sólo consideraban como artísticamente valiosas las manifestaciones que servían para glorificar al *Führer*, al pueblo y a la nación alemanes; 16,500 obras procedentes de diversos museos alemanes no pudieron satisfacer esos criterios, y en marzo de 1938 fueron retiradas de esos recintos al ser consideradas como *entartete Kunst* (arte decadente).⁹⁰

En marzo de 1939, 4,829 de esas piezas fueron lamentablemente incineradas y un buen número de las que se salvaron de la destrucción se enviaron al extranjero. Algunas fueron vendidas a precios irrisorios y otras aparecieron en el mercado del arte después de la guerra.⁹¹

Fischer mantenía relaciones estrechas con los nazis, en particular con Walter Andreas Hofer, director de la colección de obras de arte del ministro nazi Hermann Göring, y es precisamente por su conducto que se realizó la subasta de un gran número de cuadros en la ciudad suiza de Lucerna, que durante la segunda guerra mundial se había convertido en uno de los principales centros de venta de arte extranjero.

⁸⁷ Aparte de los actos de pillaje, se estima que unos 70 millones de Reichsmarks fueron invertidos en la compra de bienes culturales. En Buomberger, Thomas, *Raubkunst Kunstraub. Die Schweiz und der Handel mit gestohlenen Kulturgütern zur des Zweiten Weltkriegs*, Zurich, Orell Fussli Verlag, 1998, p. 33.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁹ Paul Rosenberg escondió cien pinturas en un castillo en Floriac (Gironde, Francia) y otras 162 en Libourne (Gironde, Francia), en el Banco Nacional para el Comercio y la Industria, pero fueron posteriormente “confiscadas” por el ejército alemán.

⁹⁰ Buomberger, Thomas, *op. cit.*, p. 54.

⁹¹ La ley que ordenaba que se retiraran ciertas obras de arte de los museos alemanes se publicó el 31 de marzo de 1938.

En enero de 1943, los aliados formularon la Declaración de Londres para la restitución de los bienes culturales, y en la resolución de Bretton Woods de julio de 1944 se decidió recurrir a la recién creada Organización de las Naciones Unidas para que elaboraran una legislación relativa a la devolución de la propiedad robada en los territorios ocupados durante la Segunda Guerra Mundial. Los países llamados neutrales en el conflicto, Suiza entre ellos, fueron especialmente *invitados* a adoptar esa legislación.

Suiza se resistió a ello y a formar tribunales especiales para llevar casos relativos a los bienes culturales robados; alegaba que las disposiciones del artículo 934 de su Código civil eran suficientes.⁹² Pero, como lo expresó el ministro inglés de economía, conforme a la legislación vigente en Suiza numerosos terceros adquirentes se considerarían de buena fe, y en consecuencia los antiguos propietarios no tendrían posibilidad alguna de recuperar sus bienes culturales.⁹³

La presión de los aliados no se relajó y, el 10 de diciembre de 1945, Suiza se vio obligada a ceder: adoptó *l'arrêté relatif aux actions en revendication de biens enlevés dans les territoires occupés pendant la guerre* dictado por el *Conseil Fédéral* suizo del 10 de diciembre de 1945, legislación que quedaría vigente durante dos años.⁹⁴

⁹² El artículo 934 del Código Civil suizo establece: 1. Le possesseur auquel une chose mobilière a été volé ou qui l'a perdue, ou qui s'en trouve dessaisi de quelque autre manière sans sa volonté, peut la revendiquer pendant cinq ans. 2. Lorsque la chose a été acquise dans des enchères publiques, dans un marché ou d'un marchand d'objets de même espèce, elle ne peut plus être revendiquée ni contre le premier acquéreur ni contre un autre acquéreur de bonne foi, si ce n'est pas à la condition de lui rembourser le prix qu'il a payé. 3. La restitution est soumise d'ailleurs aux règles concernant les droits du possesseur de bonne foi.

⁹³ Buomberger, Thomas, *op. cit.*, p. 202.

⁹⁴ Este decreto, conocido en lengua alemana como *Bundesratbeschluss betreffend die Klagen auf Rückgabe in Kriegssbesetzten Gebieten weggenommener Vermögenswerte*, dice: Art. 1: Wer in einem kriegsbesetzten Gebiet in völkerrechtswidriger Weise beraubt oder durch Gewalt, Beschlagnahme Requisition oder andere ähnliche Handlungen seitens der militärischen oder zivilen Organe oder der bewaffneten Streitkräfte einer Besatzungsmacht um Besitz oder Eigentum von beweglichen Sachen oder Wertpapieren gebracht worden ist, kann vom gegenwärtigen gut-oder bösgläubigen Besitzer deren Rückgabe...verlangen, wenn sie sich in der Schweiz befinden» Artikel 2 stipuliert, dass der gutgläubige Erwerber das Recht hat, den Kaufpreis vom Veräusserer zurüchzuverlangen. Falls allerdings der bösgläubige Veräusserer zahlungsunfähig ist oder in der Schweiz nicht belangt werden kann —so Artikel 4o.— hat der Richter die Möglichkeit, dem gutgläubigen Erwerber für den Ausfall auf Kosten der Eidgenossenschaft eine billige Entschädigung auszusprechen. Citado en *Ibidem*, p. 105.

La demanda de Paul Rosenberg implicaba a Fischer, Trüssel, Bührlé, Coninx, Miedel, Mermod y Dubied, pero solamente se pudo emplazar a Fischer, Coninx y Dubied, *Ibidem*, p. 116.

No hace falta mucha imaginación para aventurar que esa legislación fue objeto de una gran controversia en Suiza, donde se llegó a declarar que *el derecho de la crisis se había convertido en una crisis del derecho*.

El primero de los juicios llevados en el marco de esa legislación, el caso Rosenberg *vs.* Fischer *et al.*, fue sin duda el más importante. Se trataba de una demanda de restitución de Paul Rosenberg relativa a 37 pinturas muy valiosas.⁹⁵ La decisión le fue favorable y el tribunal ordenó a los adquirentes de buena fe de esos bienes culturales que los restituyeran.

Entre los argumentos que Fischer hizo valer para su defensa, uno atañía al hecho de que las confiscaciones alemanas habían sido efectuadas conforme a un protocolo secreto anexo al armisticio firmado entre Francia y Alemania, y en consecuencia aquellas no transgredían el derecho internacional.

La única prueba de la existencia del referido protocolo secreto radicaba en los testimonios de los ex oficiales alemanes Kurt von Beht, representante en París del *Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg*, de Bruno Lohse y de un colaboracionista francés llamado Lefranc. Esos testimonios fueron rechazados debido a su falta de credibilidad. Además, Fischer no pudo comprobar que instancias administrativas francesas hubieran participado en la pretendida confiscación por parte de las autoridades alemanas; requisito indispensable para la procedencia de la confiscación, ni que ésta hubiera respondido a un estado de necesidad militar.⁹⁶

El análisis que propuso la corte establecía con suficiente claridad que en el momento de la adquisición de las pinturas, la confiscación de la propiedad judía realizada por el régimen nazi no se conocía y que, por lo tanto, no se podía acusar a Fischer de haberla ignorado. Sin embargo, y aun antes de la Segunda Guerra Mundial, era público y notorio que los dirigentes del partido nazi consideraban que los pintores impresionistas simbolizaban la degeneración del arte, además de que la repentina aparición en el mercado negro de la pintura impresionista debió alertar a Fischer cuando realizó su adquisición a través del director de la colección del mariscal nazi Hermann Göring.

Conforme a la legislación suiza, el adquirente de buena fe goza de una protección generosa. El artículo 3o. del Código Civil suizo preceptúa: “La bonne foi est présumée lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les

⁹⁵ Al inicio de la guerra Paul Rosenberg cerró su Galería y transfirió cien pinturas de grandes maestros impresionistas al castillo de Floria, y 162 pinturas al Banque Nationale pour le Comerce et L'industrie. *Ibidem*, p. 42.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 116.

effets d'un droit. Nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettent d'exiger de lui".

La aprobación de la ley específica sobre la devolución de la propiedad robada le permitía a aquel adquirente de buena fe que fuese judicialmente obligado a restituir el bien cultural adquirido, a reclamar una indemnización al Estado suizo ante la posibilidad de obtenerla de la persona que le enajenó el bien.

En el caso de Fischer, la Confederación Helvética le otorgó una indemnización equivalente a la tercera parte del valor de los cuadros, cantidad que le permitió indemnizar a su vez al adquirente que le cedió las pinturas. Aun así, la Confederación Helvética demostró gran generosidad e indulgencia, puesto que omitió considerar que Fischer había mantenido importantes relaciones comerciales con el régimen nazi, por lo que difícilmente podía ignorar el origen ilegítimo de los bienes comercializados en Suiza.⁹⁷

Es claro que conforme a la noción de *due diligence* introducida por la Convención de UNIDROIT, Suiza hubiera podido ahorrarse el costo legal implicado por la promulgación de una legislación de excepción, y el contribuyente suizo el pago respectivo.

Por otra parte, el precio pagado constituye otro de los elementos fundamentales que permiten evaluar la conducta del adquirente de buena fe. Así, en el precedente *Desportes Still-life*, un tribunal suizo ordenó la devolución a Francia de una pintura robada, aun cuando el adquirente intentó hacer valer que su adquisición se efectuara de buena fe. El tribunal suizo determinó que aquel, una persona versada en arte, no sólo no consideró las circunstancias en las que el cuadro se introdujo a Suiza y su autenticidad, sino que lo obtuvo a un precio notablemente inferior a su valor en el mercado.⁹⁸

Existe hoy un conjunto de reglas importantes cuya uniformidad y mayor sistematización son objeto de la atención de la UNESCO. Uno de los registros accesibles a un adquirente diligente es el IFAR-Art Loss Register, sin considerar, bajo la égida de la UNESCO, el proyecto Object ID, que se dedica a uniformizar los diferentes registros. Este proyecto, presentado en Ámsterdam en mayo de 1977 durante una reunión patrocinada por el Getty Information Institute y que reunía, entre otros, a coleccionistas, comerciantes de arte y aseguradoras, fue acogido muy fa-

⁹⁷ *Ibidem*, p. 49.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 50.

vorablemente y sometido ya a la aprobación de la UNESCO, del ICOM y de la Interpol.⁹⁹ Esta última instancia ha sido especialmente eficaz en su implementación.

Por último, en lo referente a la consulta por parte del poseedor de cualquier registro razonablemente accesible relativo a los bienes culturales robados, hay un sinnúmero de catálogos y revistas científicas que el eventual adquirente puede consultar a su satisfacción. El Museo Guimet de París —*exempli gratia* que contiene numerosos bienes culturales provenientes de Asia— posee un duplicado del catálogo del Museo de Kabul y de la Escuela francesa del Lejano Oriente, que elaboró a su vez un catálogo para el Centro de Conservación de *Angkor Wat*, en Camboya.¹⁰⁰

Existe adicionalmente una serie de instrumentos internacionales que propician una mejor evaluación de la conducta de las casas de subasta y de los comerciantes de arte, entre otros el Código Internacional de Ética para Marchantes de Bienes Culturales, que data del año 2000 y se elabora bajo los auspicios de la UNESCO, o aun *les codes of due diligence*, elaborados en Reino Unido por el *Council for the prevention of art theft*. En materia de registro los comerciantes están también obligados a recurrir a la Organización Internacional de la Policía Criminal (*OIPC-Interpol*).¹⁰¹

Sin embargo, de acuerdo a la Convención de UNIDROIT, la consulta de un registro no constituye por sí sola *due diligence*; es plenamente conocido que una gran parte de los bienes culturales provienen de zonas paupérrimas que no poseen ningún registro de sus bienes y que por falta de medios distan mucho de poder levantar un inventario.

En realidad los elementos de evaluación de la *due diligence* enunciados no son más que puntos de referencia que los tribunales deberán tener en cuenta y no son *per se* determinantes.¹⁰² Ese nuevo marco jurídico exige nuevos comportamientos tanto de los adquirentes como de las casas de subasta o los comerciantes de arte y refleja un fuerte impulso internacional en el combate contra el tráfico ilícito de los bienes culturales. La jurisprudencia de los tribunales dará en el futuro inmediato una mejor perspectiva de la extensión y profundidad de ese nuevo marco conceptual.

⁹⁹ Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 521.

c. El *quantum* de la indemnización

El adquirente tiene derecho a una indemnización *justa y equitativa*. Los parámetros que la determinan son deliberadamente ambiguos y remiten al criterio jurisdiccional, como lo hacía la Convención de 1970 en su artículo 7-b.ii que se ha debatido en este análisis.

Se percibe fácilmente la enorme dificultad de fijar el monto de la indemnización, ya sea sobre la base del precio pagado o de acuerdo con el valor comercial del bien considerado. Durante la octava sesión del Comité Intergubernamental de la UNESCO, el gobierno italiano propuso constituir un fondo destinado a tal efecto, proyecto que aún se encuentra en estudio.¹⁰³

Pertenecerá por ende a la jurisprudencia de los tribunales determinar la extensión del derecho a la indemnización y si los gastos relacionados con el mantenimiento, los costos legales, el transporte y los seguros deben incluirse en el monto de la indemnización. Al respecto es pertinente hacer notar que en la actualidad las prácticas jurisdiccionales internacionales varían. El presente análisis, por lo tanto, no puede obviar dos precedentes importantes: *Webb vs. A-G for Ireland* y *Northern Kwakiutl Thunderbird Headdress*.¹⁰⁴

En el primer caso, instruido en 1988 por un juez de la Corte Suprema de Irlanda, éste tomó en cuenta los gastos de conservación cubiertos por el museo y que contribuyeron notablemente a aumentar el valor de los tesoros del siglo IX que albergó.¹⁰⁵

En el segundo,¹⁰⁶ un comerciante de arte que poseía legalmente un penacho de plumas de la cultura Kwakiutl¹⁰⁷ solicitó autorización al gobierno de Canadá para exportarlo, y en el ínterin de la respuesta realizó gastos cuantiosos para restaurar la pieza. Finalmente, el gobierno canadiense se negó a otorgar el permiso de exportación, pero los gastos de restauración habían elevado el precio del objeto a tal grado que ningún museo podría

¹⁰³ Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁴ Véase en *Webb v A-G for Ireland* (1988) *Irish Law Reports Monthly*. 565.

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Instalados en el noroeste de Canadá (isla de Vancouver y costa adyacente), los indios kwakiutles vivían de la pesca, la caza, la recolección y el comercio con grupos vecinos. Su sociedad y religión eran complejas y practicaban el *potlach*, intercambio de donaciones rituales entre grupos aliados. Excelentes escultores de madera, realizaban máscaras “transformables” que podían dejar aparecer dos o tres rostros al abrirse y cerrarse, y que se usaban durante las ceremonias. Una decena de grupos kwakiutles viven actualmente de la industria del salmón en Columbia Británica. En *Le Petit Robert des Noms Propres*.

adquirirlo. El caso trascendió en Canadá, pues se llegó incluso a cuestionar la integridad del objeto restaurado.¹⁰⁸

Ese rechazo a la exportación generó una pérdida patrimonial en el poseedor del bien cultural porque, por un lado, no le era permitido ofertarlo en el mercado internacional del arte, en donde pretendía venderlo a un justo precio, y, por otro, el incremento del precio por los gastos de restauración era demasiado elevado para que los museos canadienses, que carecían de recursos, pudieran adquirirlo.

Ante tal situación, el poseedor presentó una demanda con el objeto de percibir una indemnización que pudiera compensar su pérdida patrimonial; la determinación del *quantum* de la indemnización planteó un verdadero dilema: ¿Qué criterio debía prevalecer? ¿El del valor intrínseco del objeto, su valor en el mercado nacional o su valor en el mercado internacional? Y, por último, ¿procedía tener en cuenta los gastos derivados de su restauración?

En principio, el pago de la indemnización debe efectuarse en el momento de la restitución, pero esto no impide que las partes puedan convenir otra forma de pago; en el precedente Shiva Nataraja, es emblemático. En 1956 una estatua del Lord Shiva, conocido como Sivapuram Nataraja, fue removida de un templo hinduista para restaurarlo. Esta estatua fue robada y exportada ilícitamente de la India con documentos apócrifos. Posteriormente fue adquirida por la Fundación Norton Simon en Nueva York. El Gobierno de la India demandó a esta Fundación; en un acuerdo extrajudicial se permitió al coleccionista norteamericano que estaba en posesión de la estatua exponerla durante diez años antes de restituirla a la India.¹⁰⁹ Esta transacción bien podría apuntar a una fórmula de compromiso para el propietario desposeído que se ve obligado a pagar por lo que considera suyo.

Se podría considerar que en el momento del pago y en el de la restitución existen dos víctimas en presencia: el propietario desposeído y el tercer adquirente de buena fe, y es precisamente en este momento cuando conviene conciliar sus intereses contradictorios. El propietario desposeído debe pagar una indemnización por un acto ilícito cometido por otro, y el adquirente, obligado a restituir un bien que estima suyo, tiene derecho a exigir el pago de una indemnización, el cual será efectuado por una persona que no es el vendedor, cuando es a éste a quien debería incumbir esa responsabilidad.

¹⁰⁸ Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 28.

El derecho de indemnización del adquirente se fundamenta en una regla subsidiaria que atribuye al poseedor de buena fe el derecho de reclamar el pago de dicha indemnización a la persona que le transmitió el bien y cuya identidad sólo él conoce, o a cualquier otro cedente anterior.

Este principio subsidiario no altera de ningún modo los intereses del adquirente de buena fe; su derecho a la indemnización permanece incólume y únicamente se le pide que realice esfuerzos razonables; con ello se pretende obtener una posibilidad, aun cuando sea remota, para descubrir la identidad del traficante de bienes culturales.

La obligación que le incumbe al poseedor de realizar estos esfuerzos razonables es sin embargo relativa, ya que los traficantes tienden a ocultarse rápidamente, pero bien podría actuar como un medio disuasivo y alentar a los coleccionistas a convenir de preferencia con comerciantes de arte serios.

Ese principio subsidiario coincide con la directiva europea que sostiene que no es necesariamente el demandante al que deba sufragar la indemnización debida al adquirente de buena fe; esta obligación de pago resulta si el adquirente no logró identificar a otras fuentes.¹¹⁰

Para el derecho a la indemnización el elemento determinante es por lo tanto el concepto *due diligence*, que tiene un significado preciso en el sistema del *common law* pero al cual la Convención de UNIDROIT atribuye criterios enunciativos determinados que permitirán al juez evaluar la conducta del adquirente de buena fe y lo inducirán a considerar una noción específica de la *due diligence*, con independencia de los criterios de la noción tradicional sajona de la *due diligence*.

Los criterios enunciados específicos de la Convención son diversos y ninguno es *per se* determinante. En los derechos internos los términos *buena fe*, *justo*, *equitativo*, *buen padre de familia* y, en el caso que nos ocupa, *due diligence*, entre otros, tienen significados a la vez precisos y variados, lo que obstaculiza la uniformidad deseada.

d. Las liberalidades

La Convención de UNIDROIT es muy clara respecto a los causahabientes a título gratuito del poseedor: la transmisión a título gratuito, sea por legado, donación o cualquier otra forma de liberalidad, no puede subsanar un vicio de origen. Los argumentos en los que se fundamenta la protección del tercer adquirente de buena fe (*favorii commercium*) sólo tienen sentido en

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 432.

presencia del factor de la onerosidad, el cual es inherente al comercio. Las liberalidades y adquisiciones *mortis causa* no se explican en este contexto y se hallan sujetas a un régimen general. Se percibe empero fácilmente que los intereses del adquirente de buena fe a título gratuito no pueden prevalecer sobre los del propietario desposeído.

Este debate sería estéril si no se atendiese la práctica de los museos de estimular las daciones en pago o bien las donaciones con fines fiscales o de prestigio social. La directiva europea va en el mismo sentido que la Convención de UNIDROIT y se esfuerza en advertir a los museos acerca de la contingencia de aceptar donaciones de antigüedades no documentadas, a riesgo de adquirir piezas de dudoso origen y verse expuestos a controversias legales y eventuales restituciones.¹¹¹

3. *La restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados*

La restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados difiere en sustancia de la de los bienes culturales robados. En efecto, existe un principio universalmente aceptado que propugna que el robo debe ser reprimido; sin embargo, no participa de la misma premisa para los bienes culturales ilícitamente exportados, que por definición fueron sustraídos de países cuyas legislaciones relativas a la exportación de los bienes culturales fueron promulgadas con el propósito de proteger sus respectivos patrimonios culturales, pero que fueron transgredidas.

Las legislaciones mencionadas se han multiplicado porque se estima que representan un instrumento importante en la lucha contra el tráfico ilícito y en la prevención de las excavaciones clandestinas; pero, por otro lado, han sido objeto de severas críticas, pues se consideró que son la expresión de un *nacionalismo cultural exacerbado*. Basta mencionar aquí la famosa frase del jurista suizo Vernet, quien exclamaba: “el nacionalismo cultural me provoca alergia”.

Estos últimos años han presenciado un movimiento que tiende a promulgar normativas enfocadas a reprimir esas conductas ilícitas, lo que conduce al debate de determinar hasta qué punto, y conforme a las reglas conflictuales del Estado del foro, puede ser aplicada la ley imperativa extranjera. Se debe asimismo considerar que, a falta de obligaciones interna-

¹¹¹ Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 51.

cionales específicas, “...la exportación de un bien cultural del territorio de un Estado en transgresión de las normas de protección de este Estado debe considerarse como un acto ilícito en los territorios de otros Estados...”.¹¹²

Los inicios de esa concepción en el seno del derecho internacional privado pueden ser identificados en la resolución tomada por el Instituto de Derecho Internacional durante la sesión celebrada en Wiesbaden, Alemania, en 1975, en donde éste se pronunció en contra del principio tradicional de la inaplicabilidad del derecho público extranjero, al considerar que dicho principio no disponía de un fundamento válido e impedía cualquier tipo de cooperación internacional.

Posteriormente esa nueva tendencia fue expresada en el artículo 7o. de la Convención de la Comunidad Económica Europea de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y en el artículo 19 de la ley suiza de derecho internacional privado.

La Convención de UNIDROIT representa un esfuerzo más para intentar conciliar dos posiciones cuyas bases ideológicas son diametralmente opuestas: el libre comercio de los bienes culturales y el nacionalismo cultural. La Convención abrió una nueva perspectiva, propuesta por el profesor estadounidense John Merryman durante la sesión de trabajo *ad hoc* organizada por UNIDROIT, que consiste en limitar la devolución únicamente a los bienes culturales ilícitamente exportados y cuya pérdida afectase seriamente el patrimonio cultural del Estado de origen.¹¹³

Esa idea prevaleció en el preámbulo de la Convención de UNIDROIT, el cual prevé que: “Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante, que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente”.

Es la transgresión de la ley de exportación la que fundamenta la demanda de restitución, por lo que, conforme a la Convención de UNIDROIT, sólo el Estado contratante está legitimado para incoar la demanda. El Estado actuará por su propia cuenta o por la de un particular cuando éste hubiera sido víctima del robo de un bien cultural posteriormente exportado de manera ilícita.

Existe por consiguiente una marcada diferencia conceptual entre el régimen legal de los bienes culturales robados, en el cual el propietario despojado goza del derecho de reivindicar la restitución, y el relativo de los bie-

¹¹² Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 525.

¹¹³ Merryman, John Henry, *op. cit.*, p. 275.

nes culturales ilícitamente exportados, donde únicamente el Estado parte de la Convención puede incoar una acción de restitución.

Entre otros motivos, esa distinción obedece a que un particular puede exportar ilícitamente *motu proprio* un bien cultural de su propiedad, lo que provocará necesariamente una controversia entre él y el Estado parte.

La transgresión de una ley de exportación de bienes culturales protectora del patrimonio cultural es de orden público y, consecuentemente, los intereses del Estado son los primeros en ser vulnerados, con independencia de la adscripción de propiedad del bien cultural en controversia, que puede ser público o privado.

Existen diversas maneras de entablar un procedimiento de restitución de un bien cultural; puede fundamentarse en los términos del capítulo II de la Convención, alusivo a los bienes culturales robados; en el capítulo III relativo a los bienes culturales ilícitamente exportados, o conforme a los dos capítulos mencionados.

El particular residente del Estado de origen tiene por lo tanto múltiples posibilidades y no se le priva de ningún derecho. Aun así, sería deseable que los particulares pudieran *per se* incoar una acción en jurisdicciones extranjeras por transgresión a las leyes de exportación de sus países de origen.¹¹⁴

El análisis de la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados estará precedido de un examen de su noción (*apartado A*) que permitirá determinar sus efectos (*apartado B*).

A. *Su noción*

Los bienes culturales ilícitamente exportados se definen como los bienes: “desplazados del territorio de un Estado contratante en infracción de su derecho que regula la exportación de bienes culturales con miras a la protección de su patrimonio cultural”.

En consecuencia, un Estado que no hubiere velado por la protección de su patrimonio cultural mediante la promulgación de una legislación específica en materia de exportación no puede pretender tener una mejor protección en el marco de la Convención de UNIDROIT. En efecto, la acción de protección de la Convención no puede ir más allá de las medidas de protec-

¹¹⁴ Prott, Lyndel B. y O’Keefe, Patrick J., “National legal control of illicit traffic cultural property”, p. 107, en UNESCO Doc CLT/83/WS/16, París, UNESCO Publishing, 1983, pp. 1-141, disponible en: <https://law.uq.edu.au/profile/1251/lyndel-prott>.

ción que el Estado de origen hubiera juzgado oportuno implementar con el propósito de proteger su patrimonio cultural.

Resta aún por ser definido el tribunal o la autoridad competente que deba restituir el bien cultural; la Convención de UNIDROIT en este aspecto es omisa. Así como la Convención de 1954 no prevé ningún procedimiento para articular las controversias contenidas en su texto, tal omisión pudiera llevar a pensar que las instancias gubernamentales constituyen la vía idónea para hacerse cargo de ello. En cuanto a la Convención de 1970, ésta previene que las controversias deben promoverse a través de las instancias diplomáticas.

La Convención de UNIDROIT permite al Estado requirente incoar su demanda de restitución ante los tribunales u otras autoridades competentes, lo que multiplica las posibilidades de aquel puesto que puede dirigirse a instancias de los Estados requeridos, que son *formalmente* administrativas pero *materialmente* jurisdiccionales y en las cuales se concentran las soluciones de controversias por transgredir las leyes de exportación de países extranjeros, como es el caso del sistema de aduanas estadounidense.

Es preciso no soslayar que muchos países susceptibles de ratificar la Convención de UNIDROIT ya son parte en la Convención de 1970, misma que se fundamenta en instancias administrativas no jurisdiccionales, a diferencia de la Convención de UNIDROIT. Es el Estado el que, en el momento de ratificar esta Convención, indicará la jurisdicción competente ante la cual deban ser desahogadas las controversias; regla que introduce un elemento de certeza para la comunidad internacional.

Los efectos del régimen de la exportación ilícita de bienes culturales se hacen extensivos a los que salen del territorio de un Estado con fines específicos, entre otras de exposición, investigación o restauración. Es evidente que la partida de esos bienes culturales, los cuales deben ser salvaguardados —acto que obedece a propósitos específicos muy loables—, tiene que ser cuidadosamente reglamentada.

Las exhibiciones y el estudio de los bienes culturales favorecen la cooperación internacional, así como el diálogo entre las sociedades, pero es claro que cuando un bien cultural temporalmente exportado con fines específicos no se restituye a su territorio, se incurre en una transgresión flagrante de la voluntad del Estado de origen. Esto tiene como consecuencia el debilitamiento de la cooperación internacional y disuade al Estado de origen de participar en exposiciones, entre otras cosas por el temor de no recuperar sus bienes culturales y de que su patrimonio cultural sufra un daño sensible.

En este orden el precedente *Stoutkine v. Le Centre national d'art et de culture Georges Pompidou, le Musée de l'Hermitage de Saint-Petersbourg, le Musée Pouchkine de Moscou et la Fédération de Russie*,¹¹⁵ aporta elementos de análisis invaluable. Los hechos que dieron origen a este caso se resumen como sigue:

En los inicios de la Revolución de Octubre, el Estado soviético confiscó un conjunto de pinturas al señor Pouchkine y las remitió posteriormente a París para su exhibición. La hija del propietario desposeído presentó una demanda de restitución ante los tribunales franceses y el entonces Estado soviético hizo valer su inmunidad diplomática. La demanda fue rechazada con base en el principio internacional de los actos soberanos del Estado. Este precedente coadyuva en forma significativa a la certeza jurídica a la que aspira toda exhibición de bienes culturales y con ello hace posible el estudio de las culturas.

El Estado requirente debe tener conciencia de que la pérdida de un bien cultural altera de manera significativa uno o varios de los intereses que mencionaremos más adelante. El término *establecer* es una fórmula de compromiso entre *la noción de restitución automática* y *la noción de comprobación*; pretende indicar que el tribunal debe estar convencido de que el bien cultural controvertido satisface una o varias de las condiciones requeridas por el artículo 5o. de la Convención de UNIDROIT y que el tribunal esté adicionalmente facultado para fundarse en otros elementos de convicción.

Por un lado, durante la Conferencia Diplomática de junio de 1995 celebrada en Roma, en la que se aprobó la Convención del UNIDROIT, los Estados de destino de bienes culturales ilícitamente exportados externaron su preocupación frente a la posibilidad de dar un efecto automático a la restitución, lo cual implicaría una práctica general que los obligaría a aplicar de manera sistemática las leyes extranjeras relativas a la exportación ilícita de los bienes culturales; pero, por otro lado, en la práctica, el *onus probandi* significaba una fuente de problemas para los Estados de origen, conllevaba la imposibilidad de recuperar sus bienes.

La prudencia exigía por lo tanto que se ponderase la diferencia existente entre la aplicación efectiva del derecho público extranjero y el solo hecho de considerarla. El término *establecer* traduce esta última noción y supone un equilibrio entre la noción de restitución automática del bien cultural requerido y la noción de exigencia de prueba indubitable de que uno de los intereses del Estado requirente ha sido vulnerado. Ese

¹¹⁵ Tribunal de gran instancia, primera sección, París, 16 de junio de 1963. En Protz, Lyndel B, *op. cit.*, p. 35.

término pretende conciliar la protección del patrimonio cultural a través de la solidaridad internacional y la aplicación sistemática¹¹⁶ del derecho público extranjero.¹¹⁷

El equilibrio consiste en crear un sistema general de protección limitado a ciertas categorías de bienes culturales que se caracterizan por su naturaleza o por la importancia cultural que revisten para el Estado requirente. Éste debe proveer al tribunal o a la autoridad competente de todos los elementos de convicción que puedan permitir la apreciación de los daños que sufrió debido a la exportación ilícita de los bienes culturales requeridos.¹¹⁸

Los intereses vulnerados (*numerus clausus*) que la Convención considera para ordenar la devolución de un bien cultural a un Estado requirente atañen en primer lugar a la conservación material del bien y de su contexto, y se refieren entre otros a los sitios o monumentos arqueológicos.

La integridad de un bien cultural de alta complejidad puede ser amenazada entre otras cosas por el desmantelamiento de grandes conjuntos de monumentos, la decapitación de esculturas, la dispersión de frescos o aun por la división de trípticos.¹¹⁹

El interés considerado es el referente a la conservación de la información, que puede ser de naturaleza científica o histórica, entre otras. Se alude aquí a los daños experimentados por el contexto del bien requerido, el cual se ve *amputado* de los elementos susceptibles de dar informaciones como las enunciadas; es el caso de las estelas mayas sustraídas violentamente de su contexto.

El último interés considerado es el concerniente al uso tradicional o ritual del bien cultural por una comunidad autóctona o tribal, y se refiere a la protección de comunidades tradicionales cuyas prácticas están relacionadas con los bienes culturales requeridos, con independencia de que se encuentren o no físicamente situados en la comunidad.

Finalmente el apartado 3o. del artículo 5o. tiene un valor de *clausula generalis*. El principio es muy claro: todo bien cultural que revista una importancia significativa para el Estado requirente tiene que serle restituido. Para definir la importancia del bien, el criterio judicial es determinante, aunque hay muchos más que, por su misma diversidad, son

¹¹⁶ Schneider, Marina, *op. cit.* p., 59.

¹¹⁷ Lalive D'Épinay, Pierre, "Une avancée de droit international: la Convention de Rome d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés", *Revue de droit uniforme*, Roma, UNIDROIT, 1996, p. 53.

¹¹⁸ Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 529.

¹¹⁹ *Idem*.

ambiguos. Se pueden mencionar, entre otros, la calidad estética del bien, su importancia para el estudio del arte, su valor histórico o científico o incluso su rareza.¹²⁰

El efecto de esa *clausula generalis* excluye la hipótesis de la infracción a intereses específicos como los descritos en el apartado 3o. del artículo 5o. de la Convención, y sólo considera la importancia *per se* del bien cultural requerido. La literatura especializada¹²¹ ha tratado de enfatizar sin embargo que la *importancia cultural significativa* mencionada en el artículo 2o. de la Convención de UNIDROIT es una noción más restrictiva que la de la *importancia cultural* contenida en este artículo 5o.; pero debe admitirse que conforme a esta interpretación carecería de sentido desarrollar diversas alternativas en las que se tomase en cuenta la afectación de uno o varios de los intereses del Estado requirente si una *clausula generalis* permitiese que, en ausencia de la alteración de esos intereses, el tribunal o cualquier otra autoridad competente pudiese dar curso a la demanda de restitución de un bien cultural ilícitamente exportado.

Será finalmente la jurisprudencia la que determinará el alcance de la frase “...o que el bien reviste para él una importancia cultural significativa...” a la que recurre el artículo 5o. de la Convención de UNIDROIT.

Es pertinente asimismo considerar¹²² que si un bien participa del carácter de culturalidad previsto en el artículo 2o. de la Convención, eso no lo hace necesariamente viable para su restitución, ya que aquella se limita a proteger los bienes culturales que revisten una importancia cultural significativa o cuya ausencia vulnere a uno o varios de los intereses antes expuestos.

Algunos autores¹²³ han sugerido que el mero hecho de que el Estado requirente entable un procedimiento tan costoso con el fin de solicitar la restitución de un bien cultural constituye *per se* una prueba, inequívoca y concluyente, de su *importancia significativa*.

El Estado debe acompañar a su solicitud de restitución toda información de hecho o de derecho que permita al tribunal o a la autoridad competente del Estado requerido determinar si los requerimientos precitados han sido satisfechos.

Entre los documentos que el Estado requirente debe presentar figura el texto de la legislación que se encontraba vigente en materia de exportación de bienes culturales que protege su patrimonio al momento de la exportación ili-

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *Idem.*

¹²² *Ibidem*, p. 533.

¹²³ *Ibidem*, p. 529.

cita, así como dictámenes de especialistas, que pueden ser nacionales tanto del Estado requirente como del Estado requerido, o aun de otro Estado.

La presentación de esos documentos no constituye una exigencia para la admisibilidad de la demanda; su función se acota exclusivamente a proveer de todos los elementos de convicción al tribunal, que podrá solicitar otros documentos que en su criterio sean necesarios para fundamentar su decisión.¹²⁴

B. *Sus efectos*

Los efectos que se identifican más fácilmente en la restitución de los objetos ilícitamente exportados son la prescripción (la prescripción), el derecho a la indemnización (el derecho a la indemnización) y el vínculo entre el certificado de exportación y la buena fe (el certificado de exportación y la buena fe). Conviene adicionalmente mencionar la práctica jurisdiccional (la práctica jurisdiccional) y la eventualidad de la restitución voluntaria (la devolución voluntaria), sin olvidar el efecto de la retroactividad (la retroactividad), la cual merece una mención especial debido a su carácter altamente polémico.

a. La prescripción

Dentro del régimen de los bienes culturales ilícitamente exportados el mecanismo de la prescripción es semejante al que se prevé en el régimen de los bienes culturales robados, salvo en un aspecto: para los primeros, la Convención sólo fijó un plazo absoluto, el mismo que el que atañe al régimen general, y descartó la posibilidad de un plazo relativo.¹²⁵

Existe una simetría entre los plazos de prescripción de los bienes culturales ilícitamente exportados y los previstos para los bienes culturales robados. La Convención de UNIDROIT adopta el mismo razonamiento y considera que la demanda debe motivarse en función del acopio de pruebas y de la duración del plazo. Sin embargo, es de observarse que, en el caso de los bienes culturales robados, la Convención propone plazos que difieren según las características de los bienes culturales, en tanto que los bienes culturales ilícitamente exportados únicamente están sujetos a un régimen general de prescripción.¹²⁶

¹²⁴ *Ibidem* p. 533.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 535.

El presente análisis no puede soslayar que estos últimos sólo se encuentran sujetos a un plazo absoluto que corresponde al régimen general de la prescripción. La consecuencia es que los bienes culturales pertenecientes a colecciones públicas que hayan sido objeto de una exportación ilícita no se benefician del plazo relativo previsto por el régimen especial de prescripción, y pudiera pensarse que la Convención desfavorece los bienes robados que forman parte de colecciones públicas. Pero asimismo podría considerarse que la exportación ilícita de un bien cultural integrante de una colección pública implica necesariamente su robo previo.¹²⁷

b. El derecho a la indemnización

El derecho a la indemnización se atribuye también al poseedor de un bien ilícitamente exportado y está sujeto al hecho de que en el momento de la adquisición el poseedor de un bien cultural ignore o no pueda razonablemente saber que el bien en controversia ha sido ilícitamente exportado.

Al igual que para los bienes culturales robados, el momento del pago de la indemnización debe coincidir con el de la devolución del bien. Existe sin embargo una diferencia de sustancia en la manera en que el tribunal o la autoridad competente tendrán que evaluar la conducta del poseedor, según se trate de bienes culturales robados o de bienes culturales ilícitamente exportados.¹²⁸

Para los bienes culturales robados, el tribunal deberá tomar en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, entre ellas la calidad de las partes, el precio pagado, el hecho de que el adquirente haya consultado todos los registros de bienes culturales razonablemente accesibles o cualquier otra documentación también razonablemente accesible, que haya contactado con agencias o tomado incluso las precauciones que toda persona sensata hubiese tomado en semejante caso.

Existe una diferencia sustantiva en lo que respecta a los bienes culturales ilícitamente exportados; el tribunal o la autoridad competente sólo considerará las circunstancias en las que se efectuó la adquisición, entre las cuales y, dado el caso, está la ausencia del permiso de exportación exigido por la ley del Estado requirente.

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ *Idem.*

Este análisis llega a la siguiente conclusión: el adquirente de buena fe tendrá que demostrar una diligencia diferente en el caso de adquisición de bienes culturales robados que en el de bienes culturales ilícitamente exportados.

No se hace mención alguna de la *due diligence* del adquirente, pero los términos que expresan que el adquirente *supo* o *hubiese razonablemente debido saber* que el bien cultural que adquiriría era ilícitamente exportado, podrían sugerir un paralelismo entre los bienes culturales robados y los bienes culturales ilícitamente exportados en lo que respecta a la *due diligence*, y el tribunal pudiera ponderar esa circunstancia.¹²⁹

Esta interpretación está muy lejos de contar con la aprobación de muchos autores; parte de la literatura reciente sostiene que la omisión de la noción de *due diligence* debe interpretarse como una mayor libertad en la apreciación de la conducta del poseedor de bienes culturales ilícitamente exportados.¹³⁰ Se puede constatar el mismo fenómeno con el *onus probandi*: dado que la Convención no lo menciona, le pertenecerá al Estado requirente probar que en el momento de la adquisición el poseedor *supo* o *debió razonablemente saber* que el bien había sido ilícitamente exportado;¹³¹ la jurisprudencia de los tribunales del foro será finalmente la que decidirá sobre esos aspectos cruciales.

La función jurídica de la indemnización es idéntica en ambos casos; para mencionar lo obvio: se intenta compensar al propietario legítimo que lo es en los términos de la legislación del foro; el monto de la indemnización corresponde a los mismos criterios, aunque con una pequeña variante: puesto que el Estado es el único facultado para reclamar los bienes culturales ilícitamente exportados, es el directamente responsable del pago de la indemnización.

c. El certificado de exportación y la buena fe

El problema fundamental del certificado de exportación gravita en torno a la prueba de la buena fe. El artículo 6o. de la Convención de 1970 disponía la obligación de los Estados contratantes de elaborar un sistema de certificados de exportación para impedir la salida de su territorio de los bie-

¹²⁹ *Ibidem*, p. 537.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ *Ibidem*, p. 573.

nes culturales desprovistos de ese documento. En especial la Convención de 1970 elaboró ese sistema, que los Estados contratantes se comprometieron a instalar y a divulgar.

El régimen de la Convención de UNIDROIT, que no prevé la obligación del sistema de certificación, evita la posibilidad de sancionar al poseedor de buena fe que haya adquirido un bien cultural carente de certificado de exportación. El Estado requirente no podrá invocar la falta de ese documento para probar la mala fe del poseedor y privarlo de su derecho a una indemnización.¹³²

El sistema de los certificados de exportación es en efecto cuestionable, ya que una buena parte de los bienes culturales ilícita y clandestinamente exportados lo son precisamente porque existe una prohibición absoluta en ese sentido. Aun cuando la Convención de UNIDROIT no se refiere a ese sistema, el solo hecho de enunciarlo permite al tribunal o a las autoridades competentes considerarlo al momento de evaluar las circunstancias de la adquisición, de la *due diligence* y de la conducta del poseedor.¹³³

Por lo demás, es en extremo complicado, si no es que francamente imposible, conocer con la debida oportunidad si existen regímenes de certificación de exportación en los países de origen; basta consultar la síntesis relativa al control de la exportación en las diferentes legislaciones, publicada por la UNESCO para percibir esa dificultad.

d. La práctica jurisdiccional

En casos en que las precauciones más elementales fueron ignoradas por los adquirentes y la intención de transgredir la ley es evidente, la existencia de una conducta negligente en la exportación de los bienes culturales no necesita demostrarse.

Un antecedente relativo a la exportación ilícita de uno de los diez ejemplares de un manuscrito redactado por un sobreviviente del viaje de circunnavegación de Magallanes, publicados en París en 1575, contiene en este orden importantes elementos de análisis. Conforme a las evidencias aportadas al tribunal francés que conoció del caso, el manuscrito había sido entregado a Sotheby's-París, que lo transmitió a Sotheby's-Nueva York, casa de subastas que realizó finalmente su venta.

Esa transacción, sin embargo, se efectuó sin haber tomado la mínima precaución que hubiese permitido constatar muy fácilmente que tres copias

¹³² *Idem.*

¹³³ *Idem.*

de esos libros habían sido precisamente robadas de bibliotecas francesas en la década de los setenta. Dos de esas instituciones, la Mazarin y la del Ministerio de la Marina, se encontraban en París.

Sotheby's-París transfirió el manuscrito a Nueva York sin más formalidad, cuando difícilmente podía haber ignorado que, de acuerdo con la legislación francesa, un bien tan valioso no podía abandonar el territorio francés sin un permiso de exportación.¹³⁴ Finalmente, nada permitía suponer que Sotheby's hubiese realizado algún esfuerzo para informarse sobre el título legal del vendedor.

Posteriormente se descubrió que el traficante —lo insólito— era un oficial de policía, miembro de la brigada francesa especializada en la protección de los objetos de arte.¹³⁵ Se supo también que la Universidad de Yale había adquirido uno de los manuscritos robados, y en cuanto al otro adquirente de la misma casa de subastas, ésta se negó a revelar su nombre. El diario francés *Libération* insistió en que la aplicación de la Convención de UNIDROIT, tan combatida por Sotheby's, hubiese frustrado la realización de la venta.¹³⁶

Podríamos asimismo mencionar el caso de un experto en pinturas antiguas de Sotheby's en Milán que fue filmado mientras proponía la exportación a Londres de pinturas italianas. Ese individuo no solamente no ignoraba que su ofrecimiento violaba la ley de su lugar de residencia, sino que había incurrido en esa práctica de manera constante.¹³⁷

Se puede recurrir a otros casos para ilustrar la manera en que podría evaluarse la diligencia de la conducta del adquirente. En uno de los precedentes citados en párrafos anteriores, Attorney General of New Zealand *vs.* Ortiz *et al.*,¹³⁸ el señor Ortiz concluyó en Nueva York un contrato de venta con el comerciante de arte Lanz Entswhistl respecto a unos paneles de madera de origen maorí Taranki. Este precedente ha sido analizado con profusión en párrafos anteriores.

Ortiz convino en no mostrar esos objetos a ningún arqueólogo de Nueva Zelanda durante un plazo de dos años, así como a no exhibir ninguna

¹³⁴ Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 65.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹³⁶ Véase el periódico francés *Libération* del 15 de septiembre de 1995, p. 28.

¹³⁷ Prott, Lyndel B., *op. cit.*, p. 65.

¹³⁸ Para tener presentes los pormenores del precedente véase: All England Report All ER 1936 to date. All ER, 1983, Volume 2- Attorney General of New Zealand *vs.* Ortiz and others. House of lords. Lord Frazer of Tullybelton. Lord Roskill, Lord Brandon of Oakbrook and Lord Brightman, 7, 8, 9 March, April 1983.

fotografía de ellos. En los términos de la Convención de UNIDROIT, semejante conducta lo hubiese privado instantáneamente de su derecho a una indemnización.¹³⁹

e. La devolución voluntaria

El poseedor puede negociar su derecho a la indemnización con el Estado requirente de diversas maneras: restituir el bien cultural requerido reservándose el dominio del bien cultural o transferir la propiedad, a título oneroso o gratuito, a un tercero con residencia en el Estado requerido que le proporcione garantías suficientes para su preservación.

La exportación ilícita de un bien cultural presupone la transgresión de una ley de exportación que algunas legislaciones sancionan con la pérdida de la propiedad del bien cultural requerido, lo que significa una confiscación *de facto*. Es para impedir éste último supuesto que la Convención dispone que cuando un poseedor restituye el bien cultural al Estado requirente, se le permita conservar el dominio del bien cultural, y prevé la posibilidad de transferir dicho bien a un tercer residente, como, *exempli gratia*, un museo.¹⁴⁰

Por otra parte, para evitar la restitución de un bien cultural a una persona que tuviese la intención deshonesto de reexportarlo a un tercer Estado no contratante, el poseedor del bien deberá actuar por conducto del Estado requirente. Este es uno de los argumentos fundamentales para restringir la restitución de los bienes ilícitamente exportados entre Estados a particulares por terceros.

En el momento de ratificar la Convención, los Estados de origen de bienes culturales deberán examinar el régimen al cual está sujeta la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados en su legislación interna.

El poseedor tendrá la posibilidad de restituir el bien cultural a un tercer residente del Estado requirente en calidad de donación, mutuo o enajenación. El tercer residente del Estado de origen, por su parte, deberá ofrecer las garantías suficientes para la seguridad y mantenimiento del bien.

La Convención de UNIDROIT desarrolla las consecuencias del régimen de propiedad e instauro medidas propias para salvaguardar el respeto a la propiedad privada, aunque propone simultáneamente una alternativa a la obligación financiera onerosa que representa el pago de una indemnización al adquirente de buena fe.¹⁴¹

¹³⁹ Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁰ Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 539.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 537.

Es de precisarse que en ningún momento la Convención de UNIDROIT intenta interferir con el régimen de propiedad del derecho interno del Estado requirente. Hubiera sido totalmente estéril que al ratificarse, la Convención de UNIDROIT suscitara controversias en los regímenes domésticos de propiedad; por lo tanto, aquella se limita a prever disposiciones que permitan asegurar la restitución física del bien cultural.¹⁴²

A diferencia de los bienes culturales robados, los ilícitamente exportados son objeto de una mención expresa en lo relativo a los gastos derivados de la devolución, los cuales incumben al Estado requirente, sin perjuicio del derecho de éste de hacerse reembolsar los gastos por cualquier otra persona, *exempli gratia* por el responsable de la exportación ilícita.

Los *gastos de devolución* son aquellos que ocasionan el transporte de los bienes y los seguros, y no el monto de la indemnización o los gastos legales que pueden estar contemplados en el régimen legal del procedimiento del Estado del foro.

La UNESCO creó el Fondo internacional para la devolución de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en casos de apropiación ilegal, destinado a facilitar la recuperación del patrimonio cultural de los Estados que padecen graves carencias económicas.¹⁴³

Los causahabientes del poseedor de bienes culturales ilícitamente exportados están sujetos al mismo régimen que los causahabientes del poseedor de bienes culturales robados: la transmisión a título gratuito o *mortis causa* no subsana el vicio de origen.

Existen dos excepciones a la aplicación de las disposiciones relativas a la restitución de los bienes culturales. Éstas no se aplican si la exportación se vuelve ilícita al momento de que el bien cultural abandona el territorio de origen; sin embargo, con el transcurso del tiempo ha perdido su ilicitud el momento de la demanda de restitución; tampoco se aplica cuando la exportación del bien se efectuó en vida de su autor o si ha transcurrido un periodo de 50 años desde la fecha de su deceso.

No obstante, en este último caso si el bien controvertido fue creado por uno o varios miembros de una comunidad autóctona o tribal para sus usos tradicionales o rituales, deberá ser devuelto a ella.

La primera excepción toma en cuenta la metamorfosis de las leyes de exportación de los bienes culturales que protegen el patrimonio cultural de un Estado, y no se puede considerar como ilícita una exportación que

¹⁴² *Ibidem*, p. 541.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 539.

se realiza en un país en donde en el momento de la restitución la ley no menciona la ilicitud de tal exportación. Es comprensible que un Estado se encuentre legitimado para aportar a su legislación restrictiva cambios de tendencia más liberal y que esos cambios alteren la ilicitud de los actos realizados con anterioridad a la modificación.

Esa excepción significa también la solución al conflicto de leyes en el espacio. La exportación de un bien cultural se considerará ilícita si cuando se realizó, el país de origen poseía una ley específica que determinaba esa ilicitud, y si además dicha ley continúa vigente en el momento de la restitución. Si en el ínterin esa ley es modificada o sustituida por otra que valide la exportación, se considerará que la exportación en cuestión es válida.

La segunda excepción atañe al régimen de exportación particular al cual están sometidos los bienes culturales exportados en vida de su autor o en el transcurso de 50 años a partir de su muerte. El objetivo de la Convención es obviamente promover la creación artística y el arte contemporáneo, y el mercado del arte será el que finalmente se encargue de determinar el valor de la obra del artista.

En efecto, no se puede ignorar que el éxito de un artista en el mercado internacional tiene una enorme incidencia en el valor de su producción y que cualquier restricción impuesta al tráfico de su obra generaría un demérito significativo de la misma. La solución adoptada por la Convención de UNIDROIT refleja igualmente en gran medida la solución adoptada en la mayoría de las legislaciones nacionales.

La elección de un plazo de 50 años coincide con las disposiciones de la Convención de Berna de 1886 sobre la protección de las obras literarias y artísticas. Para el Estado, el medio más apropiado para retener la producción de un artista vivo es adquiriéndola o recibiendo parte de ella como concepto de pago de impuestos. La peor de las soluciones para una legislación nacional restrictiva es paralizar el tráfico de la obra de los artistas vivos, a riesgo de inhibir su capacidad creativa u obligarlos a abandonar el país para ir en busca de mejores mercados. En este caso, la restricción de la exportación equivaldría a penalizar la misma creatividad.

Para determinar la situación de los bienes de creación reciente, la Convención de UNIDROIT prefirió decidirse por el hecho de que el artista está aún con vida, más que por la antigüedad del bien cultural, debido a la dificultad que entraña determinar la segunda de las edades con la precisión requerida.

Esa disposición no se aplica a autores desconocidos. Aun cuando ciertos bienes culturales merecen una protección específica en razón de su naturaleza, se puede entender que su creador sea anónimo.

Así, el ámbito material de aplicación de la Convención se hace extensivo a los bienes etnográficos cuyos autores son anónimos. Los objetos rituales o ceremoniales están también sujetos a una protección si fueran removidos sin el consentimiento de la comunidad a la que pertenecen. La remoción ilícita de esos bienes puede tener graves repercusiones, no sólo en la vida cultural de la comunidad, sino en la cohesión de esa comunidad.

En este orden el precedente *Afo-a-Kom*, que fue objeto de gran controversia, contribuye en forma indubitable a este análisis con elementos de convicción importantes. La cuenta de los hechos es la siguiente:

En 1966 una figura ritual de madera conocida como *Afo-a-Kom* fue robada en una antigua residencia camerunesa para ser transferida a una galería de arte de Nueva York, en donde se le puso en venta. Los detalles referentes a la exportación ilícita del *Afo-a-Kom* de Camerún nunca se esclarecieron, pese a un rumor que circuló entonces y según el cual la familia real de *Kom* habría estado implicada en la transacción.¹⁴⁴

La pieza es una figura ritual muy importante que simboliza el espíritu de *Kom*. En la religión animista de Camerún, es por la vía de esa simbolización que las almas de los difuntos se comunican con los vivos. No hace falta acopio de mucha imaginación para imaginar la conmoción de los habitantes de *Kom* ante la desaparición de la efigie. Una parte de la vida espiritual de esa comunidad se colapsó y la superstición atribuyó a la desaparición de la figura todos los sucesos adversos que sobrevinieron después¹⁴⁵

Integrantes de una organización pacifista localizaron la estatua en Nueva York y emprendieron acciones que se tornaron cada vez más violentas en contra del comerciante de arte que había adquirido esa pieza al ignorar su trascendencia ritual; llegaron al extremo de atentar físicamente contra él.

¹⁴⁴ Merryman, John Henry *et al.*, *Law Ethics and the Visual Autor*, p. 56.

¹⁴⁵ Duboff, Leonard D., King *et al.*, *The desk book of art law*, 2a. ed, New York, Oceana Publications, 2000, p. B-13. La estatua *Afo-a-Kom*, de cerca de cinco pies de altura, representa la esencia espiritual, política y religiosa del reino africano de Camerún; fue sustraída del complejo real de Ngumba, en Laikom, Kom, aparentemente por el hijo y el sobrino del soberano Fon Alo-ah, quien murió poco después. El nuevo rey de Kom, Fon Nsom Ngwe, fue ungido con una nueva estatua hecha por artesanos locales. Existen versiones contradictorias que le atribuyen un total desinterés al gobierno de Camerún en cuanto a la restitución de la pieza. En 1985 se organizó una exposición de arte de Camerún en varias ciudades norteamericanas, que incluía la estatua *Afo-a-Kom*. Surgieron rumores de que la estatua volvió a desaparecer en el mercado internacional del arte. En Merryman, John Henry, *et al.*, *op. cit.* p. 56.

Por último, bajo la presión de la opinión pública y del gobierno de Camerún, así como gracias a numerosas donaciones, la figura fue restituida a su lugar de origen.

El elemento central del análisis consiste en que la restitución del Afo-a-Kom cumpliría nuevamente con su función social y religiosa de origen en una comunidad existente y provista de un sistema de creencias y culturas actuales.¹⁴⁶

La disposición de la Convención de UNIDROIT que extiende su protección a los bienes etnográficos de autores anónimos es *una excepción a la excepción* y obedece a la necesidad de proteger un interés colectivo al permitir la reivindicación de un bien cultural creado por uno o varios miembros de una comunidad autóctona o tribal para el uso tradicional de esa comunidad, aun cuando dicho bien hubiese sido exportado en vida de su autor o 50 años después de su muerte. En cualquier caso ese bien cultural debe ser devuelto a su comunidad de origen.¹⁴⁷

El régimen de protección particular al cual están sujetos los bienes procedentes de las comunidades autóctonas o tribales se relaciona con el artículo 5o., apartado 3o., de la Convención, que dispone que la restitución de un bien cultural se ordenará si el Estado requirente puede acreditar que la exportación ilícita atenta significativamente el uso tradicional o ritual del bien por parte de una comunidad autóctona o tribal y demostrar al tribunal o a la autoridad competente que el bien requerido es esencial para la supervivencia de la cultura y de las tradiciones de la comunidad referida.¹⁴⁸

La jurisdicción competente para conocer de las demandas relativas tanto a los bienes culturales robados como a los bienes culturales ilícitamente exportados puede ser la del lugar donde se encuentra el bien en el momento de la reivindicación, pero también la jurisdicción competente de cualquier otro lugar, como *exempli gratia* la del domicilio del poseedor.¹⁴⁹

Se ha percibido que la posibilidad de recurrir a la jurisdicción del tribunal del lugar en donde se encuentra el bien se aparta de las reglas tradicionales y constituye una nueva forma de fijar la jurisdicción en materia de recuperación de los bienes culturales. Esta novedad presenta la ventaja de permitir una mayor prontitud al demandante, el cual podrá iniciar de inmediato los trámites necesarios para una demanda de restitución.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Merryman, John Henry, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁷ Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 543.

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 545.

¹⁵⁰ *Idem.*

Otro beneficio de orden temporal consiste en que la decisión del tribunal o de la autoridad competente será de aplicación inmediata, sin necesidad de un *exequatur*, el cual sería indispensable de encontrarse el bien en un Estado que no fuese el del foro.

Esa disposición introduce un punto de contacto de excepción, el *favor legis rei sitae*, que interviene en los casos en que la protección de un bien cultural requiere medidas provisionales urgentes de preservación.¹⁵¹

Por último esta novedad ofrece una ventaja adicional; si se considera que un propietario o un Estado requirente localizan un bien cultural en el territorio de un Estado parte de la Convención pero cuyo poseedor se encuentra en un Estado no parte, sería imposible incoar su demanda de acuerdo a las reglas de la jurisdicción del domicilio del poseedor. En efecto, los bienes culturales se encuentran con más frecuencia en casas de subastas o en poder de grandes comerciantes de arte, y en países que poseen un mercado de arte pero cuyo territorio no corresponde necesariamente al domicilio del vendedor.¹⁵²

En materia de jurisdicción la Convención de UNIDROIT admite también otras posibilidades; *exempli gratia* la intervención de un foro elegido por las partes y hasta la intervención de un árbitro especialista *ad hoc* que aporte nuevos elementos y tenga una función jurisdiccional. Esta última posibilidad ofrece la triple ventaja de ser confidencial, expedita y neutral.¹⁵³

La Convención prevé asimismo la aplicación de medidas provisionales o precautorias en la jurisdicción del lugar en donde se encuentra el bien, aun en caso de que la acción de reivindicación le competa a otra jurisdicción. Este punto es muy importante, ya que permite la salvaguardia del bien cultural y podría evitar su reexportación en el transcurso del juicio, o incluso su desaparición o destrucción.

La Convención también permite garantizar la protección del bien cultural cuando está propuesto en una subasta. En la práctica actual y por motivos evidentes, la identidad de los compradores es confidencial. En ausencia de una orden judicial que asegure la protección del bien cultural controvertido, éste puede ser ocultado antes de que el propietario desposeído o el Estado requirente hayan podido obtener una resolución judicial.¹⁵⁴

La intención de la Convención de UNIDROIT es concebir un cuerpo mínimo de reglas uniformes para la protección de los bienes culturales. La

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 549.

¹⁵² *Ibidem* p. 545

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ *Idem*.

experiencia reciente ha demostrado que los tribunales nacionales tienden cada vez más a armonizar su interpretación con conceptos cruciales compatibles con los objetivos e intenciones de las convenciones internacionales.

Si nos remitimos a la opinión del tribunal suizo que conoció del caso *Desportes Still-Life*, citado en páginas anteriores y relativo a una demanda de restitución de un bien cultural robado, la Convención de 1970, de la cual Francia es parte, así como la Convención de UNIDROIT, firmada por Italia, Suiza y Francia, constituyen la expresión de un orden público internacional cultural en proceso de formación o ya vigente.

El objetivo de la Convención de UNIDROIT es facilitar la restitución o la devolución de bienes culturales robados o ilícitamente exportados, pero de ninguna manera pretende menoscabar, en aras de una pretendida uniformidad, el nivel de protección otorgado a esos bienes por ciertos Estados y que pudiera favorecer la restitución.¹⁵⁵

Es entendible que los Estados cuya legislación hayan desarrollado medidas de protección más generosas para con el propietario desposeído no estén dispuestos a reducir ese nivel de protección legal con el único propósito de uniformar la legislación en materia de bienes culturales.

Desde su preámbulo, la Convención de UNIDROIT subraya:

Destacando que la presente Convención tiene por objetivo facilitar la restitución y la devolución de los bienes culturales, y que el establecimiento en ciertos Estados de mecanismos, como la indemnización, necesarios para garantizar la restitución o la devolución, no implica que esas medidas deberían ser adoptadas en otros Estados...

Es de puntualizarse que el apartado 1o. de su artículo 9o. prevé lo siguiente:

La presente Convención no impide a un Estado contratante aplicar otras normas más favorables para la restitución o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, distintas de las que se disponen en la presente Convención.

Es muy revelador que la Convención emplee la fórmula *normas* o *reglas* y no el de *ley* o *derecho*, lo que refleja evidentemente el reenvío a un sistema normativo y no a un derecho o ley específicos. El término *reglas* debe obviamente entenderse *lato sensu*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 547.

Se puede válidamente concluir que las *reglas* en cuestión son las asumidas por los Estados que son partes en otros instrumentos internacionales o bien las disposiciones contenidas en su derecho interno, en especial las relativas al conflicto de leyes que norman la aplicación de disposiciones provenientes de otros Estados y que son más favorables a la restitución o a la devolución de un bien cultural robado o ilícitamente exportado.

Estas reglas no imponen ninguna obligación suplementaria a los Estados partes. La Convención no prevé ninguna obligación de reciprocidad hacia los otros Estados contratantes, puesto que un Estado requirente no puede pretender mayores derechos que los de la propia Convención.¹⁵⁶

Este análisis concluye que la Convención de UNIDROIT tiene una doble intención: aportar soluciones a problemas técnicos generalmente derivados de la diferencia, si no es que a la franca contradicción de las reglas nacionales de derecho interno, así como medidas que aspiran a obstaculizar el desarrollo del tráfico ilícito de los bienes culturales.

La Convención de UNIDROIT demuestra que la creación de vínculos de solidaridad entre Estados puede reforzar el carácter de patrimonio cultural; ambiciona facilitar las restituciones y devoluciones de objetos culturales, las cuales sólo serán posibles si se logra frenar el tráfico ilícito y modificar el comportamiento de las partes implicadas en esa práctica.

f La retroactividad

Uno de los puntos probablemente más polémicos atañe a los efectos de una eventual retroactividad de la Convención. Era evidente que las medidas implementadas para limitar el tráfico ilícito de los bienes culturales sólo pueden surtir efecto para el futuro.

Desde el inicio de los trabajos de la Convención de UNIDROIT, dos extremos conceptuales se enfrentaron: por una parte se sostenía que en virtud de que la Convención no constituía una regla general retroactiva, era inútil incluir normas relativas a la retroactividad; por otra se afirmaba que sería preferible enunciar una norma a fin de atemperar el nerviosismo en el mercado internacional del arte.

A favor de la primera concepción se invocó el artículo 28 de la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados:

Artículo 28. Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lu-

¹⁵⁶ *Idem.*

gar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo...

Sin embargo, y en la medida en que la Convención de UNIDROIT está diseñada para legos en derecho, la adjunción de una norma de esa naturaleza era plenamente justificada.¹⁵⁷

Se sostiene que una de las funciones de la ley es la de ser educativa, y dicha afirmación es especialmente acertada en este caso. En materia de protección del patrimonio cultural, la Convención de UNIDROIT cumple con una función educativa y afirmativa que consiste en transmitir principios éticos y morales.¹⁵⁸

La inclusión de una norma de esa naturaleza sólo se possibilitó gracias a una declaración expresa de los Estados que precisaba que en la Convención esa regla no tenía como efecto la legitimación de un tráfico de bienes culturales anterior a la Convención.

El preámbulo de la Convención es muy claro al respecto, pues prevé lo siguiente: “Afirmando que la aprobación de las disposiciones del presente Convenio para el futuro no constituye en modo alguno una aprobación o legitimación de cualquier tráfico ilícito que se haya producido antes de su entrada en vigor”.

Esa declaración de los Estados coincide con el apartado 3o. del artículo 10, que reza:

La presente Convención no legitima en modo alguno una actividad ilícita de cualquier tipo que se llevara a cabo antes de la entrada en vigor de la presente Convención o que quedara excluida de la aplicación de la Convención en virtud de los párrafos 1) ó 2) del presente artículo, ni limita el derecho de un Estado o de otra persona a presentar, fuera del marco de la presente Convención, una demanda de restitución o de devolución de un bien robado o exportado ilícitamente antes de la entrada en vigor de la presente Convención...”.

La solución dada al problema de la retroactividad se moldea una vez más en función de la estructura adoptada por la Convención, y las normas enunciadas difieren según se trate de bienes culturales robados o ilícitamente exportados.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 549.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 545.

Para entender a cabalidad el análisis posterior es necesario tener presente el artículo 10 de la Convención, que reza:

1) Las disposiciones del capítulo II se aplicarán a un bien cultural que haya sido robado después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto al Estado en el que se presenta la demanda, a condición de que:

a) el bien haya sido robado en el territorio de un Estado contratante después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a ese Estado;

b) el bien se encuentre en un Estado contratante después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a ese Estado.

2) Las disposiciones del capítulo III se aplicarán sólo a un bien cultural exportado ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención con respecto al Estado requirente, así como con respecto al Estado en el que se presenta la demanda.

3) La presente Convención no legitima en modo alguno una actividad ilícita de cualquier tipo que se llevara a cabo antes de la entrada en vigor de la presente Convención o que quedara excluida de la aplicación de la Convención en virtud de los párrafos 1) ó 2) del presente artículo, ni limita el derecho de un Estado o de otra persona a presentar, fuera del marco de la presente Convención, una demanda de restitución o de devolución de un bien robado o exportado ilícitamente antes de la entrada en vigor de la presente Convención.

Los criterios normativos que determinan la aplicabilidad de la Convención en materia de retroactividad son el momento del robo, el carácter de Estado contratante del Estado requerido, y el carácter de Estado contratante del Estado en donde se perpetró el robo o del Estado de la situación del bien.¹⁵⁹

La primera condición es de orden temporal: el bien debe haber sido robado antes de la entrada en vigor de la Convención en el Estado en donde se intenta la acción de restitución, lo que presupone que el Estado requerido debe obligatoriamente ser parte de la Convención.

Dos condiciones alternativas deben adicionalmente ser satisfechas y que obedecen esta vez a criterios de orden espacial: la comisión del robo debe haberse efectuado o el bien debe encontrarse en el territorio de un Estado contratante después de la entrada en vigor de la Convención en este Estado.¹⁶⁰

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 551.

¹⁶⁰ *Idem*.

La primera hipótesis que se contiene en el artículo 10, citado en su apartado 1o. permite la aplicación de la Convención cuando un bien ha sido robado en el territorio de un Estado contratante después de la entrada en vigor de la Convención tanto en el territorio del Estado requirente como en el del Estado requerido.

El momento de la presentación de la reclamación y el hecho de que el bien requerido se encuentre en el territorio de un Estado no contratante, no tienen aquí relevancia alguna; falta determinar la manera en que la resolución del tribunal del Estado requerido se pondrá en ejecución en el Estado donde se encuentra físicamente el bien.¹⁶¹

La segunda hipótesis del artículo 10 citado, inciso b) conduce a la aplicación de la Convención a un bien cultural robado ubicado en el territorio de un Estado parte después de la entrada en vigor de la Convención tanto en este Estado como en el Estado requerido.

Aquí también el hecho de que el bien haya sido robado en un Estado no parte de la Convención, o después de su entrada en vigor en este Estado, no tiene ninguna incidencia. En vista de que el texto de la Convención no prevé que el bien cultural deba encontrarse en el territorio de otro Estado contratante, es válido concluir que el Estado requerido ante el cual la demanda de restitución ha sido presentada y el Estado donde se encuentra el bien podrían ser idénticos.¹⁶²

De eso resulta claramente que la característica del Estado parte, así como la fecha de entrada en vigor de la Convención, constituyen factores determinantes para el desarrollo de esta hipótesis.¹⁶³

Los antecedentes de la noción de retroactividad se encuentran en el Protocolo de la Convención de 1954, el cual estipula que el Estado parte es responsable de los bienes culturales de cualquier territorio ocupado que se importen directa o indirectamente a su territorio, y tiene que restituirlos a las autoridades del territorio ocupado. Esta obligación no se limita al territorio de los Estados partes a la Convención.¹⁶⁴

Ahora, en lo referente a los bienes culturales ilícitamente exportados que se contienen en el apartado 2o. del artículo 10 citado, la Convención de UNIDROIT desarrolla un principio de estricta reciprocidad, puesto que la demanda de restitución, que debe proceder de un Estado parte y ser presentada en otro Estado parte, debe adicionalmente, y en forma obligatoria,

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Ibidem*, p. 553.

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ Prot, Lyndel B., *op. cit.*, p. 80.

referirse a bienes culturales que fueron ilícitamente exportados después de la entrada en vigor de la Convención en ambos Estados.¹⁶⁵

Finalmente, los países de origen que han padecido más el pillaje de su patrimonio cultural insistieron particularmente para que fuera precisado que la aplicación futura de la convención de UNIDROIT no implicaba de ninguna manera la legitimación de actos ilícitos cometidos antes de su entrada en vigor; por otra parte, la Convención dispone claramente la procedencia de cualquier reclamación de un bien cultural no incluido en su ámbito de aplicación y que fuera beneficiado de un apoyo legal diferente del que se consigna en la Convención. Existen en efecto instrumentos múltiples que pueden ayudar a la recuperación de los bienes culturales, entre otros los tratados, los acuerdos bilaterales o incluso la vía diplomática.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Schneider, Marina, *op. cit.*, p. 533.

¹⁶⁶ *Idem.*