

LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL MEXICANO¹

Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO

Vistas a escala de los milenarios, las pasiones humanas se confunden. El tiempo no aporta ni quita nada a los amores u odios experimentados por los hombres, a sus compromisos, luchas y esperanzas: antaño y hoy, siempre son los mismos. Aun cuando se suprimiesen al azar diez o veinte siglos de historia, no quedaría afectado de manera significativa nuestro conocimiento de la naturaleza humana. La única pérdida irremplazable sería la de las obras de arte que esos siglos vieron nacer. Porque los hombres sólo difieren, e incluso existen, por sus obras. Del mismo modo que la estatua que dio luz a un árbol, sólo ellas aportan la evidencia de que en el transcurrir de los tiempos algo sucedió realmente entre los hombres.

Claude LÉVI-STRAUSS

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Las relaciones bilaterales entre México y Estados Unidos*. III. *La Convención de la UNESCO en tiempos de paz*. IV. *Conclusión general*.

I. INTRODUCCIÓN

Por su pasado precolombino y su experiencia colonial, México se encuentra en la intersección de dos mundos diferentes, y este encuentro de dos culturas

¹ Este artículo forma parte de un libro del autor que será publicado en fechas próximas.

explica la gran diversidad de su patrimonio cultural. El tráfico ilícito extremo de sus bienes culturales, en particular de sus bienes precolombinos, favoreció la creación de un orden jurídico cultural en América que se concreta, entre otros, en convenciones, tratados bilaterales y acuerdos, en los que el mercado de Estados Unidos ocupa un lugar preponderante.

II. LAS RELACIONES BILATERALES ENTRE MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS

Las relaciones entre México y Estados Unidos siempre han sido azarosas y se han dado en contextos extremadamente complejos; el de la protección de los bienes culturales no constituye una excepción. En este ámbito, y en relación con la perspectiva legal, el presente análisis se desarrollará en torno al Tratado de Cooperación de 1970 firmado entre ambos países (apartado 1) y el Reglamento norteamericano de 1972, relativo a la importación de monumentos, esculturas arquitectónicas o pinturas murales precolombinos (apartado 2).

1. *El tratado de cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América que dispone la recuperación y devolución de bienes arqueológicos, históricos y culturales robados de 1970*

El Tratado de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América que dispone la recuperación y devolución de bienes arqueológicos, históricos y culturales robados, del 17 de julio de 1970 (Tratado de 1970)² tiene una importancia vital para la protección de los bienes culturales mexicanos. En abono de la claridad del análisis debe precisarse su génesis (capítulo I), y posteriormente la noción de protección de los bienes culturales que adopta y que se encuentra en el centro del debate (capítulo II). La conclusión debe referirse necesariamente a la práctica jurisdiccional para tener una perspectiva de conjunto en su aplicación, sin la cual se carece de la posibilidad de entender la amplitud de aquella noción.

A. *Su génesis*

La suscripción del Tratado de 1970 estuvo precedida por uno de los pillajes contemporáneos más escandalosos sufridos por las culturas preco-

² *Diario Oficial de la Federación*, 9 de junio de 1971.

lombinas. Uno de los argumentos fundamentales que se utiliza en el combate contra el tráfico ilícito es que el desplazamiento de los bienes culturales conduce a la pérdida irremediable de su significado. Al descifrar un bien cultural, el arqueólogo, el etnólogo o el historiador pueden concluir de su contexto cuál es el valor de las relaciones interdependientes del bien cultural con el tiempo y el espacio. Para emplear una expresión gráfica que ha hecho fortuna, al bien cultural sustraído de su contexto se le asigna el calificativo de *huérfano cultural*, y *amputado al monumento desprovéido saqueado*.³

El anterior aserto es particularmente veraz en el caso de la cultura precolombina. De esta manera, si se retira una estela maya de un templo y con ello se violenta su contexto, se priva de la información correspondiente a la estela, y tanto ella como el templo pierden su valor. Más grave aún, cada uno queda despojado de su potencial de información. Se trata claramente de una pérdida para el conocimiento universal.

La gravedad de la sustracción se incrementa cuando el desplazamiento de una estela maya desvanece toda posibilidad de descifrar la escritura jeroglífica del complejo arqueológico. En efecto, la forma de escritura sobrevivió gracias a inscripciones cargadas de importantes informaciones históricas, religiosas y astronómicas, que fueron esculpidas en la parte posterior y en la periferia de las estelas.

En la actualidad, el tráfico ilícito de bienes culturales no se limita a los simples objetos de cerámica, concierne también a los sitios arqueológicos, algunos de ellos considerados monumentos nacionales. En cuanto al pillaje de las estelas, éstas fueron amputadas de las estructuras con las cuales hacen cuerpo, y para transportarlas fueron o adelgazadas o fragmentadas. Con ello se desvanecieron de manera irreversible informaciones vitales. Ahora se ignora de qué parte provienen, así como su situación precisa en una estructura específica, cuando estos elementos son determinantes para su lectura.

La mutilación de los templos mayas y el transporte de las estelas hacia el extranjero a fin de comercializarlas constituyeron verdaderos actos de barbarie que confrontan los intereses de la humanidad. La pérdida es para la cultura universal, que se ve así impedida de conocer el pasado de una de las civilizaciones más importantes de selva tropical, como lo es la maya.

Durante los años setenta, el pillaje en la zona maya precolombina se intensificó y numerosos bienes culturales fueron sustraídos ilegalmente del país. Ahora enriquecen museos tan respetables como el Cleveland Museum of Arts, el Houston Museum of Fine Arts, el Minneapolis Institute of Art,

³ Merryman, John Henry, *Thinking about the Elgin Marbles Critical Essays on cultural property. Art and law*, p. 147.

el Brooklyn Museum, el Nelson Rockefeller Museum of Primitive Art o el Saint Louis City Art Museum. Algunas piezas se exhiben, incluso, como trofeos en colecciones privadas y en museos europeos.⁴

El pillaje fue tan escandaloso y las estelas mayas desplazadas tan apreciadas que se llegó a afirmar que para el “especialista de la cultura precolombina, las adquisiciones de aquellos museos equivalen a la compra del Arco de Tito.”⁵ Este tratado irónicamente fue negociado conjuntamente con el de restitución de automóviles robados, que en la época eran introducidos a territorio nacional para sustraerse a las acciones de la justicia estadounidense.

La transferencia ilícita de bienes culturales, en suma, destruye la información contenida en ellos, impide el acceso al conocimiento del pasado, frustra la apreciación estética y constituye una manera de destruir los bienes mismos.

La respuesta estadounidense a este tráfico ilícito sin precedentes puede ser apreciada en dos fases. La primera, que podría ser calificada de emocional, se distinguió sobre todo por buenas intenciones y se concentró en los casos más escandalosos de destrucción arqueológica y de robos. En esta etapa no se discutió ni la validez de las prohibiciones nacionales rigurosas ni su ejecución. Es en aquel contexto en el que debemos apreciar la firma del Tratado de 1970, así como la aprobación del Reglamento de 1972 que norma la importación de monumentos, esculturas arquitectónicas y pinturas murales precolombinas.⁶

Uno de los elementos importantes en este análisis es la *United States Stolen Property Act* (U.S. NSPA por sus siglas en inglés)⁷ que, a pesar de no estar referida a los bienes culturales y que se extiende al ámbito penal en general, sirvió de fundamento para la resolución de al menos dos precedentes de bienes culturales, conocidos como *Mc Clain* y *Hollinshead*.

La segunda fase se caracteriza por una política rigurosa implementada por el sistema de administración de aduanas (conocido por su acrónimo en inglés *US Customs*), así como por la aprobación de la *Convention on Cultural Pro-*

⁴ En https://books.google.com/books?id=_8AddekkdZ8C&pg=PA217&lpg=PA217&dq=Clemency+Coggins,Art+Journal+%E2%80%9CIllicit+traffic+of+pre-columbian+antiquities&source=bl&ots=CYun-nF-Si6&sig=fjPTZeHuuSGMzrNX90dRZzmEnAM&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKExwiE4bTX36_OAhVkxoMKHS7_Bw4Q6AEIKDAB#v=onepage&q=Clemency%20Coggins%20Art%20Journal%20%E2%80%9CIllicit%20traffic%20of%20pre-columbian%20antiquities&f=false.

⁵ Bator, Paul M., “The International Trade in Art”, en Merryman, John Henry y Elsen, Albert E., *Law, Ethics and the Visual Arts*, 2a. ed., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1987, vol. II, p. 51.

⁶ Este reglamento se conoce con el nombre de Regulation of importation of pre-Columbian monumental or architectural sculpture or mural, Public Law, núm. 92-587, 19 U.S.:C. A., párr. 1972.

⁷ Disponible en <https://eca.state.gov/files/bureau/18-2314.pdf>.

perty Implementation Act de 1983 (Acta Cultural)⁸ aprobada por el Senado estadounidense, cuya redacción resulta indispensable en su sistema de legalidad después de la ratificación 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 (Convención de 1970).

B. *La noción de protección de los bienes culturales*

Las negociaciones entre México y Estados Unidos estuvieron muy lejos de ser sencillas; se manejaron en tándem dos convenciones que se estimaban urgentes. Por una parte, el contrabando de bienes culturales precolombinos que había llegado a límites escandalosos, especialmente las estelas mayas, por la otra el relativo a vehículos de toda índole hacia México.⁹ El tráfico de mamíferos y la migración de aves resultaron también temas importantes en la agenda. Para esos efectos, el Departamento de Estado invitó a la prestigiosa American Society of International Law (ASIL, por sus siglas en inglés) que tuvo a su cargo preparar un documento comprensivo del tráfico ilícito de bienes culturales.

Este comité de estudio estuvo integrado, entre otros, del lado estadounidense, por William D. Rogers, quien llegó a ser subsecretario de Estado para Asuntos Latinoamericanos y, del mexicano, por los embajadores Alberto Becerra y Emilio Oscar Rabasa, así como por el director del Instituto Nacional de Antropología e Historia en la época, Ignacio Bernal.

A pesar de que en la sede de la UNESCO estaban en curso las negociaciones para la aprobación de la Convención de 1970, ambas partes privilegiaron las negociaciones bilaterales. Tres meses después de la aprobación de la Convención de 1970, México y Estados Unidos concluyeron sus trabajos que han servido para proveer de un marco de referencia la cooperación binacional. El Tratado de 1970 fue adicionado por el tratado de extradición entre los dos países del 4 de mayo de 1978.¹⁰

Este último dio lugar a la extradición las conductas intencionales que, “encajando dentro de cualquiera de los incisos del Apéndice, sean punibles

⁸ The Convention on Cultural Property Implementation Act of 1983 and Public Law, N. 97-446-Stat, 2350, 19 U.S.: C:A: párr. 2601 FF.

⁹ Proceedings of the Panel on the US Enabling Legislations of the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property. 4 Syracuse J. Int'l. & Com. 97, 133, 1976. Remarks of Mark. B. Feldman. Deputy Legal Adviser. United States Department of State.

¹⁰ *Diario Oficial de la Federación*, 26 de febrero de 1980.

conforme a las leyes de ambas partes contratantes con una pena de privación de la libertad cuyo máximo no sea menor de un año”. En el apéndice de este tratado figuran “los delitos previstos en las leyes relativas a la importación, exportación o tránsito internacional de bienes, artículos o mercancías, incluyendo objetos históricos o arqueológicos”.

El objetivo del Tratado de 1970 fue evitar los daños irreversibles causados por el pillaje y el contrabando masivo de bienes culturales procedentes de ambos países. Su lectura, empero, es clara: se trata fundamentalmente de la protección del patrimonio cultural de nuestro país.

De igual manera, la noción empleada de bienes arqueológicos, artísticos e históricos es muy generosa, lo que difiere sustancialmente del resto de los países de América Latina, que se ven obligados a suscribir un Memorandum de Entendimiento (Memorandum of Understanding: MOU por sus siglas en inglés) en los términos del Acta Cultural¹¹ aprobada por el Senado estadounidense.

El Tratado de 1970 dispone que cada Estado parte, a solicitud de otro Estado suscribiente, debe poner a su disposición todos los medios legales en su poder a fin de recuperar y restituir los bienes culturales que procedan del territorio del Estado requirente.

Sin embargo, pese a la entrada en vigor del Tratado de 1970 y en virtud de su artículo III.3, los derechos que les asisten a los nacionales de cada Estado parte permanecen incólumes. En consecuencia, y a pesar de la aplicación del Tratado, los bienes culturales robados no pueden ser restituidos cuando el derecho común de los Estados parte no prevé la recuperación, como es el caso de las adquisiciones de buena fe de terceros, máxime si es *a non domino*, o cuando las solicitudes son el objeto de una prescripción adquisitiva.¹²

En claridad del análisis, el derecho común es el vigente en cada una de las entidades federativas de ambos países. Es aquí en donde se observa una total congruencia entre el Tratado de 1970 y el Acta Cultural, y si bien es cierto que son dos instrumentos jurídicos distintos, en lo que concierne al adquirente de buena fe *a non domino*, cada uno remite a la legislación vigente en sus entidades federativas.

Por otra parte, el Tratado de 1970 sólo concierne a los bienes culturales que pertenecen al patrimonio de Estado y que son *res extra commercium*, y puede considerarse que su verdadera efectividad es concomitante con la

¹¹ The Convention on Cultural Property Implementation Act of 1983 and Public Law N. 97-446-Stat. 2350, 19 U.S.: C:A: párr. 2601 FF.

¹² Streinz, Rudolf, *Internationaler Schutz von Museumsgut*, Berlin, Dunker & Humboldt, p. 109.

entrada en vigor de la ley de 1972, de acuerdo con la cual todo bien cultural precolombino que se encuentre sobre el territorio nacional es propiedad del Estado mexicano.

Al Tratado de 1970, en la formación de este orden jurídico cultural, debe agregarse la Convención de 1970 y la Regulation of Importation of Pre Columbian Monuments or Architectural Sculptures or Murals (Reglamento de 1972).¹³

Ambos textos legales prohíben toda importación de bienes culturales precolombinos a Estados Unidos cuando sean exportados en violación a la legislación extranjera, y particularmente de la ley de 1972.

Al anterior marco de legalidad debe añadirse la aplicación de la USNSPA, que ha sido relevante para disuadir el tráfico ilícito de bienes culturales en el mercado del arte estadounidense¹⁴. En términos de la USNSPA, el transporte, recepción o venta de mercancías extranjeras consideradas robadas se tipifican como delitos federales. El objetivo de esta legislación no son los bienes culturales, aunque éstos califican dentro del rubro general de mercancías.

También conviene hablar del comedimiento de la administración norteamericana de las aduanas, aunque algunos autores estadounidenses consideran inadmisibles la interpretación expansiva que esta autoridad hace de su propia competencia. De hecho, esta instancia nombró un responsable para coordinar los esfuerzos contra el tráfico ilícito de objetos de arte y ha capacitado algunos agentes aduanales que se han estado familiarizando con las leyes de otros países. La capacitación comprende también cursos de historia del arte a fin de que puedan realizar su tarea de forma más eficiente.¹⁵

No obstante, los pocos agentes del Federal Bureau of Investigation (FBI) asignados al combate del tráfico ilícito en su territorio resultan insuficientes ante la magnitud del fenómeno. El tráfico ilícito socava los esfuerzos gubernamentales, provoca el incremento de los bienes artísticos exportados ilícitamente y alienta el mercado negro.¹⁶

¹³ 19 U.S.: C. && 2091 y seq.

¹⁴ En el comunicado *Amicus curiae* presentado durante el juicio *U.S. v. Mc Clain* por la Asociación Norteamericana de Comerciantes de Arte Antiguo, Oriental y Primitivo, se señala de manera enérgica al Tribunal de Apelación que si la sentencia de primera instancia que condenaba a los infractores de la USNSPA era confirmada, eso pondría en peligro la sobrevivencia de los miembros de la Asociación.

¹⁵ Duboff, Leonard *et al.*, *The desk of art law*, 2a. ed., Nueva York, Oceana Publications, 2000, p. B-35.

¹⁶ A pesar de estas críticas, existe una coordinación eficaz entre el Departamento norteamericano de las aduanas y la oficina encargada de defender la propiedad cultural. Este sistema de coordinación dio buenos resultados, ya que permitió a México recuperar varias piezas arqueológicas, entre las cuales se encontraba un monolito esculpido de más de 350 kilos.

La comunidad estadounidense del arte expresó sus dudas en torno a la eficacia de esas medidas, pues consideró que las reglamentaciones internas y las prácticas aduanales referidas sólo favorecen a otros mercados internacionales del arte.

C. *La práctica jurisdiccional*

Este análisis estaría incompleto si no se reparara en la racionalidad de los precedentes internacionales y los esfuerzos realizados por el Estado mexicano, que deben ser evaluados no sólo por los resultados obtenidos sino por la calidad de sus argumentos.

El precedente Mexico, *United States v. Mc Clain*¹⁷ (*Mc Clain case*), desahogado en 1977 en el juzgado de distrito perteneciente al Distrito Oeste de Texas, con sede en la ciudad de San Antonio, es uno de los más citados en la jurisdicción estadounidense en la solución de controversias de bienes culturales y de gran relevancia, ya que fue uno de los primeros que se desahogaron en el marco del Tratado de 1970.

El relato fáctico es el siguiente: Patty McClain, Mike Bradshaw, Ada Simpson y William Simpson habían ilícitamente llevado a dicha ciudad un lote de piezas precolombinas procedentes de México. Por una torpeza, acudieron al Instituto mexicano de Cultura, que entonces formaba parte del gobierno de México, para ofertarle la venta de esos bienes. La institución contactó de inmediato al FBI, y el gobierno estadounidense, en términos del Tratado de 1970, interpuso una demanda por trasgresión o tentativa de trasgresión de la USNSPA. Después de la instrucción, los autores del delito resultaron condenados en primera instancia.¹⁸

El Tribunal de Apelación del Quinto Circuito de Estados Unidos, que conoció de este caso en segunda instancia,¹⁹ se negó a considerar la contundencia de la prohibición mexicana de exportación ante la ausencia de pruebas irrefragables de que estos bienes culturales hubieran salido del territorio mexicano después de 1972, cuando entró en vigor la legislación. La certeza de la fecha resultaba fundamental en este juicio.

La única prueba ofrecida relativa a la propiedad de estos bienes precolombinos fue desahogada por un abogado mexicano cuyo testimonio versó sobre el hecho de que desde 1897 México poseía leyes que salvaguardaban

¹⁷ Mexico, *United States v. Mc Clain* 545. f.2D 988.

¹⁸ Duboff, Leonard *et al.*, *op. cit.*, pp. C-24 y C-25.

¹⁹ *United States v. McClain*, 551 F.2d 52, (5th Cir. 1977), 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977), 593 F.2d 658 (5th Cir. 1979), cert. denied, 44 U.S. 918 (1979).

su patrimonio cultural y disponían la protección del arte precolombino. La definición de los bienes arqueológicos, su pertenencia y la protección de la cual gozan estaban previstas en la legislación vigente en el país.

Los peritos legales depusieron adicionalmente que la legislación vigente era correlativa a las leyes anteriores, las cuales definían también a los bienes arqueológicos y atribuían en forma indubitable su propiedad al Estado mexicano. Añadieron que los bienes arqueológicos protegidos, propiedad del Estado mexicano, eran los bienes muebles e inmuebles que procedían de las culturas anteriores a la Conquista española. Aún más, a partir de 1934 todo bien arqueológico que no se encontrara bajo la guarda y custodia del gobierno mexicano debía imperativamente ser registrado.

Finalmente, los peritos legales aseveraron que el régimen de legalidad de los bienes precolombinos disociaba claramente su propiedad de su mera detentación material. Resulta fundamental considerar que el simple registro de estos bienes ante las autoridades gubernamentales no menoscababa la propiedad gubernamental; su efecto consistía en permitir que personas, museos o institutos pudieran detentar esos bienes. A ello habría que agregar que su exportación sin autorización previa del gobierno mexicano siempre había sido objeto de prohibición. Cabe mencionar que esos permisos de exportación²⁰ nunca han sido emitidos y es previsible que nunca lo sean.²¹

En México, así como en otros países de América Latina y conforme a los órdenes constitucionales, la transferencia forzada de propiedad de los particulares al Estado está sometida a dos limitaciones. La primera consiste en que, para ello, los que reivindiquen deben ser escuchados y vencer en el juicio para posteriormente otorgarles una indemnización, lo que supone la observancia del debido proceso. En la segunda se ha ponderado que la simple declaración de estatización de los bienes precolombinos y su sumisión al régimen de *res extra commercium* es una formalidad únicamente destinada a prohibir su exportación o bien que podría ser asimilada a un acto de expropiación de legalidad dudosa.

En el caso *Mc Clain*, ninguna prueba ofrecida anticipaba que los bienes citados hubieran sido sustraídos de la posesión o detentación de persona alguna. La demanda por robo estaba fundamentada sólo en el hecho de que México se había autoproclamado propietario de todos los bienes preco-

²⁰ Antes de 1972 era posible obtener un certificado oficial para exportar bienes precolombinos mexicanos, porque la Circular núm. 301-1-87608 de la administración mexicana de las aduanas, del 8 de noviembre de 1960, lo autorizaba. Estos certificados eran difíciles de obtener y, por consiguiente, su obtención estaba sujeta a una buena dosis de corrupción. Duboff, Leonard *et al.*, *op. cit.*, p. B-23.

²¹ Duboff, Leonard *et al.*, *op. cit.*, pp. C-24 y C-25.

lombinos que se encontrasen en su territorio, y la Corte tejana resolvió que la propiedad del gobierno mexicano sobre éstos, antes de 1972, no era lo suficientemente contundente.

A lo anterior se suma que la traducción al inglés de las distintas leyes mexicanas se prestaba a diversas interpretaciones, y estas ambigüedades no permitían concluir a los adquirentes que todos los bienes precolombinos le pertenecían en forma indubitable al Estado mexicano antes de 1972.

Aparentemente, todas las leyes mexicanas conferían a la nación la propiedad de los bienes inmuebles precolombinos y de todos los bienes muebles precolombinos contenidos en aquéllos. En cuanto a los bienes muebles no incluidos en la categoría anterior, pudiera sugerirse que podían ser objeto de propiedad particular aun cuando debían ser necesariamente registrados.

Se atribuyó a la complejidad de la legislación mexicana, en cuanto a la propiedad de los bienes precolombinos, el hecho de que el tribunal de alzada determinara que la parte demandada debía beneficiarse de un nuevo juicio, sobre todo en razón del perjuicio que podían significar las diferentes interpretaciones de las diversas leyes mexicanas promulgadas desde 1897, en términos de las cuales se aspiraba a que todos los bienes precolombinos que se encuentran en territorio nacional pertenecieran al Estado mexicano.²²

En el segundo juicio, el juez del conocimiento dio curso a los testimonios de varios peritos de juristas mexicanos con el propósito de determinar cuál era la ley mexicana aplicable a la controversia. El tribunal sólo retuvo dos de estos testimonios, que provenían de expertos en la legislación mexicana en materia de monumentos arqueológicos.

Estos testimonios eran contestes, pero demasiado generales, y no aportaban ningún elemento adicional de prueba. En ambos casos, los testigos afirmaron que desde 1897 todos los bienes precolombinos que se encontraran en territorio mexicano eran propiedad del Estado, que los derechos individuales se limitaban a la mera posesión sólo si había sido debidamente registrada y, finalmente, que la simple posesión no confería ni el derecho de disposición ni el derecho de dar el objeto en garantía.

Los peritos en derecho insistieron en que el gobierno mexicano se consideraba propietario de todos los objetos precolombinos que se encontraban en el territorio nacional desde hacía más de cien años. La jurisdicción estimó que el texto en inglés de las diversas legislaciones no clarificaba con la suficiente contundencia los criterios enunciados para que los estadounidenses pudieran reconocerlos y verse obligados a cumplirlos.

²² *Ibidem*, p. C-24.

Debe admitirse que ni las leyes anteriores a la de 1972 en la materia ni la Constitución de 1917 declaraban con firmeza que los bienes muebles precolombinos que no estuvieran vinculados a un monumento igualmente precolombino pertenecían en forma indubitable al Estado mexicano. Sería hasta la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas Artísticas e Históricas,²³ promulgada en 1972, que tal situación se determinó en forma clara, precisa y terminante.

La Corte tejana sentenció que el alegato sobre la USNSPA tampoco era aplicable a los bienes culturales considerados robados con base en disposiciones legislativas extranjeras extremadamente ambiguas.²⁴

Finalmente, la resolución se motivó y fundó sobre el hecho de que los bienes precolombinos en controversia pertenecían a una categoría de objetos de los cuales ninguno había sido inventariado por el gobierno mexicano. Como consecuencia de lo anterior, la solicitud de éste se basaba en una descripción general y no específica de los bienes en controversia; más aún, el gobierno mexicano no había podido precisar la fecha de adquisición de los objetos y de su ulterior exportación.

En el criterio de la Corte tejana, la falta de un inventario de los bienes culturales que pertenecen al Estado conduce a la imposibilidad de que éste logre las recuperaciones que pretende. A pesar de que el Tratado de Extradición suscrito el 4 de mayo de 1978 entre México y Estados Unidos prevé esta medida en caso de trasgresión de las leyes relativas a la importación, exportación y tránsito internacional de bienes, mercancías e inclusive objetos históricos o arqueológicos, conforme a la legislación interna, a falta de considerar como delito la exportación de bienes culturales propiedad del Estado, éste no se encuentra habilitado para exigir la extradición del exportador con arreglo, esta vez, a los tratados de extradición, aun cuando fueran bienes culturales de gran valor.

La sentencia en esta controversia, de alta complejidad, no omitió mencionar lo relativo a la certeza de la fecha, quizá, uno de los argumentos más sólidos. Conforme a las pruebas aportadas a la generalidad del enunciado sobre los bienes precolombinos en controversia, no se pudo acreditar si éstos habían sido sustraídos ya en vigor la ley mexicana de 1972.

La decisión del tribunal en el precedente *Mc Clain* contrasta con la del caso *Hollinshead*,²⁵ resuelto en 1974. En este último, el traficante estadounidense de arte precolombino del mismo nombre financiaba a un personaje

²³ *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1972.

²⁴ Duboff, Leonard *et al.*, *op. cit.*, pp. C-24 y C-25.

²⁵ United States 495 f.2.D. 1154.

guatemalteco de apellido Alamilla, con quien organizó el pillaje de bienes culturales prehispánicos, entre los que se encontraba la estela maya denominada Machaquila Estela II, de gran valor venal en Estados Unidos. Esta pieza se localizó en la selva guatemalteca y fue seccionada en pequeñas piezas para facilitar su exportación ilícita a través de Belice. En esa forma fueron transportadas por Johnnie Brown Fell y Ed Dwyer a Santa Fe Springs, California, bajo el membrete de efectos personales. La estela Machaquila Estela II trató de ser vendida de Decatur, Georgia, a la ciudad de Nueva York, y de Wisconsin a Raleigh, en Carolina del Sur.

El caso fue resuelto por el juez federal Benjamín Cushing Duniway,²⁶ perteneciente al primer distrito de la Corte de Apelaciones con sede en San Francisco, California, quien resolvió que conforme a la legislación de Guatemala la pieza era propiedad de ese Estado y no podía ser desplazada sin una autorización expresa del gobierno federal. En el caso, ninguna autorización había sido otorgada. A fin de que la acción incoada pudiera prosperar, Guatemala demostró la propiedad del objeto del litigio.

La diferencia entre el precedente *Mc Clain* y éste es clara: Machaquila Estela II estaba debidamente registrada e identificada, en gran medida por la intervención del arqueólogo estadounidense Ian Graham,²⁷ y la prueba de propiedad por parte del gobierno guatemalteco estaba correctamente fundada y motivada.

Por el contrario, en el *caso Mc Clain* se trataba de un lote de objetos que no había sido inventariado por el gobierno mexicano; la demanda se basaba en una descripción genérica, y no específica, de las piezas. La fecha de la adquisición resultaba imposible de determinar. No debe soslayarse que la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas²⁸ data de 1972 y que la falta de un inventario impedía identificar con certeza los objetos precolombinos procedentes de México, así como establecer la fecha exacta de adquisición, lo que dificultaba de sobremanera la aplicación de dicha ley.

Además, en el *caso Hollinshead* no se carecía de pruebas para acreditar que la parte demandada no desconocía que la transferencia de la estela era

²⁶ 495 F.2d 1154 (1974) United States of America, Plaintiff-Appellee, v. Clive Hollinshead, Defendant-Appellant. United States of America, Plaintiff-Appellee, v. Johnnie Brown Fell, Defendant-Appellant. Nos. 73-2525, 73-2526. April 11, 1974. Rehearing Denied June 3, 1974. Rehearing Denied June 17, 1974. United States Court of Appeals, Ninth Circuit.

²⁷ Ian Graham había fotografiado la estela *in situ* en un templo de Machaquila poco antes de su desplazamiento clandestino por Hollinshead. Véase Merryman, John Henry, *Thinking about the Elgin Marbles...*, *cit.*, p. 166.

²⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1972.

contraria a la ley guatemalteca y que se trataba pura y simplemente de un robo. En cambio, debido a la complejidad de la legislación mexicana hasta antes de 1972 —fecha de la promulgación de la ley actualmente en vigor que atribuye la propiedad de los bienes precolombinos al Estado—, faltaba la nitidez y la contundencia requerida.

Debe igualmente subrayarse que las cortes estadounidenses han sido claras en sus decisiones al rechazar la restitución de bienes culturales cuando no se acredite la aplicación efectiva de las legislaciones internas por parte de los Estados de origen, particularmente de los latinoamericanos. Un solo caso, entre otros muchos, demuestra este aserto: el precedente *Peru Government v. Benjamín Jonson et al.*,²⁹ consistente en que el gobierno de Perú solicitaba la restitución de bienes culturales de la cultura moche, ubicada en la región de Sipán. Este lote estaba compuesto de objetos de oro y de cerámica que habían sido sustraídos de su territorio sin permiso de exportación y que se albergaban en una colección privada perteneciente a Benjamín Bishop Johnson en California.

El coleccionista, con la coadyutoría del profesor estadounidense John Henry Merryman, uno de los íconos de ese país en la materia, pudo demostrar ampliamente, entre otros argumentos, que la legislación de ese país era solamente retórica, pues no era aplicada en el territorio peruano, y que la simple promulgación de una ley no era suficiente para acreditar la legitimidad de la propiedad del Estado. Los efectos de la ley se limitaban a fijar normas restrictivas de exportación.

El juez federal Gary, cuya decisión fue confirmada por un tribunal de apelación, rechazó la solicitud del gobierno peruano con base en tres argumentos fundamentales: Perú no pudo comprobar que los bienes culturales requeridos habían sido sustraídos de su territorio; tampoco pudo acreditar que habían sido exportados después de la entrada en vigor de su ley y, finalmente, que la legislación peruana no tenía otro efecto que prohibir la exportación.³⁰

La colección precolombina de Johnson fue vendida en subasta en Sotheby's el 18 de noviembre de 1991 en Nueva York.

Este precedente proporcionó suficientes argumentos a la literatura jurídica estadounidense para formular una crítica severa en contra de leyes

²⁹ 720 F. Supp. 810 (1989) *Government of Peru, Plaintiff, v. Benjamin Johnson, Lawrence Wendt, David Swetnam, Jacqueline Swetnam, George Gelsebach, Oman Gaspar, Ronald Stanman and 352 Peruvian Artifacts, Defendants*. No. CV 88-6990-WPG. United States District Court, C.D. California.

³⁰ Merryman, John Henry, *Thinking about the Elgin Marbles...*, *cit.*, p. 160.

que declaran bienes culturales como propiedad del Estado con el único fin de alegar un robo y obtener su restitución. Se arguyó que ésta es una medida política, sin costo alguno para el Estado requirente, que coloca a los tribunales en una situación muy delicada, ya que con sentido común deben oponerse a una legislación que protege el patrimonio cultural de una nación cuando dicha ley se limita a la sola promulgación de textos legales y éstos carecen de un principio de aplicación.

La literatura estadounidense ha sido especialmente crítica de las aplicaciones en su jurisdicción de las leyes extranjeras protectoras del patrimonio cultural. En efecto, considera que su sistema de legalidad es manipulado en esa forma por legisladores extranjeros que crean una propiedad metafísica, incomprensible en su sistema, e incurren con frecuencia en cambios súbitos de criterio respecto de sus políticas culturales.

D. Las negociaciones culturales bilaterales. El caso de los murales de Teotihuacán

En la década de los sesenta fueron sustraídos de Teotihuacán y exportados ilícitamente a California unos murales de una gran valía. Fueron puestos a su venta en ese estado estadounidense y adquiridos por Harold Wagner, un coleccionista de San Francisco. A su muerte, legó estos murales a los Fine Arts Museums of San Francisco y encargó al Banco Crocker la ejecución de sus disposiciones testamentarias. Esta institución financiera se puso en contacto con dichos museos, representados mediante Thomas K. Seligman.

Este curador de los museos para el arte de África, Oceanía, y las Américas concurrió a la residencia de Wagner y se percató de inmediato de la importancia de los murales. Su estado de conservación era deplorable. Muchos de ellos habían sido colocados en el piso y otros incluso en el sótano. La legalidad era incuestionable; conforme a la legislación de California, los murales pasaban a ser propiedad de San Francisco bajo la jurisdicción de los museos.

En la premura de la venta de la residencia y en contra de la opinión de los expertos, el Banco Crocker remitió a los museos legatarios los murales que sufrieron daños considerables. En julio de 1978, ya bajo la vigencia del Tratado de 1970, el Museo contactó al Consulado mexicano que lo reportó de inmediato al Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH). A partir de ahí se iniciaron negociaciones de alta complejidad con posiciones totalmente encontradas; la estadounidense hizo valer que el Tratado de 1970 no podía

tener efectos retroactivos y la mexicana recurrió a la ley de 1972, en términos de la cual la propiedad de los murales le asistía.

El conflicto de ambas legislaciones era más que evidente. Ante ello, el gobierno de México solicitó al abogado general de Estados Unidos que, por su conducto y en su representación, demandara ante las cortes de San Francisco la restitución de los murales.

En tándem con las controversias jurídicas, las partes llegaron a elaborar medidas de preservación básicas de los murales: los museos deberían de informar a las autoridades y a los especialistas mexicanos sobre la identificación y métodos de conservación, así como la forma de disposición. Los murales no debían ser removidos, hasta que pudieran estabilizarse y los trabajos deberían de desarrollarse acorde a una relación recíproca de cooperación.

La Corte de San Francisco desestimó la demanda mexicana, con base en el argumento de irretroactividad del Tratado de 1970, ya que la sucesión de Wagner mostró un documento notariado anterior a 1970.

En mayo de 1979 se llegó a redactar un primer borrador con el Instituto Nacional de Antropología e Historia que se encontraba bajo la conducción de Gastón García Cantú. La parte estadounidense hizo valer un estudio³¹ del Consejo Internacional de Museos (ICOM por sus siglas en inglés) elaborado en el marco de la recién aprobada Convención de 1970, cuyo marco general sirvió para elaborar las propuestas subsiguientes de restitución.

Después de complejas consultas internas, en febrero de 1980 se propuso otro borrador de convenio; en lo sucesivo, la restitución de los murales debería de ajustarse al procedimiento subsecuente; se restituiría un mínimo del cincuenta por ciento de los murales a México, pero el INAH tendría que absorber los gastos de transporte. Los museos iniciarían una campaña recaudatoria de fondos para la conservación y fomento de sus proyectos educativos respecto a la cultura precolombina; el INAH proveería de especialistas en conservación para consolidar y fortalecer los murales. Se debería de montar una gran exposición tanto en San Francisco como en la Ciudad de México y dar el crédito correspondiente a ambas instituciones.

En enero de 1984 y después del cambio de gobierno, el nuevo director del INAH, Enrique Flores Cano Mayet, ratificó los acuerdos suscritos. Hubo todavía que superar algunas desavenencias en la forma de restaurar los murales.

Es difícil estimar el porcentaje de los murales que le fueron restituidos a México; finalmente en febrero de 1986 se pudo montar la exposición en el Museo Nacional de Antropología e Historia.

³¹ Study on the Principles, Conditions and Means for the Restitution or Return of Cultural Property in view of reconstituting Dispersed Heritage. En la edición especial: Return and Restitution of Cultural Property. Museums. núm. 1, at 62, 1969.

Esta restitución, y la forma en que se llevó a cabo, es citada con frecuencia por parte de la literatura especializada. Las dos aproximaciones varían diametralmente: para la parte estadounidense se sostiene que a pesar de poder hacer valer la irretroactividad del tratado de 1970 y que conforme a su legislación le asistían en propiedad los murales, la federación había accedido a la demanda mexicana, lo que evidenciaba el ánimo de cooperación internacional cultural; para México, significaba la obtención y restauración de parte de su patrimonio cultural expuesto al pillaje y a la desolación.

2. *Regulation of Importation of pre-Columbian Monuments
or Architectural Sculptures or Murals (El reglamento de 1972)*³²

Hacia 1969, Clemency Coggins, una historiadora del arte especialista en cultura precolombina, publicó en la revista *Art Journal* el artículo titulado “Illicit Traffic of pre-Columbian Antiquities”,³³ que en su parte inicial enuncia: “La última década fue testigo de un aumento sensible y sistemático del robo, la mutilación y la exportación ilícita de monumentos mexicanos y guatemaltecos, con la finalidad de satisfacer el apetito del mercado internacional de arte. América Latina no había sido objeto de un pillaje tan devastador desde el siglo XVI”,

Capítulo único

Las revelaciones de Coggins, entre otras añadidas a la firma del Tratado de 1970, motivaron al gobierno estadounidense, con la aprobación de Congreso, a promulgar el Reglamento de 1972,³⁴ que se limita a las piedras talladas y a las pinturas murales que constituyen monumentos inmóviles o a estructuras arquitectónicas adosadas a monumentos, y que, aun cuando es de alcance modesto, representa un síntoma significativo en uno de los mercados más importantes de arte.

Este reglamento declara la ilegalidad de toda importación a Estados Unidos de monumentos, esculturas y pinturas precolombinas que no vayan acompañadas de un certificado de exportación otorgado por las autoridades del país de origen. De esta manera, después de la fecha de entrada en

³² 9 U.S.: C. && 2091 y seq.

³³ Coggins, Clemency, “Illicit traffic of pre-columbian antiquities”, *Art Journal*, núm. 29, 1969, p. 94.

³⁴ 19 U.S.: C. && 2091 y seq.

vigor de dicho ordenamiento, ningún monumento o escultura precolombina puede ser exportado a Estados Unidos, ya sea directa o indirectamente, a menos que esté acompañado de un certificado que acredite que la exportación no se efectúa en trasgresión de la ley del país de origen.

El reglamento estadounidense es mucho más comprensivo que el Acta Cultural y requirió la adaptación de ciertas disposiciones del sistema de administración aduanal. Con ello se pretende impedir la introducción al territorio estadounidense de monumentos precolombinos en las circunstancias arriba descritas. Los bienes que no cumplen los requisitos deben ser puestos a resguardo, a efecto de que, durante los siguientes noventa días, se exhiba la documentación comprobatoria. Una vez transcurrido ese plazo, se procede a su confiscación y transferencia al gobierno de Estados Unidos, que posteriormente debe proponer la restitución al país de origen; evento que sólo puede efectuarse si éste acepta pagar los gastos ocasionados para la devolución y si se cumplen con las demás condiciones del gobierno estadounidense.

Este reglamento tiene una importancia capital, sobre todo porque implica una protección preventiva de los bienes culturales. Plantea que debe elaborarse una lista de las piedras talladas y del arte mural, ya sea de monumentos precolombinos, de esculturas arquitectónicas o de pinturas murales, y prevé que los bienes culturales pueden catalogarse en función de su especie o con base en otra clasificación que el gobierno estadounidense juzgue conveniente. En este orden están bajo su ámbito material de validez únicamente aquellos murales que figuren en la lista elaborada por el Secretary of the Treasury de Estados Unidos en coordinación con el Departamento de Estado. A diferencia del Tratado de 1970, el adquirente de *bona fide* no tiene derecho a ninguna compensación.

Como puede fácilmente constatarse, el control fronterizo tiene por lo tanto una función crucial: los vistas aduanales, conforme a lo expuesto, deben asegurarse de que ningún bien cultural precolombino sea introducido a Estados Unidos sin una autorización oficial redactada en los términos previstos por la legislación del Estado de origen. En la práctica, las medidas preventivas aduanales de carácter general permiten reducir de manera considerable la exportación ilícita y el robo de bienes culturales precolombinos.

3. *Los acuerdos bilaterales firmados entre México y los países de América Latina*

La emergencia de una conciencia internacional sobre la necesidad de proteger los bienes culturales —que se traduce, entre otros aspectos, en declaraciones y la denuncia de saqueos— obligó México a reaccionar y re-

doblar sus esfuerzos en el escenario internacional. Esa preocupación tuvo repercusiones en los otros países de la región mesoamericana, los cuales elaboraron textos legales convergentes en los que aspiraron a proteger los bienes culturales precolombinos.

El análisis de la legislación mesoamericana relativa a esta protección es indispensable para determinar en qué medida la creación de un *ius commune* cultural contribuye de manera eficiente al combate contra el tráfico ilícito de bienes culturales precolombinos. La existencia a escala mundial de una predisposición indubitable coadyuvó de manera notoria a la creación de un nuevo orden jurídico cultural internacional.

Los países de América Latina se dieron a la tarea de elaborar la Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas³⁵ (Convención de San Salvador). Su texto fue discutido en enero de 1976 en San Salvador por el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que adoptó la resolución 275. Su texto fue finalmente aprobado en el Sexto Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos del 16 de junio de ese mismo año en Santiago de Chile, a pesar de la expresa reticencia de Washington. México mostró desde el inicio una reserva similar, pero por diferentes razones, a la fecha no ha ratificado la convención y optó por suscribir acuerdos bilaterales con los países del área. Cabe resaltar lo obvio: tampoco la ha ratificado Estados Unidos.

Puede parecer difícil entender por qué, cuando disponía del marco específico de protección de los bienes culturales en la región mesoamericana propuesto por la Convención de San Salvador, México privilegió la conclusión de estos acuerdos bilaterales para proteger los bienes arqueológicos. La razón es sencilla: en el marco de esa convención, el Estado requirente tiene el derecho de comparecer en los tribunales del Estado requerido e incoar las acciones judiciales pertinentes para la solicitud de “la aplicación de las sanciones correspondientes a los responsables del delito”.

La sola mención de que un Estado extranjero podría comparecer ante tribunales nacionales le pareció inaceptable a la Federación mexicana, impregnada en esa época de una concepción de soberanía enraizada en el siglo XIX y determinada en gran medida por la complejidad de sus relaciones con Estados Unidos. Actualmente, en el ámbito de los tratados comerciales auspiciados por México y la consecuente reconceptualización de la noción de soberanía, este argumento ha perdido su peso específico. Finalmente, la suscripción del Tratado de 1970 hace de México una excepción en el ámbi-

³⁵ Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-16.html>.

to latinoamericano, y por ello, en el criterio de las autoridades mexicanas es irrelevante para los intereses nacionales.

A. *Los acuerdos bilaterales y la convención de San Salvador*

La diferencia entre los acuerdos sobre protección y restitución de monumentos arqueológicos, artísticos e históricos suscritos por México y diversos países de la región mesoamericana y la Convención de San Salvador es sustantiva. Dichos acuerdos privilegian la vía diplomática y corresponde al Estado mexicano agotar todos los medios a su alcance, inclusive por la vía judicial, para lograr que al Estado requirente se le restituyan esta categoría de bienes.

De esta manera, México suscribió acuerdos en materia de protección y restitución de monumentos arqueológicos, artísticos e históricos con El Salvador,³⁶ Guatemala³⁷ y Belice,³⁸ cuyo contenido es idéntico. El principal objetivo de los mismos es prohibir e impedir la introducción a estos Estados parte bienes de esa naturaleza que hubieran sido sustraídos de museos o colecciones y cuya importación no hubiera sido debidamente autorizada por el país de origen de las piezas.

Los Estados parte tienen legitimidad para agotar todos los medios legales de los que disponen para recuperar y devolver los bienes exportados ilícitamente o sustraídos del territorio del Estado requirente. Este último deberá para ello proporcionar toda la documentación y las pruebas necesarias que acrediten su solicitud. Los acuerdos privilegian claramente la vía diplomática para la solución de estos requerimientos.

Los gastos inherentes a la recuperación y devolución de estos bienes serán cubiertos por el Estado requirente, sin que exista la legitimidad de reclamar daños y perjuicios causados a los bienes culturales en controversia. El Estado requirente no se verá obligado a pagar ninguna indemnización a la persona que hubiera exportado el bien cultural ilegalmente o que lo hubiera adquirido.

³⁶ El Acuerdo sobre Protección y Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos, celebrado entre México y el Salvador, fue firmado en México el 7 de junio de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 1993.

³⁷ El Acuerdo sobre Protección y Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos, celebrado entre México y el Guatemala fue firmado en México el 31 de mayo de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de febrero de 1976.

³⁸ El Acuerdo Relativo a la Protección y la Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos, celebrado entre México y Belice, fue firmado en la ciudad de Belmopán, en Belice, el 20 de septiembre de 1991 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de marzo de 1996.

Los Estados parte se obligan a aplicar su legislación nacional por medio de las autoridades competentes y a sancionar a toda persona que sobre su territorio sea culpable de un acto con miras a sustraer o exportar ilícitamente monumentos arqueológicos, artísticos o históricos.

Los monumentos arqueológicos son definidos como todo bien mueble e inmueble producto de culturas anteriores al establecimiento de la cultura hispánica sobre el territorio nacional respectivo, así como los restos humanos y los vestigios de flora y fauna provenientes de estas culturas; los artísticos, como las obras de gran valor estético, y los históricos, como los bienes relativos a la historia de cada nación, así como los documentos y los expedientes de archivos y los fondos de las bibliotecas, de los museos y de las colecciones que sean de propiedad pública o de particulares a partir del establecimiento de la cultura hispánica sobre el territorio del Estado requirente.

La extensión del ámbito material de validez de aquellas nociones jurídicas deberá ser determinada por la legislación interna vigente en cada Estado parte y, en caso de controversia, se recurrirá a la vía diplomática.

Debido a las características propias de Belice, el acuerdo bilateral celebrado con ese país presenta ciertos matices y extiende su espectro material de validez a los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles sobre los cuales se ejercían derechos reales o personales y que procedan de culturas anteriores al establecimiento de las culturas hispánica y británica en los territorios de esa nación y de México.

B. *Los alcances de los acuerdos bilaterales*

Los acuerdos bilaterales tienen un carácter eminentemente administrativo y son consistentes con la Convención de la UNESCO de 1970, que recurre al mismo mecanismo de solución de controversias. Esta última, empero, contiene importantes disposiciones en materia de derecho privado y adopta como regla de conflicto la ley del Estado requerido, con lo cual privilegia la *lex rei sitae* como *point de rattachement*.

En caso de adquisición de buena fe a *non domino*, ni el Estado requirente ni el Estado requerido están obligados a pagar indemnización alguna. Esta disposición que se contiene en los acuerdos bilaterales es una modificación sustancial de las reglas de derecho común y privilegia la fórmula *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, lo que supone un reconocimiento implícito del régimen de *res extra commercium* para la protección legal de los bienes culturales, vigente en toda la región.

Esta alteración sustancial del derecho común de los países en cuestión demuestra sin embargo que sólo se considera la ilegalidad del tráfico de los bienes arqueológicos precolombinos y que su origen nacional carece de importancia. Lo anterior explica por qué el Estado requirente no está obligado a pagar indemnización, ni tampoco se considera la eventual buena fe del tercer adquirente. El interés de la preservación de la cultura debe prevalecer sobre los intereses nacionalistas o del mercado.

Las nociones mexicanas de monumentos arqueológicos, artísticos e históricos predominaron en un inicio en la formación de un *ius commune* en Mesoamérica. La principal característica de éste fue instaurar un nuevo orden público cultural en lo referente a la protección de los bienes culturales. Se puede sostener que existe una verdadera convergencia en el ámbito territorial de validez de estos acuerdos bilaterales y de las leyes internas. Todos son relativos a los bienes precolombinos, los cuales proceden esencialmente de la cultura maya. Si bien es cierto que las leyes domésticas de Mesoamérica revelan un nacionalismo cultural evidente, los acuerdos de cooperación y las convenciones interamericanas privilegian el interés cultural.

En la formación de este *ius commune* de bienes precolombinos falta resolver un sinnúmero de situaciones. La migración de las culturas precolombinas, principalmente de la maya, dificulta en grado extremo, incluso para los expertos, la identificación de la pertenencia de piezas controvertidas. En efecto, aquellas piezas precolombinas procedentes de una misma cultura se encuentran diseminadas sobre los territorios de diversos países y, por consiguiente, se hallan sometidas a regímenes legales variables. En estas condiciones, en las controversias internacionales el juez del foro tendrá grandes dificultades al seleccionar la ley del lugar de origen y, finalmente, resolver a qué país debe ordenar la restitución de un bien cultural en controversia.

Actualmente, ningún mecanismo jurídico está desarrollado para darle curso a la solución de controversias que pudieran surgir entre los distintos Estados de las regiones mesoamericanas y la andina central. La elaboración de fórmulas de solución a estos conflictos deberá someterse al interés cultural por encima de cualquier otro, especialmente del nacionalista.

Como se puede constatar, el grado de eficacia de dichas leyes protectoras es poco uniforme y, a veces, francamente discutible. Incluso algunas de ellas han sido declaradas contrarias a su respectiva Constitución en ciertas disposiciones, como fue el caso de la legislación costarricense sobre Patrimonio Nacional Arqueológico.³⁹

³⁹ Costa Rica ha adoptado diferentes legislaciones protectoras del patrimonio arqueológico: la Ley 7 de Defensa del Patrimonio Nacional Arqueológico, del 6 de octubre de 1938,

III. LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO EN TIEMPOS DE PAZ

Las primeras reflexiones sobre el patrimonio cultural material conducen inevitablemente a la discusión sobre el patrimonio cultural de la humanidad. En el plano universal, el *derecho internacional de la cultura* está compuesto por una miríada de convenciones que admiten una clasificación que, si bien es arbitraria, obedece a una racionalidad que gobierna su normatividad. Esta distinción hace referencia a la protección del patrimonio cultural en tiempos de conflicto armado y de paz.

La definición de la protección de los objetos culturales para uno y otro caso no hace más que apegarse a la clasificación tradicional del derecho internacional presente desde la obra clásica de Hugo Grotius titulada *De iure belli ac pacis*. Esos dos géneros de convenciones son de vital importancia en lo que atañe a la protección de los bienes culturales. Las normas de protección internacional en la materia en tiempos de paz se emplean para proteger de manera eficiente los bienes culturales nacionales, en especial en contra del tráfico ilegal, el robo y la exportación ilícita.⁴⁰

Las leyes nacionales tienen un ámbito de acción limitado en razón de las fronteras territoriales y, por lo tanto, cualquier fórmula de protección nacional tendrá un efecto igualmente restrictivo a menos que se cuente con la cooperación judicial de las Cortes de otros Estados, lo que posibilitaría la restitución de objetos culturales a sus países de origen.

Por otra parte, la necesidad de regular la protección de los bienes culturales a través del derecho nacional durante conflictos armados se manifiesta por el reconocimiento de la importancia internacional de esos bienes, conforme al postulado de que constituyen un patrimonio universal.

Las convenciones internacionales en tiempos de guerra se encuentran presididas por la Convención para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y su Reglamento para la aplicación de la Convención de La Haya de 1954,⁴¹ el Primer Protocolo de la Convención de esa fecha⁴² y

y su reglamento, la Ley 6703 sobre la Defensa del Patrimonio Nacional Arqueológico del 19 de enero de 1982 y su reglamento, que fue cuestionada ante la Suprema Corte de ese país, y más recientemente la Ley 7555 sobre el Patrimonio Histórico-Arquitectónico.

⁴⁰ Streinz, Rudolf, *op. cit.*, p. 20.

⁴¹ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html y *Diario Oficial de la Federación* del 3 de agosto de 1956.

⁴² Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1999.⁴³

Por otro lado, en las convenciones internacionales en tiempos de paz el eje se encuentra en 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 (Convención de 1970),⁴⁴ en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972 (Convención de 1972),⁴⁵ y en la Convención del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Convención del UNIDROIT) sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente.⁴⁶

Las anteriores convenciones se han visto acompañadas de otras como la relativa a la salvaguarda del patrimonio cultural subacuático del 2001,⁴⁷ la correspondiente a la protección del patrimonio cultural inmaterial del 2003⁴⁸ y la alusiva a la protección de la diversidad de contenidos culturales y de expresiones artísticas del 2005.⁴⁹

Existen otros instrumentos internacionales que, si bien no en forma específica, evidencian el interés de la comunidad internacional por la cultura y los bienes culturales.

1. *La Convención de 1970*

Este análisis parte de una constatación: la legislación nacional tiene como límites las fronteras territoriales. El tráfico ilícito de bienes culturales, que ha dañado seriamente nuestro patrimonio cultural, cobra especial significado en el plano internacional. Es por ello que debe privilegiarse inicialmente el estudio de la legislación internacional que forma parte de nuestro sistema jurídico.

Más aún, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máxima intérprete de la Constitución, determinó la jerarquía normativa de la legislación mexicana. Conforme a este criterio jurisprudencial, los tratados internacionales ratificados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República

⁴³ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁴⁴ *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1972 y del 4 de abril de 1973.

⁴⁵ *Diario Oficial de la Federación* del 23 de enero de 1984 y del 2 de mayo de 1984.

⁴⁶ Disponible en: <http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>.

⁴⁷ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13520&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁴⁸ Disponible en: <http://www.unesco.org/culture/ich/es/convenci%C3%B3n>.

⁴⁹ Disponible en: <http://www.iedf.org.mx/sites/DDHH/convenciones/17.pdf>.

prevalecen sobre las leyes, tanto federales como de las entidades federativas. De ahí la importancia de desarrollar inicialmente este análisis de los instrumentos internacionales, parte integrante del sistema jurídico mexicano.

La protección de los bienes culturales, y con ello la protección internacional del patrimonio cultural mexicano, se inicia con la redacción de la Convención de 1970. Su génesis se encuentra en la emergencia de una conciencia internacional que dio lugar al desarrollo de la noción de protección de los bienes culturales.

El 14 de noviembre de 1970, la Conferencia General de la UNESCO aprobó 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 (Convención de 1970), mediante la cual se pretendía crear un nuevo paradigma en la protección del patrimonio cultural de la humanidad.⁵⁰

El análisis se desarrolla por lo tanto en el ámbito material de validez de esta Convención y la de sus efectos. De igual manera, deben destacarse sus insuficiencias, como su precaria solución de las controversias que oponen al propietario desposeído del Estado de origen con el tercer adquirente de buena fe *a non domino* del Estado de destino. El artículo 7-B.II de la Convención de 1970 propone un principio de solución que, en términos de la complejidad de la controversia, resulta, por decir lo menos, deficiente. El análisis concluirá con algunas consideraciones en relación con el contexto actual de dicho instrumento.

A. Su génesis

En la época en la que se confeccionó la Convención de 1970 prevalecía un sentimiento nacionalista exacerbado. Este *nacionalismo cultural* se fundamenta en la relación existente entre la propiedad cultural y la determinación de su *culturalidad*. Para delimitar su identidad, los pueblos deben poseer una conciencia histórica, la cual se halla contenida en los bienes culturales.

Éstos son, por consiguiente, necesarios para la definición de la *culturalidad* y constituyen un elemento de cohesión en las sociedades; revelan a los pueblos quiénes son y de dónde vienen y, por otra parte, la preservación de una cultura específica permite salvaguardar la diversidad cultural. Los bienes culturales enriquecen y civilizan la vida, estimulan la investigación y el conocimiento. Un pueblo desprovisto de ellos se empobrece fatalmente.⁵¹

⁵⁰ *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1972.

⁵¹ Duboff, Leonard *et al.*, *op. cit.*, p. 53.

Las peripecias mexicanas son emblemáticas por la migración de sus bienes culturales, causada por el robo o la exportación ilícita. El Estado mexicano posee una gran riqueza cultural, pero a través de su historia ha padecido graves restricciones económicas; esto explica en alguna forma el éxodo de una parte importante de su patrimonio cultural con destino a los mercados internacionales del arte, los cuales han florecido en los Estados que gozan de un poder adquisitivo elevado.

Este flagelo, que afecta a numerosos Estados, dio pie a que, bajo el liderazgo diplomático mexicano y peruano, se exploraran medidas para evitar la migración de bienes culturales y se instauraran normas prohibitivas de exportación. Ello requería de la sustitución de legislaciones permisivas por prohibiciones específicas, y de legislaciones prohibitivas por autorizaciones administrativas.

Sin embargo, cualquiera que fuese la fórmula elegida, se encontraba acotada por los límites de las fronteras nacionales. Esta limitación restringía seriamente el alcance de las normas de protección de los bienes culturales. Un principio de solución consistía en la elaboración de convenciones con vocación universal para tratar de atemperar este flagelo.

En 1956, la UNESCO emitió una recomendación para que los Estados miembros adoptaran medidas para impedir el contrabando de bienes arqueológicos provenientes de excavaciones clandestinas y alentar paralelamente a los Estados de destino de objetos culturales a impedir la adquisición de esos bienes por parte de sus museos y denunciar el tráfico ilícito.

En 1960, Perú y México impulsaron la redacción de acuerdos internacionales con el propósito de frenar la exportación ilícita de objetos precolombinos, fundamentalmente con destino a Estados Unidos. No puede pasar desapercibido que los bosquejos iniciales de la citada Convención corresponden a las diplomacias mexicana y peruana, y que la aprobación de este instrumento se realizó bajo la firme conducción del embajador mexicano Francisco Cuevas Cancino.⁵²

Estas preocupaciones, aunadas a las de otras regiones, motivaron a la Conferencia General de la UNESCO a aprobar una nueva resolución que exhortaba a los países de destino de objetos culturales a impedir el tráfico ilícito y la entrada a su territorio de bienes culturales que carecieran de un certificado que autorizara su exportación, expedido por el Estado de origen.

⁵² Nafziger, James. A. R., "The 1970 UNESCO Convention: Insights, Circumspections, and Outlooks", en Sánchez Cordero, Jorge (ed.), *The 1970 Convention. New Challenges/La Convención de l'UNESCO de 1970. Les Nouveaux Défis*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014, p. 216.

En el seno de la comunidad internacional estas medidas favorecieron la idea de que no era sino mediante la adopción de una convención internacional como se lograría frenar el tráfico ilícito de bienes culturales.

El proyecto se fundamentó en un argumento central: reforzar los controles de exportación e importación de bienes culturales. La primera sólo sería posible si el país exportador expedía un certificado de autorización para tal efecto y de manera simétrica se impediría la importación de todo bien cultural desprovisto de tal certificado.

En razón del peso específico del mercado interno de objetos de arte de los países de destino, las medidas prohibitivas se mitigaron y el 14 de noviembre de 1970 finalmente se aprobó la Convención de 1970, que le da satisfacción a un fuerte nacionalismo cultural.

En efecto, este instrumento delegó en los Estados nacionales la determinación de la *culturalidad* de los bienes que deberían estar legalmente protegidos. Con ello fomentó una hegemonía cultural en el ámbito interno de los Estados. Más aún, es una Convención entre Estados en la que los particulares carecen de legitimidad procesal activa para reclamar la restitución de sus bienes culturales. La última consecuencia, por lo tanto, es que las colecciones privadas no se encuentran protegidas por esta Convención.

La literatura jurídica criticó las posturas exacerbadas del nacionalismo cultural, identificadas como *byronismo*,⁵³ y sostenía que se trataban más de una profesión de fe que de un acto de razón.

B. *La noción de protección de bienes culturales y su ámbito de aplicación*

La Convención de la UNESCO de 1970 aborda en primer lugar la definición de bienes culturales, que responde a dos criterios principales: el primero concede ese término a uno de los 11 grupos que consigna y que comprende prácticamente todas las colecciones de museos y de archivos, en especial las naturales (de zoología, botánica y mineralogía, entre otras) y las de valor histórico; los objetos provenientes de excavaciones arqueológicas lícitas o ilícitas y los que revisten un interés etnológico; los sitios arqueológicos; los monumentos históricos o artísticos; las antigüedades; los manuscritos raros o los libros incunables; las publicaciones y los documentos antiguos que representen un interés especial, y las estampillas antiguas.

⁵³ Lord Byron criticó con virulencia a Lord Elgin por haber transferido los famosos Mármoles Elgin al Reino Unido, y escribió al respecto dos poemas célebres: “The Curse of Minerva” y “Childe Harold’s Pilgrimage”, que los partidarios del nacionalismo cultural citan a menudo.

El segundo criterio, que responde a la exigencia de una descripción de los bienes, fue muy criticado por ser incompatible con otras definiciones presentes en documentos de la materia, como es el caso de la Convención de La Haya de 1954. En esta última la definición de los objetos culturales es limitativa, en tanto que la Convención de 1970 es exhaustiva.

Esta diferencia, empero, se entiende fácilmente si se considera que la Convención de 1954 no estuvo respaldada por un consenso de los Estados miembros de la UNESCO, mientras que para la de 1970 se aceptaron fórmulas de compromisos a fin de posibilitar los controles de exportación y, sobre todo, de importación de los bienes culturales.

Sin embargo, la eficacia de las prohibiciones de exportación depende de la adopción por los países de destino de prohibiciones de importación correlativas en sus legislaciones nacionales; sin estas modificaciones, cualquier disposición prohibitiva de exportación resultaría estéril.

Los Estados parte de la Convención, y México en particular, se comprometieron a instituir un certificado apropiado mediante el cual el Estado exportador autorizara la exportación del bien o los bienes considerados; documento que tendría que acompañar todo bien cultural que pretendiera ser exportado. La obligación correlativa es clara: la prohibición de la salida de su territorio de los bienes culturales desprovistos del certificado de exportación y dar a conocer al público la existencia de esa prohibición, en especial a las personas que podrían exportar o importar estos bienes.

Para puntualizar lo obvio, estas disposiciones sólo podrán ser eficientes si encuentran una correspondencia en la legislación de los países de destino, que debieran prohibir la introducción en su territorio de bienes culturales carentes de certificado de exportación. Para ello los Estados parte de la Convención se obligaron a tomar las medidas pertinentes para proveer a sus legislaciones internas de textos y reglamentos a fin de evitar que sus museos o instituciones similares adquirieran objetos exportados ilícitamente.

Es importante destacar que la noción básica de “museo” presupone la presencia en éste de colecciones representativas de culturas diversas y que esta institución debe constituirse en un lugar de convergencia de cultura universal. El museo se encuentra, pues, en el centro de la noción de patrimonio cultural y lo constituyen bienes culturales procedentes de todas las latitudes posibles.⁵⁴

El régimen jurídico de los objetos robados es distinto, y lo es más cuando éstos se hallan consignados en un inventario previamente realizado por

⁵⁴ *Diario Oficial de la Federación* del 4 de abril de 1973.

un Estado de origen de la Convención y fueron sustraídos de un museo, de una colección pública o de un sitio religioso de importancia.

Esa protección de los objetos culturales robados se circunscribe a los bienes culturales que pertenecen al dominio público del país exportador y no se extienden al dominio privado. Paralelamente, el país de destino de los objetos robados debe tomar medidas para confiscarlos a fin de restituirlos a su país de origen si éste formula una demanda, y sólo eso le será posible si aporta modificaciones a su legislación nacional.

Puesto que Estados Unidos encabeza el mercado natural de los bienes arqueológicos precolombinos de Mesoamérica, la ratificación de la Convención de 1970 por ese país fue determinante para México y para los otros países de América Latina, a pesar de la complejidad de la Convention on Cultural Property Implementation Act (Acta Cultural),⁵⁵ de sus reservas y de sus criterios interpretativos. En el caso de México, habría que añadir el Tratado de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América que dispone la Recuperación y Devolución de Bienes Arqueológicos, Históricos y Culturales Robados (Tratado de 1970) resulta fundamental.⁵⁶

Las dos grandes omisiones atañen a los museos privados, que no son mencionados, y a la carencia de una reglamentación específica en torno a la adquisición en el ámbito privado de bienes culturales. En lo referente a la primera, conviene mencionar que, en el momento de ratificar la Convención de 1970, Estados Unidos en su Acta Cultural declaró que el artículo 7-a debía referirse únicamente a los museos públicos y no a otras instituciones, como los privados. Hay que precisar que en los países del *common law* la diferencia entre los dominios público y privado es inexistente, y en su territorio un número significativo de bienes culturales muebles pertenece a instituciones independientes del gobierno.⁵⁷

En los términos de la Convención se privilegia la cooperación internacional. Ésta exige que cuando un Estado parte estime que su patrimonio cultural se encuentre en peligro debido a pillajes arqueológicos o etnológicos, puede solicitar ayuda a los Estados involucrados.⁵⁸ Pero este derecho deriva de la obligación ineludible del Estado de origen de resguardar sus bienes culturales bajo amenaza. El Estado requirente debe acreditar su se-

⁵⁵ The Convention on Cultural Property Implementation Act f 1983 and Public Law N. 97-446-Stat. 2350, 19 U.S.: C:A: párr. 2601 FF.

⁵⁶ *Diario Oficial de la Federación* del 9 de junio de 1971.

⁵⁷ Prott, Lyndel, "Philosophies, Politics, Law and the 1970 UNESCO Convention", en Sánchez Cordero, Jorge (ed.), *The 1970 Convention. New Challenges...*, cit., p. 100.

⁵⁸ Streinz, Rudolf, *op. cit.*, p. 86.

riedad y demostrar que su interés es genuino, mediante esfuerzos efectivamente realizados con miras a proteger su patrimonio cultural.

Así, en ejercicio de ese derecho, Canadá y Ecuador solicitaron a Estados Unidos medidas de restricciones para impedir la exportación ilícita de sus bienes culturales; pero Canadá se vio imposibilitado para demostrar la existencia de un pillaje en los términos estipulados por el artículo 9o. de la Convención⁵⁹, por lo que su demanda no prosperó. Conviene subrayar que en lo que se refiere a atender demandas de países de origen, tanto Canadá como Estados Unidos poseen legislaciones internas muy generosas tratándose de naciones de origen de bienes culturales.⁶⁰

Es una práctica internacional comúnmente admitida que las normas internacionales aprobadas por los Estados parte se apliquen sin necesidad de modificar las legislaciones internas; por tanto, deben ser observadas, entre otros, por los tribunales de los países en cuestión; es una secuela lógica de la expresión de la voluntad del Estado parte, que asume así sus obligaciones internacionales. Se puede, en consecuencia, anticipar que la Convención de 1970 participa también de este beneficio, lo que implica que, por efectos de esta Convención, las legislaciones de todos los Estados parte se hubieren modificado *ipso iure*.⁶¹

La efectividad de la Convención depende precisamente de normas correlativas de importación, en especial de los Estados de destino, que poseen importantes mercados de arte.

Finalmente, algunos países en vías de desarrollo se negaron en sus inicios a ratificarla a causa de la obligación enunciada en el artículo 7-B.II, que desarrolla, aún en forma precaria, el derecho a la compensación.

En 1978, la UNESCO formó el comité intergubernamental encargado de promover la devolución de bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita.

C. Los efectos de la Convención de la UNESCO de 1970

Es importante determinar los efectos de la Convención de 1970 a partir de las perspectivas mexicana y estadounidense, pues Estados Unidos constituye uno de los mercados internacionales de arte más importantes y es el destino natural de los bienes precolombinos mexicanos.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁰ Merryman, John Henry, *Thinking about the Elgin Marbles... cit.*, p. 33.

⁶¹ Stato Francese c., “Ministero per I beni culturali e ambientali e de Contessimi”, *Revista di Diritto Internazionale*, núm. 71, 1988, p. 920.

a. La perspectiva estadounidense

Estados Unidos, al ratificar la Convención de 1970, formuló una reserva y emitió seis declaraciones interpretativas lo que, sin duda, hace inviable una aplicación homogénea de esta Convención. Ante ello, México emitió un comunicado en el que expresaba su inquietud de que ello era incompatible con el tratado de 1970 y que pudiera ponerse en riesgo el patrimonio cultural del país. Lo que es un hecho es que el gobierno mexicano, al ratificar la Convención de 1970 no formuló ninguna declaración interpretativa en compatibilidad con la ley de 1972. Este evento tiene repercusiones trascendentes; en el caso de las negociaciones en torno a los murales de Teotihuacán, del cual se da cuenta en este análisis, demandó que se sufragaran los gastos de transporte. El artículo 7.b de la Convención de 1970 dispone, empero, que éstos son a cargo del Estado requirente, lo que obligó a México a desistir de la demanda y absorberlos.⁶²

Estados Unidos no ha sido la única nación en formular reservas; *exempli gratia*, Japón formuló una declaración interpretativa en relación al artículo 7.b en términos de la cual únicamente lo acota a aquellos específicamente designados. Ello ha contribuido a que ante la falta de uniformidad en la asunción de las obligaciones de Estados parte⁶³ se debe evitar en la práctica internacional y privilegiar diversos modelos actualmente existentes.⁶⁴

La práctica jurisdiccional en Estados Unidos es determinante debido, por una parte, a la importancia del mercado del arte en esa nación y, por otra, a que la efectividad de la Convención de 1970 depende de la promulgación de reglas prohibitivas de importación, en especial en los países destino de bienes culturales.

En aquel país ha florecido uno de los mercados de arte y de antigüedades más importantes a escala mundial y, por ende, posee un sistema jurídico muy desarrollado en lo que atañe a estos bienes.⁶⁵ En México, país que, aunque ratificó la Convención de 1970, en la especie fue preciso esperar

⁶² Nafziger, James. A. R., “The 1970 UNESCO Convention...”, *cit.*, p. 221.

⁶³ La Convención de 1970 la han ratificado 123 Estados nacionales al 31 de enero del 2013 última información disponible.

⁶⁴ Nafziger, James. A. R., “The 1970 UNESCO Convention...”, *cit.*, p. 225

⁶⁵ *Exempli gratia*, la Visual Artists Rights Act de 1990. En esta ley, la creación artística se preserva desde el caso *Miller v. California*, en el que se resolvió que toda expresión artística que pudiera considerarse “obscena” era objeto de una protección legal si poseía “un valor artístico serio”. En Merryman, John Henry, *Thinking about the Elgin Marbles... cit.*, p. 6.

hasta 1982 para que, vencidas numerosas vicisitudes, el Acta Cultural⁶⁶ correspondiente fuese finalmente aprobada.⁶⁷

La estructura del Acta Cultural es muy compleja y se puede analizar desde dos perspectivas: la primera respecto a la prohibición de importación a Estados Unidos de determinados bienes culturales ilícitamente exportados de un Estado de origen, y la segunda a partir de la confiscación de aquellos que hayan sido importados en violación de las leyes prohibitivas de exportación del Estado de origen y de su restitución.

El Acta Cultural prevé dos categorías de bienes: los que revisten un interés arqueológico o etnológico para un Estado parte de la Convención de la UNESCO de 1970 y otros. En lo referente a los primeros, el ámbito material de aplicación del Acta se encuentra cuidadosamente delimitado y la protección de esos bienes está sujeta a la satisfacción de varias condiciones simultáneas. Para que la restitución proceda, el país de origen deberá haber concluido un *acuerdo particular* (Memorandum of Understanding: MOU por sus siglas en inglés) con el gobierno de Estados Unidos y cuya conclusión dependerá de la aprobación del Cultural Property Advisory Committee (Comité Asesor de la propiedad cultural estadounidense).

El Estado de origen tendrá que comprobar que el pillaje de sus bienes culturales representa un peligro real para su patrimonio cultural y que otros Estados, sean partes o no de la Convención de 1970, adoptaron o están a punto de hacerlo, al igual que Estados Unidos, medidas de restricción de la misma naturaleza. La intención es obvia: evitar que la clausura del mercado estadounidense se efectúe en beneficio de otros mercados internacionales de arte, como los europeos o el japonés.

Una vez concluido el MOU, la lista de los bienes sujetos a protección se publicará en el *U.S. Federal Register*, y a partir de entonces todo bien arqueológico o etnológico asentado en esta lista e importado en territorio norteamericano será confiscado por las aduanas estadounidenses y restituido a su país de origen, sin considerar si este último, conforme a su legislación interna, resulta ser o no el propietario.⁶⁸

De igual importancia resulta la interpretación de esta Acta Cultural por parte del Senado estadounidense, que acota en forma significativa la noción etnográfica, de tal suerte que los bienes culturales que datan de la Colonia no se encuentran protegidos por los demás países de América Latina.

⁶⁶ Esta Acta de Implementación se conoce bajo el nombre de Convention of Cultural Property Implementation Act of 1983, 19 U.S.C. § 2653 (1982).

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Byrne-Sutton, Quentin, *Le trafic international des biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'Etat d'origine. Aspects de droit international privé*, p. 207.

La solución estadounidense respecto a la Convención de 1970 fue atribuir directamente al Poder Ejecutivo federal la evaluación de la seriedad del interés del Estado requirente en lo relativo a la preservación de su patrimonio cultural y, con base en ello, proceder a la aplicación solicitada de las normas prohibitivas de importación a fin de impedir la introducción en su territorio de los objetos culturales considerados.

En cuanto al intercambio de estos últimos, la noción de bien cultural del Estado amenazado debe ser compatible con los intereses generales de la comunidad internacional. Se pretende así evitar que, conforme a la Convención, y en virtud de la sola demanda del Estado requirente, se introduzcan *ipso iure* en el sistema estadounidense disposiciones prohibitivas de importación y la calificación de la situación de necesidad en que se encuentra el Estado amenazado.

Por lo que se refiere a los *otros* bienes culturales, el Acta Cultural remite a la lista elaborada ex profeso por la Convención de 1970, pero conforme a su artículo 7-b.i aquéllos deben satisfacer una serie de condiciones antes de ser protegidos por el Acta Cultural, como el inventario de un museo, un monumento público religioso o civil o cualquier otra instancia del mismo orden de un Estado parte, y es preciso que el bien cultural haya sido robado a la institución considerada después de la entrada en vigor de esta Convención.

Así, los bienes culturales arqueológicos y etnológicos son protegidos conforme al MOU cuando la protección legal de los *otros* bienes culturales depende de que hayan sido robados a una institución pública y previamente inventariados.⁶⁹

El Acta Cultural dificulta en grado extremo la restitución de los objetos arqueológicos y etnográficos, así como la de los otros bienes culturales, más aún cuando gran parte de los bienes que son víctimas del tráfico ilícito provienen de excavaciones clandestinas y no pertenecen en consecuencia a instituciones públicas o no fueron inventariados; o incluso cuando los que se encuentran en instituciones públicas, como los arqueológicos, no fueron debidamente inventariados por razones diversas.

Para este análisis no puede soslayarse el vínculo existente entre las normas del *common law* de las entidades federativas estadounidenses y el Acta Cultural cuando el bien cultural controvertido ingresó a territorio norteamericano. Para los bienes que revisten un interés arqueológico o etnológico, el Acta Cultural prevé en principio su restitución al Estado de origen sin indemnización al eventual adquirente de buena fe.⁷⁰

⁶⁹ *Ibidem*, p. 208.

⁷⁰ *Idem*.

Se puede colegir que el Estado de origen sólo se ve obligado a pagar una indemnización en determinados casos y tratándose de un tercer adquirente de buena fe. Esta solución es un fiel reflejo de las disposiciones del artículo 7-b.ii de la Convención de la UNESCO de 1970.

Los bienes culturales robados están también sujetos a las disposiciones del Acta Cultural. Le corresponde al adquirente acreditar su buena fe y probar que posee un título conforme a la ley aplicable. Queda por determinar el monto de la indemnización; el pago puede resultar prohibitivo para el Estado de origen. Los criterios empleados para fijar el monto son a veces cuestionables: el criterio objetivo consiste en basarse en el precio de venta o en el valor de mercado, y el criterio subjetivo consiste en determinar un precio equitativo.

En el momento de ratificar la Convención de 1970, Estados Unidos formuló una reserva sustancial en cuanto a la aplicación del artículo 7-b, según la cual ese instrumento debe aplicarse sin perjuicio de otros recursos de orden civil o penal existentes en los derechos de los Estados parte, aferentes a la recuperación de los bienes culturales robados y que serían favorables al propietario legítimo desprovisto del derecho a una indemnización.

En esas condiciones el *common law* legalmente válido podría ser el de cualquier entidad federativa de la Unión Americana en cuyo territorio el bien cultural hubiera sido adquirido después de la importación ilícita.

Tal reserva presupone que el juez del foro estadounidense que considere el Acta Cultural en cuestión debe determinar cuál es la ley más favorable al Estado de origen. Ésta exige que el adquirente de buena fe que reclama una indemnización acredite que es a él y no a una institución pública a quien el bien le ha sido robado. El juez tendría, por consiguiente, que identificar el *point de rattachement* en materia de propiedad, que en la especie bien puede ser la *lex rei sitae*.

Es válido sostener que la conjunción del Acta Cultural, considerada como una legislación específica en el sistema estadounidense y el *common law*, dificulta la adquisición de buena fe y favorece la reivindicación del Estado de origen. Sin embargo, los requisitos exigidos para que la importación de un bien cultural pueda juzgarse ilícita impiden en muchas ocasiones determinar cuáles de los bienes culturales cuya exportación está prohibida en sus Estados de origen pueden gozar de la protección del Acta Cultural.

La complejidad de este ordenamiento obedece a los intentos de dar satisfacción a intereses tan contradictorios como los de los arqueólogos, etnólogos, comerciantes de arte, coleccionistas, museos y comunidades académicas, sin soslayar por supuesto los del Departamento de Estado y del

de Justicia estadounidense, así como los de la Agencia de Información y del Sistema de Aduanas. El plazo transcurrido entre la ratificación de la Convención por el Senado norteamericano en 1972 y la aprobación de esta Acta ilustra bien esa dificultad.

b. La perspectiva mexicana

En el derecho mexicano, la jerarquía normativa de las convenciones internacionales ha generado siempre una gran polémica. Esta jerarquía determina la manera en que el Estado incorpora a su sistema de derecho las diferentes obligaciones contratadas con la comunidad internacional.

Debido a la naturaleza federal de la organización de este país, el debate constitucional reviste un carácter muy peculiar. La controversia fundamental radica en definir la forma en que México debe satisfacer en el plano interno obligaciones contratadas con otros Estados. Los de libre comercio ratificados en los últimos años por México, así como las convenciones internacionales concernientes a los bienes culturales, están sometidos al mismo debate.

El artículo 133 de la Constitución dispone la jerarquía de las normas aplicables y determina en consecuencia la prelación de cada una en su aplicación. Este artículo tiene como antecedente el VI, párrafo II, de la Constitución estadounidense, cuyo texto sirvió de modelo para la redacción del artículo 237 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana del 2 de octubre de 1814, y luego a la del artículo 161, apartado III, de la Constitución mexicana de 1824.⁷¹ El artículo 26 de la Constitución de 1857 replicó esta disposición, cuya práctica continuó en la Constitución de 1917 que rige actualmente en el país. No obstante, la letra consignada durante el siglo XIX y en pleno siglo XX daría lugar a las interpretaciones más variadas.

En 1934, el artículo 133 experimentó una reforma fundamental que sigue vigente. La controversia aferente a la interpretación de estas disposiciones atañía y sigue atañendo a la jerarquía de las leyes, cuyo efecto es determinar la prelación de su observancia. La motivación de la reforma constitucional expuesta por su autor, Oscar Rabasa, consistía en el laconismo del texto constitucional, que sugería que los tratados internacionales eran de igual o incluso superior jerarquía que la Constitución.⁷² La reforma constitucional no logró el objetivo propuesto, al contrario, intensificó la polémica.

⁷¹ Ortiz Aahlf, Loreta, “Jerarquía entre Leyes Federales y Tratados”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2001, p. 235.

⁷² Pereznieto Castro, Leonel, “El artículo 133: Una Relectura”, *Jurídica*, núm. 25, México, 1995. p. 272.

La literatura mexicana se encuentra muy dividida; la SCJN interpretó esta disposición en el transcurso del siglo XX de diversas maneras. En un principio estableció que, con base en ese precepto, tanto las leyes que emanan de la Constitución como los tratados internacionales signados por el Poder Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado, y conformes a la Constitución, ocupaban un rango inmediatamente inferior al de la Constitución en la jerarquía normativa del orden jurídico mexicano y por lo tanto de igual jerarquía normativa. La SCJN rechazaba por lo tanto la existencia de un orden normativo nacional o constitucional entre la Constitución y las leyes federales y locales.

Ese criterio sostenido por la máxima intérprete de la Constitución era fundamental. Planteaba que al momento de considerar si una ley estaba de acuerdo con el texto constitucional sólo se debería tener en cuenta el contenido de este último y el de la ley motivo de diferendo, y hacer caso omiso del enunciado de los tratados internacionales que México hubiera firmado.⁷³

El hecho de que la ley controvertida fuera contraria a un tratado internacional específico no implicaba de ningún modo que estuviera en desacuerdo con la Constitución. Esta interpretación imponía el principio de la supremacía de la Constitución federal, de las leyes del Congreso de la Unión que de ella emanan y de los tratados que fuesen firmados por el Ejecutivo federal con la aprobación del Senado.

En el último tercio del siglo XX, hubo en el ámbito internacional un auge en la suscripción y ratificación de tratados internacionales, especialmente en materia de derecho internacional privado y comercial, lo que, en consecuencia, recrudeció la polémica. La SCJN no permaneció al margen de ella, al contrario, estuvo en el centro del debate. En el año de 1992, la máxima intérprete de la Constitución sostuvo inicialmente que los tratados internacionales y las leyes federales tenían la misma jerarquía normativa, por lo que el tratado no podía determinar la constitucionalidad de una ley federal y viceversa. Este criterio es consistente con parte de la literatura mexicana que sostiene que el tratado en sentido técnico no es una ley; tiene su especificidad propia que debe ser contrastada en la Constitución, para determinar su constitucionalidad al igual que las leyes federales y locales.⁷⁴

De igual manera y por esa razón, el tratado internacional no puede prevalecer sobre una ley federal o local y recíprocamente tampoco la ley federal o local puede derogar al tratado internacional. Ambas reconocen fuentes

⁷³ Jurisprudencia, Séptima Época, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 327, p. 302.

⁷⁴ Ortiz Aahlf, Loreta, *op. cit.*, p. 235.

normativas totalmente diferentes; es la especificidad del tratado la que debe atenderse, en tanto la ley, por su naturaleza, tiene efectos generales.⁷⁵

En materia de constitucionalidad, empero, la interrogante que persistía era cuando tanto el tratado internacional como la ley federal o local que lo contradecía no tenían visos anticonstitucionales.⁷⁶

En 1995, la SCJN sostuvo que la contradicción normativa entre un tratado y una ley federal era una controversia de derecho y no de control constitucional, por lo que debía ser resuelta por los tribunales colegiados;⁷⁷ este criterio fue refrendado posteriormente en 1998.⁷⁸ La SCJN aún en 1999 volvió a sostener que el conflicto normativo entre los tratados internacionales y las leyes no determinaba la jerarquía normativa de uno o de otra.

Pero en ese mismo año la SCJN tuvo un cambio sustantivo de criterio y, en su calidad de última instancia en materia de interpretación constitucional, determinó que los tratados internacionales tienen una jerarquía normativa inmediatamente posterior a de la ley fundamental y posterior al derecho federal y local.⁷⁹

De acuerdo con ese nuevo criterio, dichos tratados son asumidos en su totalidad por el Estado mexicano y obligan a su cumplimiento a todas sus autoridades para con la comunidad internacional. En su calidad de jefe de Estado, el titular del Poder Ejecutivo federal está facultado para suscribir tratados internacionales. A su vez, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y su poder de ratificación obliga a todas las autoridades, sean federales, estatales, municipales o del otrora Distrito Federal, hoy Ciudad de México.⁸⁰

Esta interpretación ahondó la gran controversia ya existente en la doctrina mexicana.⁸¹ Una parte de la literatura afirmó que si bien es cierto

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Tesis Aislada. Amparo en Revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de 15 votos; ponente Victoria Adato Green, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Octava Época, t. LX, diciembre de 1992. p. 27.

⁷⁸ Tesis Aislada. Amparo en Revisión 22807/98. Havana Rum and Liquors. S.A. 27 de agosto de 1998. Unanimidad de votos; ponente. F. Javier Mijangos Navarro; secretario. Gustavo Naranjo Espinosa, Octava Época, t. VIII, octubre de 1998, p. 1181.

⁷⁹ Tesis Aislada. Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, Tesis p. LXXVLL/99, p. 46.

⁸⁰ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, Tesis p. LXXVLL/99, p. 46.

⁸¹ Cossío D., José Ramón, "La nueva jerarquía en los tratados internacionales", *Este país. Tendencia y opiniones*, México, febrero de 2000, p. 34.

que desde el punto de vista del derecho internacional esos tratados obligan al Estado mexicano en su conjunto, tal consideración no podía de ningún modo servir para determinar la jerarquía de los tratados internacionales en nuestro derecho interno.

La interpretación de la Corte, se afirmaba, acusaba una grave confusión por dos razones fundamentales; por una parte, el que el Estado hubiera asumido un compromiso internacional con otro Estado no determinaba el vínculo con la jerarquía normativa de dicho compromiso dentro de nuestro orden jurídico interno; es a éste al cual, por vocación propia, le pertenecía establecer esa jerarquía. Por otra parte, el hecho de que hubiera sido el jefe de Estado el que suscribía un tratado no aportaba ninguna indicación sobre la jerarquía de ese tratado dentro de nuestro orden jurídico interno. Más grave aún, la Convención de Viena sobre los tratados⁸² no prevé ningún grado en la jerarquía normativa de la legislación y, por ende, ninguna prelación en su observancia.

En lo que concierne al nuevo criterio de la SCJN relativo a los tratados, la posición de este apartado de la doctrina mexicana sostiene que la jerarquía normativa resulta del derecho interno. Esta tesis jurisprudencial es por lo tanto paradigmática; somete a todas las autoridades mexicanas, en cualquiera de los órdenes de gobierno, a la observancia del tratado internacional y reafirma en forma determinante la asunción de los compromisos internacionales en el ámbito interno.

En otra vertiente, México, como Estado federal, en su sistema normativo, posee tres clases de órdenes de esta índole: el constitucional, el federal y el local. Cuando el jefe de Estado firma un tratado y el Senado lo ratifica, cada uno de los agentes en su ámbito de competencia modifica el orden normativo nacional o constitucional.⁸³ La SCJN en su nueva interpretación consolida este criterio, el cual genera múltiples interrogantes que, no obstante, están muy lejos de estar resueltas.

Esta valoración jurisprudencial, empero, ha tratado de refutar esta tesis, ya que afirma que el artículo 124 de la Constitución únicamente hace referencia

⁸² *Diario Oficial de la Federación* del 28 de abril de 1988.

⁸³ *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 151-156, Sexta Parte, p. 196. C.H. Boheringshon, 9 de julio de 1981. Tribunal Pleno. Amparo en revisión 120/2002. Mc Cain Mexico, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos; disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza; ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

a leyes federales y locales, salvo contadas excepciones. Por lo tanto, no es sostenible la tesis de un pretendido orden normativo nacional o constitucional.⁸⁴

El argumento sostiene con énfasis que la función de la SCJN es la interpretación constitucional que debe ser sistemática y armónica, y por lo tanto escapa a su función una interpretación integradora del orden jurídico, máxime el orden internacional, como lo es la creación de un orden nacional o constitucional.⁸⁵

La evolución jurídica en el sistema mexicano, empero, ha sido la consolidación paulatina de este orden nacional o constitucional, que se sitúa entre la Constitución y las leyes federales y locales. Este criterio que se replica resulta contrario a la actividad del Estado mexicano, en la asunción de obligaciones internacionales, e inmerso en un proceso de globalización. La constante recurrencia a las múltiples leyes generales que el Congreso general ha aprobado en el pasado reciente es una prueba irrefutable de la existencia de este orden constitucional.

Finalmente en otra óptica, la literatura mexicana también criticó la posición de la SCJN que sostiene que el Senado representa a las entidades federativas. La elección de los senadores, su destitución y el ejercicio de sus poderes no se vinculan con las entidades federativas, sino con sus habitantes. Conforme a esta apreciación, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas. Este argumento, no obstante, se halla ampliamente superado, incluso en Estados Unidos, desde la enmienda XVI de 1913. Lo mismo acaece en nuestra Constitución. La enmienda del artículo 56 dispone que el Senado se integre por 128 miembros, elegidos según los principios del sufragio directo y de representación proporcional para la primera minoría, y esta forma de elección ilustra bien su representación popular.

Las convenciones internacionales relativas a los bienes culturales participan del mismo debate. La SCJN decidió que los objetivos de la Convención de la UNESCO de 1970 sólo se podrían alcanzar si el bien cultural del que se trate se encuentra en territorio nacional. Así, ya identificado el bien cultural en controversia, se podría considerar la posibilidad jurídica de su importación a fin de que la autoridad estuviera en condición de decidir sobre la procedencia de la demanda de devolución presentada por el Estado requirente.

De acuerdo con el razonamiento de la SCJN en torno al artículo 133 de la Constitución en materia de bienes culturales, las normas de la Convención de la UNESCO de 1970 adquieren su supremacía cuando las autoridades co-

⁸⁴ Cossío, José Ramón, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 867-882.

⁸⁵ *Idem*.

respondientes están obligadas a impedir o prohibir la importación hasta que la aduana mexicana haya efectuado las formalidades que se imponen. Al término de éstas, la importación a la cual alude la Convención se considerará jurídicamente cumplida y ya no procederá la hipótesis de la restitución de los bienes culturales al Estado requirente por parte de la aduana. Una vez efectuada la importación, el Estado requirente deberá recurrir a las medidas restantes previstas por la Convención,⁸⁶ sin perjuicio de la observancia de los acuerdos bilaterales que México tiene suscritos con diversos países de América Latina.

c. Las consecuencias legales del artículo 7-b.ii de la Convención de la UNESCO de 1970

Según la opinión comúnmente admitida, el obstáculo principal a la aceptación generalizada de la Convención de la UNESCO de 1970 por los países de origen radica precisamente en su artículo 7-b.ii, que prevé la restitución del bien aun cuando éste pertenezca al patrimonio de un adquirente de buena fe, incluso *a non domino* y, lo que es más grave aún, no prevé plazo alguno para la restitución.

Esta disposición obliga a los Estados parte de la Convención

...a tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados, a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. Las peticiones de decomiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática. El Estado requirente deberá facilitar, a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición de decomiso y restitución. Los Estados parte se abstendrán de imponer derechos de aduana, u otros gravámenes, sobre los bienes culturales restituidos con arreglo al presente artículo. Todos los gastos correspondientes a la restitución del o de los bienes culturales en cuestión correrán a cargo del Estado requirente.

La buena fe es un concepto esencial de derecho privado cuya aplicación puede variar pero que una convención concerniente a la adquisición de bienes culturales no puede omitir sin dañar seriamente uno de los fundamentos del sistema de derecho escrito. El artículo 7-ii.b de la Convención de la

⁸⁶ Novena Época, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, Tesis IV. I°. P: C: 3a. p. 731.

UNESCO de 1970 propuso un nuevo enfoque de la protección de los bienes culturales y fue el punto de origen para la redacción de la Convención de UNIDROIT.

Las dos convenciones garantizan especialmente el pago de una indemnización equitativa al adquirente de buena fe y al detentador legítimo de un bien mueble cultural que puede haberse convertido en propietario.⁸⁷ Solamente una acción civil permite la realización del objetivo de la Convención, es decir la restitución del bien cultural. No en vano se ha sostenido que la Convención de 1970 y la del UNIDROIT son las dos caras del dios Janus.

D. *El contexto actual de la Convención de la UNESCO de 1970*

Después de una larga travesía, con la aprobación de la Convención de la UNESCO de 1970 por primera vez se reconocía a escala mundial que el deterioro del patrimonio a través del robo y el daño físico, así como las excavaciones y el tráfico ilícitos, empobrecía el legado cultural.

Ese instrumento introdujo una nueva narrativa al acuñar un vocabulario y un modelo novedosos en la educación pública en materia de protección de ese legado, e instiló un sentido de responsabilidad, aunque difuso,⁸⁸ en los gobiernos y en la comunidad internacional.⁸⁹ Asimismo, abrió más espacios de negociación y de diálogo e intentó fomentar una nueva cultura entre los principales actores: museos, coleccionistas, mercaderes de arte, burócratas y en la sociedad. Existe consenso en considerar dicha Convención como el preludio de un nuevo orden jurídico internacional en el rubro cultural.⁹⁰

En el umbral de su aprobación, se visualizó este instrumento como una panacea. Con el tiempo, sin embargo, los mejores propósitos parecían reducirse a una quimera. La erosión del patrimonio cultural continuaba y, peor aún, a la proliferación del pillaje y las excavaciones clandestinas de sitios arqueológicos y paleontológicos se agregaban otras formas de tráfico ilícito, como las subastas por *Internet*, inimaginables en los años setenta, la violencia, el vandalismo sistemático y las inestabilidades sociales y religiosas.

⁸⁷ Koning, S.C.H, “Application de la Convention de l’UNESCO sur les biens culturels”, en *Actes du treizième Colloque de Droit Européen... cit.*, p. 133.

⁸⁸ Bussani, Mauro, “The (Legal) Culture of Cultural Property”, en Sánchez Cordero, Jorge (ed.), *The 1970 Convention. New Challenges...*, cit., p. 410.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 402.

⁹⁰ Nafziger, James. A. R, “The 1970 UNESCO Convention...”, cit., p. 219.

La comunidad internacional observaba con estupor la destrucción irremisible de sitios ancestrales, lo que provocaba un sentimiento de gran frustración.

Si bien la Convención de la UNESCO de 1970 cimentaba principios de alta valía, vigentes ahora también en territorio mexicano, su ineficacia en la prevención de cataclismos culturales generaba escepticismo y obligaba a los Estados de origen a explorar fórmulas más vigorosas en el ámbito internacional, así como a desvanecer la percepción de una postura *naïf* de los países de origen, como es el caso mexicano, frente a la *real politik comercial* de los países de destino.

Las turbulencias políticas y sociales en el Medio Oriente en el umbral del siglo XXI, y la realidad que supuso el financiamiento de la organización terrorista denominada Estado Islámico (EI) por medio del tráfico ilícito de bienes culturales, junto con la reacción de Occidente para obstruirlo, posibilitó el dotar de reglas operativas a la Convención de 1970 después de 45 años de su entrada en vigor.⁹¹

La diplomacia mexicana retomó el liderazgo en estos esfuerzos, pues bajo el mismo fue posible diseñar las citadas reglas, que lograron la aprobación unánime en el seno de la UNESCO.

En esta nueva tesitura universal es previsible que dentro de un futuro inmediato aflore un nuevo paradigma en el mercado internacional del arte, cuya regulación está en los mejores intereses nacionales. Si bien la trascendencia de este nuevo paisaje cultural es relevante, es claro que la metamorfosis de la legalidad por sí sola no perturbará los mercados, en donde priman intereses económicos poderosos.

El enjambre de esos mercados de arte es enorme: directores de museos, pero ahora con gran discreción, fomentan con pleno conocimiento la compra de bienes culturales de origen dudoso para sus colecciones. Los mercaderes de arte guardan celosamente las listas de sus clientes, lo que impide una concientización de que hay un vínculo de causa/efecto entre el tráfico ilícito y la destrucción del patrimonio cultural de la humanidad. Las cuantiosas utilidades que se obtienen por la venta de bienes culturales prevalecen por encima de cualquier código de ética. Ante esta realidad, la moralización del mercado es más que una ingenuidad y se resume en la frase en inglés *don't ask; don't tell* (ni preguntes, ni contestes).⁹²

Los mercados de arte han registrado en la actualidad una espiral especulativa. La sola exigencia de la restitución de bienes culturales por los

⁹¹ Véase el documento de la UNESCO en C70/15/3.MSP/11.

⁹² Prott, Lyndel, "Philosophies, Politics, Law and the 1970 UNESCO Convention", en Sánchez Cordero, Jorge (ed.), *The 1970 Convention. New Challenges...*, cit., p. 284.

países de origen ha disparado al alza los precios ante el riesgo de pérdida de las piezas y su consecuente rentabilidad, así como por los costos potenciales que conlleva su repatriación.

A todo lo anterior debe agregarse que la reputación internacional de intransigencia de los Estados de destino no se traduce en zozobra para sus órganos legislativos, cuya legitimidad y responsabilidad política opera únicamente frente a sus electores.⁹³ La verdadera dificultad consistirá por lo tanto en la mutación de las legislaciones nacionales para crear un régimen jurídico de excepción en cuanto a los bienes culturales y, con ello, regular su demanda. Un esquema que, en síntesis, confronta la filosofía del libre mercado, por lo menos en esta materia de cultura.

Los bienes culturales, en particular los mexicanos, a diferencia de cualquier otra mercadería, conllevan una significación de identidad comunitaria; son, por lo tanto, irremplazables y con frecuencia se asocian a un componente espiritual. Se ha sostenido que son recursos culturales no renovables. Éstos se comercializan en mercados cuyo rasgo distintivo es que en tanto la demanda exista, el pillaje continuará. La presunción de que hay dos mercados, uno lícito y otro ilícito, ha demostrado la falsedad del aserto; al contrario, se trata de un mercado único con una clara interfase entre la legalidad y la ilegalidad.⁹⁴

Existen alegatos tendientes a neutralizar los reclamos de los países de origen que pretendieron legitimar el libre mercado al publicitar con estruendo el movimiento iconoclasta de los actos terroristas que han marcado el fin del siglo XX y los inicios del XXI. Ante ello, los mercaderes de arte llegaron a sostener que les asistía un *deber moral* porque, como tales, buscaban salvaguardar bienes culturales. El daño patrimonial, aducen para su causa, ya se había causado y era irreversible. En el fondo, esta actitud es indicativa del poder simbólico de quienes detentan en sus sociedades los privilegios de la alta cultura y cuyos argumentos transitaron de la justificación a la excusa.⁹⁵

Hechos como el gran temor de Occidente frente a las acciones de los grupos terroristas que emergieron en el periodo señalado han repercutido en una mutación profunda de los mercados de arte. Ante esta efusión internacional, los países de destino, de manera inusitada y en armonía con los Estados de origen, aprobaron las reglas operativas de la Convención de la 1970. Se trata de una serie de preceptos que confrontan el *leitmotiv* del libre mercado, cuyo fundamento postula que la prosperidad económica es

⁹³ *Ibidem*, p. 288.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 286.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 287.

atribuible a la libre circulación de mercaderías con un mínimo de barreras proteccionistas en los sistemas legales nacionales. La *culturalidad*, sostenían, no era un argumento suficiente para que los bienes culturales tuvieran en sus sistemas de legalidad un régimen de excepción.

En la literatura especializada existe consenso en el sentido de que dentro de la Convención de 1970 se identifican tres axiomas: la prevención, la restitución y la cooperación. Las reglas operativas que acaban de ser validadas desarrollan estos axiomas y, al igual que la Convención, vigorizan la hegemonía de los Estados, ya que es en las legislaciones nacionales en donde debe reflejarse la asunción de las obligaciones internacionales correspondientes.

No escapa a este análisis, y es importante destacarlo, que en las sucesivas ratificaciones de la Convención de 1970 hechas por los Estados miembros proliferan las declaraciones, las reservas y las interpretaciones oficiales que socavaron este instrumento y terminaron por debilitarlo. Por mencionar el precedente de Estados Unidos, la ratificación concerniente a este país contiene una reserva y seis interpretaciones oficiales.⁹⁶

a. ¿Propiedad cultural o legado cultural?

Existen problemas conceptuales cuyo análisis en el plano internacional, y particularmente en el de México, deberá recorrer todavía un largo itinerario. La propiedad cultural es una de las piedras angulares de la Convención de 1970 y uno de sus temas más polémicos. Se trata de una noción que se ha desarrollado para proteger las expresiones culturales. La propiedad cultural representa el pasado y el presente de los pueblos mexicanos, sus memorias y aspiraciones.⁹⁷ Su contenido y su significado es, por lo tanto, inestable. Dichos contenidos y significaciones no solamente están sometidos a mutaciones espacio-temporales, sino que transbordan a una pluralidad de perspectivas sociales e individuales que resulta difícil armonizar.

La noción de *propiedad* no comprende todas las evidencias de la vida humana que es necesario preservar; especialmente las relativas a tradiciones, que expresan formas de vida y conocimientos de sociedades en lo particular. Éstas son sin duda elementos de convicción intelectual y espiritual. El concepto se hace acompañar del calificativo *cultural*, pero por sí sola la *propiedad cultural* no conlleva las obligaciones de preservación y de protección.⁹⁸

⁹⁶ Nafziger, James. A. R., "The 1970 UNESCO Convention...", *cit.*, p. 219.

⁹⁷ Bussani, Mauro, *op. cit.*, p. 402.

⁹⁸ Prott, Lyndel V. y O'Keefe, Patrick J., "Cultural Heritage or Cultural Property", *International Journal of Cultural Property*, 1992, p. 307.

El legado cultural consta de expresiones que comportan diversas perspectivas de la existencia humana y con frecuencia son palimpsestos de alto contenido histórico, y remite a una miríada de manifestaciones culturales que hereda el ser humano de sus ancestros. No obstante, en ocasiones se le acota en objetos tangibles, esencialmente material cultural, y en ideas intangibles vinculadas con esos objetos.⁹⁹

Los múltiples significados del término “legado cultural” contribuyen a su confusión conceptual; todos éstos han sido impulsados con el propósito no solamente de defender la cultura en tanto tal, sino de darle un significado a la vida misma del ser humano.

En las últimas décadas, ha surgido un gran movimiento en la historia del arte y en la sociología, pero especialmente en la arqueología y en la antropología, relativo a la necesidad de preservar esta información. Un bien cultural es valioso precisamente por la información que contiene, y su valor disminuye sensiblemente si ésta se pierde; más grave aún, se desvanece la posibilidad de perennizar el conocimiento de la cultura.¹⁰⁰

La función de la propiedad en Occidente es históricamente evidente, pero por lo mismo resulta extraña con el legado de los valores culturales. La noción occidental del concepto tiene connotaciones comerciales particulares. Implica, sobre todo, el control del propietario que se expresa en su legitimidad para enajenarla, explotarla y excluir a terceros de su uso, lo que se conoce como el *ius excludendi*.

Este último se ha considerado el elemento primario del derecho de propiedad y se ve acompañado por el *ius abutendi*, que resulta incompatible con el régimen de legalidad de los bienes culturales. La sola idea de que un propietario pudiera destruirlo en el ejercicio de su derecho de propiedad resulta una atrocidad. El *ius abutendi*, por lo tanto, ha pasado a ser en la especie un caso de laboratorio.¹⁰¹

El debate se concentra por lo tanto en el *ius excludendi*, que cobra especial relevancia cuando el bien cultural entra al mercado, momento en el cual tanto el vendedor como el comprador están interesados en atribuirle a ese bien cultural en específico todo el poder, autoridad, privilegios e inmunidades posibles. Ello, empero, no resulta posible porque contradice la noción misma del bien cultural, y menos es factible atribuirle el *ius excludendi*.

⁹⁹ Nafziger, James A.R., *et al.*, *Cultural Law. International, Comparative and Indigenous*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 206.

¹⁰⁰ Prott, Lyndel V. y O’Keefe, Patrick J., *op. cit.*, p. 310.

¹⁰¹ Gambaro, Antonio, “Community, State, Individuals and the Ownership of Cultural Objects”, en Sánchez Cordero, Jorge (ed.), *The 1970 Convention. New Challenges...*, *cit.*, p. 148.

La conclusión es clara: la propiedad de los bienes culturales contradice en su esencia la noción occidental en la materia. De ahí que muchos regímenes de propiedad en Occidente hayan desarrollado en este orden el dominio público de los bienes culturales, sobre todo en lo que respecta a los arqueológicos.¹⁰²

En un análisis superficial de derecho comparado, se puede concluir que el concepto de propiedad tiene muy diferentes acepciones en los sistemas jurídicos, lo que conduce fácilmente a interpretaciones equívocas. En cuanto al término “legado cultural”, si bien no está exento de problemas, atempera en gran medida los atributos esenciales de la propiedad.¹⁰³

El legado cultural comprende manifestaciones de muy diversa naturaleza que en su conjunto son esenciales para esta noción. A ello habría que sumar el argumento de que el bien cultural, por la información de la cual es portador, se encuentra asociado al significado y uso de lugar de pertenencia cultural. La tendencia actual de las legislaciones es la de no considerar al objeto en forma aislada. La metodología museística actual rehúye la exposición de bienes culturales singulares; el énfasis en los bienes culturales resulta adecuado cuando éstos son representativos para la cultura¹⁰⁴ propia de su contextualización.¹⁰⁵

Lo que se necesita es un sistema legal coherente que pueda referirse a todas las manifestaciones culturales, que pondere la naturaleza peculiar de éstas, así como los requerimientos inherentes a la búsqueda de su protección.¹⁰⁶

El término “propiedad cultural” se empleó por primera ocasión en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado;¹⁰⁷ si bien recoge la terminología francesa *biens culturels*, coincidente con la italiana *beni culturali*, estos conceptos resultan insuficientes para referirse a los fenómenos culturales. Posteriormente, esta expresión volvió a ser utilizada en la Convención de 1970; sin embargo, a diferencia de las precedentes, en ésta¹⁰⁸ se usó el término legado cultural.

Ese concepto ha tenido en suma una recepción más amplia entre los historiadores, antropólogos y especialistas de otras disciplinas de las ciencias sociales; difícilmente en la literatura ajena al derecho se puede localizar la denominación de propiedad cultural. Finalmente en la jurisprudencia ha

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ Prott, Lyndel V. y O’Keefe, Patrick J., *op. cit.*, p. 311.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 311.

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 312.

¹⁰⁷ *Diario Oficial de la Federación* del 3 de agosto de 1956.

¹⁰⁸ Esta Convención entró en vigor en México el 23 de mayo de 1984 y fue publicada en las ediciones del *Diario Oficial de la Federación* del 23 de enero y del 2 de mayo de 1984.

empezado el abandono paulatino de ese término y el empleo con mayor frecuencia de “legado cultural”.¹⁰⁹

Las clasificaciones tradicionales de los bienes muebles e inmuebles en tangibles e intangibles responden a una necesidad pedagógica que las hace más accesibles, coadyuvan a explicar los intereses en presencia de cada categoría y proveen de una respuesta. Sin embargo, para efectos del legado cultural resultan insuficientes, ya que los fenómenos culturales transitan rápidamente de una clasificación a otra, lo que evidencia un obstáculo para obtener respuestas adecuadas. El enunciado es ilimitado: toda la infraestructura para una ceremonia, el sitio de las representaciones y los protocolos a los que hay que apegarse durante su desarrollo, que han sido objeto de investigaciones en las ciencias sociales, contribuyen a la comprensión de todos los aspectos de la vida cultural de una sociedad o comunidad.

El empleo de la clasificación tradicional de bienes muebles e inmuebles pudiera dar respuestas a ciertos aspectos de estos fenómenos sociales, pero en definitiva no aportan una respuesta integral.¹¹⁰ Al contrario, el uso de esas categorizaciones puede conducir fácilmente a resultados equívocos, ya que no fueron articuladas para entender el legado cultural.

Aun cuando este último exige protección en cada comunidad o sociedad, los diferentes vínculos con la tierra o con los objetos rituales, así como su comprensión, constituyen un reto enorme para los juristas occidentales, especialmente para su aceptación. Los vínculos con los bienes culturales que no estén sustentados en la noción occidental de propiedad y la necesidad de proteger elementos intangibles que no sean reconocidos por sistemas de derecho occidentales obligan a interpretaciones forzadas y a crear fórmulas totalmente artificiales para ello.¹¹¹

De igual manera, la categoría de bienes del dominio público y del dominio privado no solamente pudiera ser inconveniente, sino toda una obstrucción en el contexto cultural. Para una efectiva protección se requiere identificar con precisión la titularidad del patrimonio cultural inmaterial. A partir de este punto de origen debe organizarse un cuerpo coherente de derechos y obligaciones con la finalidad precisa de proteger el legado cultural.

El hecho de que un sistema legal adopte una clasificación de bienes del dominio público o privado depende de los fundamentos políticos e históricos de una sociedad.

¹⁰⁹ Prott, Lyndel V. y O’Keefe, Patrick J., *op. cit.*, p. 319.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 313.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 317.

En este esquema, Occidente aprecia más la posesión material del bien cultural que sus procesos de creación, en tanto que las visiones no occidentales consideran más importantes los de creación que su consecuencia.¹¹² Ello explica que en Occidente al bien cultural se le considere una mercancía venal y que, en esta lógica, el factor económico potencie la satisfacción de necesidades primarias por encima de los intereses transgeneracionales que propugnan la preservación de las evidencias de civilizaciones y tradiciones culturales.¹¹³

Por lo anterior, este análisis concluye que el paradigma de la propiedad es esquemático y formalista y que, en tanto tal, es limitado para expresar valores culturales que, por su naturaleza, son dinámicos e incommensurables.¹¹⁴ La historia de la propiedad cultural así lo demuestra: es una historia de trasmigración de pueblos, de estratificación de culturas, de asimilaciones forzadas, de fracturas y mestizajes. Pero es también una historia de violencia, explotación, dominación y de pillaje que ejemplifica la confrontación en cuanto al reclamo de la *propiedad cultural histórica* por los países de origen y al de la *propiedad sobre la historia* de los países de destino.¹¹⁵

La estratificación cultural es una de las mayores preocupaciones actuales; ésta tiene su evidencia en la solución de continuidad de las sociedades en lo que corresponde a las antigüedades que se encuentran en sus territorios. Esta solución de continuidad interrumpe abruptamente la transmisión y recepción con respecto al pasado, como ocurre con nuestra sociedad, pero ha resultado más estruendosa con los cambios de orientación religiosa.¹¹⁶

A las dificultades conceptuales anteriores habría que agregar los objetos etnológicos y de restos humanos. Las reglas operativas consensuadas apenas en el seno de la UNESCO hicieron especial énfasis en el tráfico ilícito de objetos etnológicos con significados festivos o rituales o de importancia antropológica capital, como los restos humanos: reivindicación constante de las comunidades indígenas en lo que corresponde a sus rituales de exequias y de otras ceremonias que, si bien no están bajo la salvaguarda de la Convención de 1970, confrontan la noción de propiedad cultural.

b. El nuevo paradigma

La regulación del mercado del arte se antoja como una tarea hercúlea: el certificado de exportación de bienes culturales previsto en la Convención

¹¹² Bussani, Mauro, *op. cit.*, p. 402.

¹¹³ Gambaro, Antonio, *op. cit.*, p. 146.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ Bussani, Mauro, *op. cit.*, p. 405.

¹¹⁶ Gambaro, Antonio, *op. cit.*, p. 145.

de la UNESCO de 1970, ahora desarrollado por reglas operativas, es en este sentido un elemento de convicción de la mayor importancia. El mercado de ese tipo bienes, especialmente de antigüedades, será viable cuando se vea acompañado de este documento.

Con lo anterior se pretende trazar la perspectiva reduccionista del mercado (*Market Reduction Approach* o MRA conforme a la terminología anglosajona), con particular énfasis en las cadenas de proveedores.¹¹⁷ Se intenta hacer más onerosa la comercialización ilícita de bienes culturales y de esta manera desmotivar a los coleccionistas para que reorienten su afición a bienes menos riesgosos; de tal suerte en suma que el transporte, acopio y almacenaje de bienes culturales de proveniencia dudosa sean tan riesgosos como el robo o su exportación ilícita y que este riesgo se haga extensivo a todos los involucrados.¹¹⁸

Otro de los elementos de contención es la introducción del mecanismo anglosajón de la diligencia debida (*due diligence*), la cual ha probado su eficacia aunada a la inversión de la carga de la prueba: para verse indemnizado ante el reclamo del bien cultural adquirido, el coleccionista está obligado a probar que consultó toda la información relevante en la especie; ello obliga a los países de origen a mantener actualizados sus catálogos y las listas rojas de bienes culturales en peligro.

c. La noción de inventario

Uno de los temas más polémicos es el del inventario, toda vez que su elaboración implica un desafío a la imaginación cuando se refiere a los bienes arqueológicos y paleontológicos no descubiertos.

Existe consenso en el ámbito universal cuando se afirma que las excavaciones ilícitas son unas de las prácticas más perniciosas, pues el daño que provocan trasciende al del mero robo de antigüedades porque destruye la unidad del significado del monumento arqueológico en su conjunto y con ello desvanece el conocimiento universal en torno a civilizaciones pasadas.¹¹⁹

Categorizar los bienes arqueológicos y paleontológicos no conlleva una tarea vaga y confusa; implica simple y llanamente el reconocimiento de que estas piezas son portadoras de códigos de comportamiento de civilizaciones anteriores, y de que el vínculo de ellas es con comunidades y no con indivi-

¹¹⁷ Prot, Lyndel, "Philosophies, Politics, Law and the 1970 UNESCO Convention", en Sánchez Cordero, Jorge (ed.), *The 1970 Convention. New Challenges...*, cit., p. 286.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 287.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 293.

duos. Esto determina la naturaleza colectiva de dichos bienes, considerados como tales en tanto estimulen emociones o la inteligencia de las comunidades.

Las propuestas han sido muy variadas. La UNESCO y el UNIDROIT aprobaron una legislación modelo que regula la propiedad del Estado respecto de sus bienes culturales no descubiertos y que ya empieza a ser incorporada en legislaciones de algunos países de América Latina.¹²⁰

Otro de los análisis es la eliminación del criterio jurídico en la noción del inventario y su estructuración sobre bases culturales. La transposición de criterios jurídicos para conformar la noción de inventario en el marco de la Convención de 1970 ya ha provocado despropósitos; uno de éstos es exigir un inventario de bienes culturales desconocidos, como los arqueológicos.

En efecto, la arqueología moderna ha desarrollado metodologías que pueden definir la calidad y el origen de piezas de este tipo; la pertenencia cultural, en consecuencia, debería gobernar el concepto de inventario y determinar la restitución a los países de origen, y no la simple transposición de una noción propia del derecho privado.

d. Reflexiones finales

Suponer que con las reglas operativas de la Convención de 1970 se va a desterrar el tráfico ilícito de bienes culturales sería una candidez. Su aprobación unánime fue un plebiscito de la comunidad internacional que ratificó el compromiso en cuanto a la defensa de los manuales arquitectónicos de la historia, del genio humano y la búsqueda incesante de sus manifestaciones.¹²¹

Lo anterior pone de manifiesto que existe una conciencia universal en materia de protección de sitios y bienes culturales y en lo que respecta a la erradicación del tráfico ilícito que corroe a la cultura. Es una de las inflexiones más significativas de esta larga marcha.

La acción pública, empero, sería insuficiente si no fuera por los diferentes actores que concurren en tal propósito, cuya participación ha sido decisiva en el combate contra la destrucción irreversible de los sitios y bienes culturales.

Estas reglas operativas deberán aderezarse con el fomento de una nueva cultura. Además de los cambios legislativos, la UNESCO formuló y logró la aprobación unánime de varias recomendaciones, entre ellas la relativa a la interlocución con los actores en el mercado del arte, el fortalecimiento de la cooperación internacional, el estímulo a la participación de instituciones de prestigio que perennicen el conocimiento, y el combate a la co-

¹²⁰ Nafziger, James. A. R., "The 1970 UNESCO Convention...", *cit.*, p. 222.

¹²¹ Gambaro, Antonio, *op. cit.*, p. 145.

rupción y a la pobreza que también han resultado ser las catalizadoras del pillaje y la destrucción.¹²²

La síntesis es clara: el patrimonio cultural del mañana, aquél que las futuras generaciones clasificarán como tal, deberá propiciarles un diálogo fecundo con los monumentos y sitios que ahora nos empeñamos en preservar.

El inicio del siglo XXI se ha caracterizado por sus incertidumbres y ecloSIONES, con una dosis importante de violencia, que provienen de movimientos sociales y religiosos. Uno de ellos es, sin discusión, el terrorismo, que ha unificado las acciones internacionales para su combate. Los movimientos iconoclastas, especialmente los que han surgido en los últimos tiempos en el Medio Oriente, en los sitios culturales, especialmente los arqueológicos, han merecido la condena universal. La fuente de financiamiento de los grupos terroristas, especialmente de la organización Estado Islámico, ha sido el tráfico ilícito de bienes culturales.

Ante estas circunstancias que han caracterizado el inicio del siglo XXI, y en uno de los eventos inesperados, en forma insólita el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas adoptó la resolución número 2199 del 12 febrero de 2015,¹²³ complementada con la número 2253 del 17 de diciembre del 2015,¹²⁴ en la que acordaron medidas imperativas y vinculantes para combate al terrorismo y por consiguiente vertebrar en forma eficiente la protección de los sitios culturales, fortalecerla e impedir el tráfico ilícito, sobre todo de los bienes provenientes de la región de conflicto en Oriente Medio. Uno de los objetivos primarios del Consejo es privar de esta fuente de financiamiento a la estructura terrorista denominada Estado Islámico, al Frente Al-Nusra y a otros grupos asociados con la Al-Qaeda.

Se debe tener presente que las resoluciones del Consejo de Seguridad son vinculantes para toda la comunidad internacional. La resolución del Consejo de Seguridad fue refrendada por la Asamblea General de la ONU el 28 de mayo de 2015 en su resolución 69/281.¹²⁵ También, en forma inusual, este órgano tuvo un pronunciamiento poco convencional y declaró en forma unánime que la devastación del patrimonio cultural, representativo de la diversidad de la cultura humana, destruye asimismo la memoria colectiva de las naciones, desestabiliza a las comunidades y amenaza su identidad cultural.

¹²² Véase el documento UNESCO C70/15/3. MSP/8.

¹²³ Disponible en: http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1504032_ES.pdf.

¹²⁴ Disponible en: http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1543749_ES.pdf.

¹²⁵ Disponible en: <http://www.un.org/es/ga/69/resolutions.shtml>.

La Asamblea hizo énfasis en la importancia de la diversidad cultural y el pluralismo, así como en la libertad de religión y de creencias, como presupuestos para alcanzar la paz, la estabilidad, la reconciliación y la cohesión social. Los atentados contra el patrimonio cultural de un país, puntualizó, deben considerarse como ataques contra el patrimonio común de la humanidad en su conjunto.

Previamente, el Consejo de Seguridad instaló un comité que fue habilitado con equipos de apoyo analítico y de vigilancia para la aplicación de medidas contra el terrorismo.

Este comité de importancia capital elaboró un informe —próximo a ser discutido por el Consejo de Seguridad— el cual se basó no solamente en el equipo analítico sino en un diagnóstico del mercado de arte. Su conclusión es muy clara: en los sistemas de control y cumplimiento de este mercado la aplicación de medidas asociadas con regímenes alambicados de sanciones es simplemente inexistente.

Por ello, representa un gran reto obligar a los actores en el mercado a que establezcan controles más enérgicos y selectivos para evitar la introducción sistemática de antigüedades y monedas procedentes de saqueos. La adopción de medidas estructurales se anticipa de una gran complejidad. Para sólo mencionar la dimensión del tráfico ilícito, se estima que únicamente, en la región de conflicto, sujeta ahora a un monitoreo muy riguroso, EI ha recibido alrededor de 360 millones de dólares anuales por facilitar el *derecho de pillaje*.

Conforme a la mejor información disponible, EI no organiza el tráfico ilícito, sino que lo administra; creó incluso su Departamento de Antigüedades (*Diwan al Rikaz* en árabe), autoridad que emite, previo pago, las autorizaciones para las excavaciones y el consecuente saqueo; además ha comercializado directamente con los traficantes los bienes expoliados de museos como es el Ar-Raqqah.

Si bien las recomendaciones del Consejo de Seguridad se enfocan principalmente a la región de conflicto en Oriente Medio, éstas exceden por mucho ese ámbito y cambiarán en forma sustantiva la conformación del mercado del arte.

Uno de los puntos neurálgicos en el análisis es cómo puede reducirse el margen de utilidad de los traficantes de bienes culturales. Entre las propuestas planteadas está la de reclasificar el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías de la Organización Mundial de Aduanas (WCO por sus siglas en inglés), ya que su catálogo reconoce solamente dos categorías: la relativa a las piezas de interés arqueológico y numismático que se encuentran en poder de coleccionistas y la que incluye piezas de más de cien años de antigüedad.

Este catálogo resulta muy esquemático y no responde a la heterogeneidad de las culturas. Así, se estima que la reclasificación alentaría a los Estados miembros de la WCO a modificar sus nomenclaturas nacionales de manera más armónica, lo que obviamente evitaría distorsiones en los mercados domésticos y permitiría a los sistemas aduanales identificar con mayor facilidad los bienes culturales de entre los importados.

Con esta reclasificación las aduanas podrían retener los bienes culturales que se trataran de introducir bajo el soporte de una declaración jurada del importador con el simple argumento de que ésta se refiriese a una clasificación errónea. La consecuencia natural de ello sería el desplazamiento del sistema actual, en donde se exhiben como elementos de convicción concluyentes documentos anteriores a la fecha en que las antigüedades fueron robadas o expoliadas. El análisis de esta documentación es muy complejo y propicia toda clase de prácticas nocivas.

Retener las antigüedades con base en estas declaraciones juradas cuestionables abriría un compás de tiempo necesario para profundizar en investigaciones, de suyo complicadas, sobre el origen e historial de la propiedad de los bienes culturales. Esto, sostiene el comité, acrecentaría el riesgo administrativo al que se enfrentan los traficantes de antigüedades, sin que con ello se incrementasen los costos para los actores en el mercado legítimo. El control aduanal posee el enorme conveniente de tener efectos generales y evita litigios onerosos en las jurisdicciones domésticas.

El comité no soslaya que las aduanas carecen de personal especializado y debidamente capacitado, incluso en países desarrollados, para detectar obras de arte y antigüedades robadas o expoliadas y emprender investigaciones conexas.

Por ello, otra de las medidas sugeridas por el comité es concentrar la importación en puertos de entrada *ad hoc* para antigüedades y facilitar así su decomiso. Esta medida no añadiría nuevos costos de transporte para los actores en el mercado, pero sí aumentaría los riesgos para los traficantes de antigüedades ilícitas.

Uno de los problemas a los que deberán avocarse los agentes aduanales es el que atañe a bienes provenientes de unidades culturales, como la maya, en donde se encuentran yuxtapuestos diferentes regímenes de legalidad, además de que el esclarecimiento de su origen requiere de conocimientos altamente especializados y con frecuencia resulta imposible ese dictamen, incluso para los especialistas.

El comité ha explorado asimismo la posibilidad de configurar una base de datos, que resultaría fundamental, ya que facilitaría la labor de los agentes aduanales. Aun así, como el comité mismo lo reconoce, esa base de datos

no bastaría por sí sola, pues no comprendería las antigüedades no registradas y recién excavadas y expoliadas. Peor aún, los traficantes alegarían en su favor que la ausencia de ciertos bienes culturales en la lista resultaría razón suficiente para acreditar la legitimidad de los bienes culturales expoliados.

De ahí que resulte trascendente fortalecer de manera paralela la confección de esa lista de datos mediante la elaboración de reglas de cumplimiento obligatorio en el mercado del arte. Uno de los aspectos de mayor controversia es la determinación de la *procedencia*, lo que constituye un elemento sustantivo en la redacción de cualquier regla para el mercado del arte. Hasta la fecha el término procedencia se ha definido vagamente como una prueba de la propiedad. En la actualidad no existe una regla que sea internacionalmente aceptada sobre la noción de procedencia.

Esta ausencia de consenso internacional sobre las normas mínimas para establecer la procedencia obedece a que se ha comerciado con antigüedades durante centenares de años. En el mercado proliferan las obras *legales* que disponen de escasa documentación para acreditar su procedencia; a lo sumo se ven acompañadas de uno o más documentos que intentan acreditar quién o quiénes eran los propietarios anteriores.

A diferencia de otros mercados, el tráfico de bienes culturales, especialmente el de antigüedades, carece de sistemas de estricta observancia, incluidas las reglas que obligan a un *conocimiento del cliente*, sin soslayar desde luego la verificación de la procedencia. Aun así, el diseño de las reglas relativas al conocimiento del cliente podrían constituirse en verdaderos obstáculos para los traficantes.

Las anteriores sugerencias del comité tienen un claro objetivo: generar factores de riesgo adicionales para los contrabandistas.

Otro punto relevante es que en la actualidad se carece de un mecanismo que obligue a los actores del mercado de arte a compartir información en cuanto identifiquen a vendedores o bienes culturales de procedencia dudosa.

Finalmente, el Comité no soslayó el desarrollo exponencial de los puertos o zonas francas que son empleados por comerciantes de bienes culturales para realizar actividades ilícitas. Por ello, dispone que en esas zonas se introduzca la obligación de mantener listas de inventarios en las que se describan en particular los bienes almacenados, a fin de que los organismos aduanales estén en mejor posición de identificar los bienes culturales obtenidos de manera ilícita.

La propuesta va encaminada también a reducir los plazos de almacenamiento de bienes culturales con el propósito de mitigar la distorsión de la función primordial de las zonas francas.

Con esas propuestas, el Consejo de Seguridad de la ONU deberá tomar decisiones importantes en el primer semestre de este año, que cambiarán el paisaje en el tráfico ilícito de bienes culturales. Por primera ocasión en la historia, y por razones muy claras, como es el combate al terrorismo, la protección del patrimonio cultural parece avizorar nuevos horizontes.

La decisión del Consejo de Seguridad ha comenzado a cambiar el paisaje cultural. La República federal de Alemania, uno de los centros de comercio de arte más relevante a nivel universal, promulgó la Gesetz zum Schutz von Kulturgut (Ley de Protección del Patrimonio Cultural)¹²⁶ que entró en vigor el 6 de agosto del 2016. Esta legislación es una metamorfosis del mercado de arte alemán, que todavía en épocas recientes era partidario acérrimo del libre mercado. Estados Unidos no ha hecho menos; el Senado estadounidense aprobó la *Protect and Persevere International Property Act*, que fue suscrita por el Ejecutivo federal el 9 de mayo del 2016 (conocida como la *Casey Anti-Isis Financing Bill*).¹²⁷ Esta legislación, si bien se encuentra acotada al legado cultural que proviene del Medio Oriente, y cuya finalidad es restringir las fuentes de financiamiento del llamado Ejército Islámico, tiene en sus consideraciones el germen de la preservación del legado cultural.

No obstante lo trascendente de estas propuestas y de los debates relativos a la protección del patrimonio cultural, los mandarines culturales mexicanos han permanecido en la total opacidad. Debe tenerse presente, empero, que, en lo que respecta a la administración del patrimonio cultural, a ellos les corresponde una responsabilidad de prevención y en materia de protección les asiste, sobre todo, la responsabilidad de reacción. Cualquier debate sobre la protección del patrimonio cultural que no pondere el estado del mercado internacional del arte resulta estéril.

2. *La Convención del 16 de noviembre de 1972 para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972*¹²⁸

Los mecanismos internacionales que aspiran a la protección de los bienes culturales son múltiples y obedecen a criterios diversos; sobresalen los alusivos a la protección ante peligros naturales y ambientales o el turismo masivo.

Esta práctica de los Estados de proteger su patrimonio cultural se ha identificado como una costumbre internacional (*inveterata consuetudo et opinio*

¹²⁶ Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/kgsg/index.html>.

¹²⁷ HR 1493.

¹²⁸ Véase la Convención del 16 de noviembre de 1972 para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

juris seu necessitatis) y se le reconoció como un deber aferente a cada Estado. Ello obliga a identificar las consecuencias de la costumbre internacional en los ámbitos, entre otros, del derecho internacional privado o en el de la administración de las colecciones de los museos.

La Convención del 16 de noviembre de 1972 para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (Convención de 1972)¹²⁹ debe entenderse como un eslabón más en la protección de los bienes culturales. El cambio de concepción es singular porque se transita sin sobresaltos del nacionalismo cultural de la Convención de 1970 al internacionalismo cultural preconizado por la Convención de 1972.

El sistema de protección internacional que desarrolla esta Convención se sustenta no sólo en su texto, sino también en el Reglamento del Comité Intergubernamental para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural,¹³⁰ el Reglamento interior de la Asamblea General de los Estados parte,¹³¹ el Reglamento financiero del Fondo del Patrimonio Mundial¹³² y las Directrices Prácticas para la Aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial.¹³³ Estos mecanismos legales encuentran toda su expresión en las decisiones adoptadas por el Comité para la Protección del Patrimonio Cultural Mundial.

En la Convención de 1972 se halla el origen del concepto “patrimonio cultural de la humanidad”. La noción de protección de los bienes culturales se impone en ella en una conceptualización con vocación universal, por lo que sus efectos difieren sustantivamente de los de la Convención de 1970.

A. Su génesis

La formulación en la comunidad internacional de la noción de patrimonio común de la humanidad es una de las referencias básicas de la Convención de 1972 y el punto de origen de su redacción.

En 1960, la UNESCO convocó al rescate de los templos funerarios de Abu Simbel en el Alto Egipto, pues corrían el riesgo de quedar sumergidos

¹²⁹ *Diario Oficial de la Federación* del 2 de mayo de 1984.

¹³⁰ Disponible en: http://ccfib.mcu.es/patrimonio/docs/MC/PatrimonioMund/reglamento_intergubernamental.pdf.

¹³¹ Disponible en: http://ccfib.mcu.es/patrimonio/docs/MC/PatrimonioMund/ReglConfeAsam-GeEstaPartes_ingl.pdf.

¹³² Disponible en: http://ccfib.mcu.es/patrimonio/docs/MC/PatrimonioMund/ReglamentoFinancieroPatrimonioMundial_espa.pdf.

¹³³ Disponible en: http://ccfib.mcu.es/patrimonio/docs/MC/PatrimonioMund/Directrices_Operativas_2011_ingl.pdf.

debido a la construcción de la presa de Asuán. Las acciones de la UNESCO a partir de entonces se han multiplicado. Fue decisiva su intervención en el rescate de los bienes culturales de Venecia y Florencia después de las graves inundaciones que esas ciudades padecieron en 1966.

Amenazas como éstas —que recaían sobre monumentos y objetos de países con abundancia en cultura, pero cuyas limitaciones financieras y técnicas no les permitían asegurar la preservación de su patrimonio cultural y natural— fueron las que indujeron a la creación de un sistema de cooperación y asistencia internacional como el que propone la Convención de 1972.

Dicho instrumento fue aprobado el 16 de noviembre de ese año y ratificado por una amplia mayoría de Estados, por lo que reviste un carácter universal. Su noción de protección abarca el patrimonio cultural y natural y su propósito está claramente expuesto desde su preámbulo, en el que puntualiza que cualquier daño a uno de esos dos patrimonios se considera una pérdida para toda la humanidad, razón por la cual amenazas como las expuestas aquí son extensivas a toda la humanidad.

Así pues, la protección y preservación de este patrimonio común le concierne a la comunidad internacional en su conjunto, máxime que en determinadas circunstancias un Estado no siempre puede en forma aislada enfrentar las adversidades que ponen en peligro su patrimonio cultural.

a. La noción de protección de los bienes culturales y su ámbito de aplicación

La Convención de 1972 no contiene una definición global del patrimonio; sus instrumentos correlativos se limitan a determinar los elementos de composición de aquél. Es ante todo una aproximación pragmática que evita toda clase de dificultades vinculadas a la búsqueda de una definición global y única.

En los términos de esa Convención, el patrimonio se compone de tres categorías de bienes: los monumentos, los conjuntos y los sitios creados por el ser humano, y aquellos que son producto de la conjunción entre el ser humano y la naturaleza.

En las Directrices Prácticas para la Aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial adoptadas por el Comité Intergubernamental para la Protección del Patrimonio Mundial se han revisado periódicamente estos elementos, se ha precisado su contenido y se han adicionado otros aspectos.

Ello se ilustra con la noción de *paisajes culturales*, una nueva categoría de bienes culturales que representa la conjunción de la naturaleza y de la actividad del ser humano. El paisaje cultural revela la evolución social y el de-

sarrollo de los asentamientos humanos a través del tiempo, la influencia del medio ambiente, las carencias materiales y las fuerzas sociales, económicas y culturales sucesivas, tanto internas como externas, que lo han formado.¹³⁴

Esa expresión comprende asimismo una gran variedad de manifestaciones interactivas entre el ser humano y su medio natural; abarca técnicas específicas de empleo viable de la tierra, sus características y con frecuencia el vínculo espiritual con la naturaleza.

Los puntos expuestos corresponden a una enunciación más lata en la cual es determinante la actividad del ser humano. Este aspecto no sólo refleja una simbiosis entre la creación del ser humano y la naturaleza, sino el asentamiento del primero cuando se integra al medio ambiente.

Se prescindió de la noción de *bienes culturales inmóviles*, pues los traslados de los templos de Abu Simbel demostraron que es factible la migración de monumentos adheridos al suelo. De igual manera, el desprendimiento de los frescos de una antigua capilla francesa, cuya controversia se conoce como *Freques de Casenove*,¹³⁵ o el robo de los mosaicos perpetrado en una iglesia greco-ortodoxa en Chipre,¹³⁶ en la controversia resuelta por una corte de Indiana en Estados Unidos, demuestran que elementos que se estiman integrados a un bien inmueble pueden ser desplazados.

Es preciso aclarar que la Convención de 1972 es relativa a *bienes inmuebles*, a diferencia de la de 1970, que versa sobre *bienes muebles*. De esta manera las Directrices Prácticas para la Aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial puntualizan que sólo el patrimonio cultural de *bienes inmuebles* puede ser objeto de inscripción en la lista del patrimonio mundial.

El precedente *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg et Feldman Fine Arts, Inc.*¹³⁷ permite apreciar con puntualidad la controversia que suscita el elemento de *inmovilidad*, una de las características fundamentales que se atribuyen a los *bienes inmuebles*. El citado caso ilustra la inmovilidad en la noción de bienes culturales, así como la dificultad de integrarla en un sistema de protección de los bienes culturales.

¹³⁴ Ferchichi, Wahid, "La Convention de l'UNESCO concernant la protection mondiale du patrimoine culturel et naturel", en Nafziger, James A. R. y Scovazzi, Tulio (eds.), *Le Patrimoine culturel de l'humanité/The Cultural Heritage of Mankind*, Leiden/Boston, Académie Internationale de La Haye, Martines Nijhoff Publishers, 2008, p. 459.

¹³⁵ Resolución de la Cour d'appel de Montpellier del 18 de diciembre de 1984, Recueil Dalloz Sirey, 1985, p. 208. Nota de Jean Maury.

¹³⁶ *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg et Feldman Fine Arts, Inc.* 717 f. supp. 1374 (s.d.ind. 1989).

¹³⁷ *Idem.*

Peg Goldberg, la demandada, había adquirido unos mosaicos para su galería de arte ubicada en Carmel, Indiana. Las piezas databan del siglo VI y provenían de la iglesia Panagia Kanakaria, del pueblo chipriota de Lythrankomi. En estos mosaicos se representaba al niño Jesús en el regazo de la Virgen María sentada en un trono. Ambos personajes estaban escoltados por dos arcángeles y rodeados por un pequeño fresco con los doce apóstoles. La señora Goldberg adquirió los mosaicos después de muchas vicisitudes y los trasladó a territorio estadounidense para su comercialización. La República e Iglesia de Chipre incoaron una demanda de restitución.

El juez de la Corte de Indiana primero determinó que la iglesia de Kanakaria pertenecía en propiedad a la arquidiócesis de Chipre; luego consideró que los mosaicos habían sido removidos sin autorización expresa de la Iglesia ni del gobierno de Chipre y, finalmente, que en virtud de que los mosaicos objeto de la transacción efectuada provenían de un hurto, la señora Goldberg no podía pretender un título legítimo de propiedad.

El razonamiento del juez Cudahy constituye uno de los puntos de referencia más notables en materia de restitución de bienes culturales en uno de los mercados más grandes de arte en el mundo: insistió en la autoridad de dos de los acuerdos internacionales relativos a la protección de los bienes culturales más importantes, como son las Convenciones de La Haya de 1954 y la de 1970; hizo referencia asimismo al Acta Cultural, y conforme a los *considerandos* de la resolución determinó que con arreglo a esos instrumentos los mosaicos chipriotas entraban en la categoría de propiedad cultural y debían, en consecuencia, ser objeto de protección internacional.

Si la Convención de 1970 dispone de medidas que el Poder Ejecutivo tiene que validar con la implementación de reglas y políticas de importación y exportación, al Poder Judicial le incumbe reflejar en sus decisiones tanto el espíritu como la letra de las convenciones de las que Estados Unidos es miembro.

El retraso en la aprobación del Acta Cultural se debió en gran parte a que los mercaderes de arte estadounidenses alegaban que con una reglamentación para la importación de bienes culturales a Estados Unidos la propiedad cultural ilícita terminaría por ser vendida en otros mercados carentes de regulaciones similares. Conforme al análisis desarrollado en párrafos anteriores, los Memorandos de Entendimiento (Memorandum of Understanding) con los Estados de origen de los bienes son determinantes. En la región destacan los de Guatemala, Perú y Colombia. En el caso de México la vigencia del tratado bilateral sustrae a este ámbito la restitución de bienes culturales mexicanos.

El juez Cudahy añadió que si bien los mosaicos son de gran belleza, era menester ponderar su calidad de vestigios únicos de un periodo artístico específico, motivo por el cual tenían que ser restituidos a su lugar de origen y a su legítimo propietario. La restitución debía efectuarse no solamente porque los mosaicos pertenecían a ese lugar, sino también “como un recordatorio de que la ambición y el desprecio de la propiedad, la historia y la cultura no pueden admitir contemplaciones por parte de la comunidad internacional o de esta Corte”.¹³⁸

En la Convención de 1972, la protección de los objetos culturales presenta limitaciones cualitativas, puesto que conforme a sus criterios históricos, artísticos y científicos, sólo considera a los objetos culturales irremplazables y de un valor universal sobresaliente. En esa forma y contrario a esta Convención estaría fuera de su ámbito material de validez un edificio digno de protección si hubiese sido el escenario de sucesos históricos relevantes, pero desprovisto de atributos artísticos.

Las Directrices Prácticas para la Aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial intentan proveer una aproximación al carácter excepcional, el cual entraña una importancia cultural a tal punto significativo que trasciende las fronteras nacionales y representa un valor inestimable para las generaciones actuales y venideras y para la humanidad en su conjunto.

A este respecto, la Convención de la UNESCO de 1972 prevé dos registros: la *lista del patrimonio mundial* y la *lista del patrimonio mundial en peligro o lista roja*.

En la *lista del patrimonio mundial* se distinguen con facilidad tres fases: en la primera se estimuló una inscripción masiva de bienes culturales; en la segunda se observa un mayor rigor y selectividad en los criterios, fundados ahora en una estrategia global adoptada por el Comité en junio de 1994, y en la tercera, que es la fase actual, se identifica una tendencia firme a que la lista del patrimonio mundial sea representativa, equilibrada y creíble, con base en las medidas adoptadas por la Conferencia de los Estados parte en 1999.¹³⁹

Para ser considerados, los bienes culturales deben por lo menos satisfacer los criterios de autenticidad e integridad. En cuanto al primer aspecto, deben tener la capacidad de revelar que el valor atribuido al patrimonio proviene de la veracidad o de la credibilidad de las fuentes de información que conciernen a sus atributos. El conocimiento y comprensión de estas fuentes, en relación con las características originales y subsecuentes del pa-

¹³⁸ Duboff, Leonard *et al.*, *op. cit.*, p. C48.

¹³⁹ Ferchichi, Wahid, *op. cit.*, p. 467.

trimonio cultural y con su significado, constituyen las bases necesarias para la evaluación de su autenticidad.

Resulta obvio que los juicios atribuidos al patrimonio cultural, así como la credibilidad de sus fuentes, difieren de una cultura a otra, e incluso dentro de una misma. El respeto a todas ellas exige que el patrimonio cultural sea considerado y evaluado en su contexto.¹⁴⁰

La integridad es otro criterio fundamental; supone una apreciación de conjunto del patrimonio natural y cultural, de su carácter intacto y de sus atributos. Para ello debe considerarse que posea los elementos necesarios para expresar su valor universal excepcional: tener la magnificencia que permita una representación completa de las características y los procesos que transmitan su importancia como bienes culturales. La falta de autenticidad y de integridad hace inviable su inscripción en la lista mundial.

La designación de los bienes culturales y naturales que presentan un valor universal le competen en primer lugar al Estado en cuyo territorio se encuentran, y la protección internacional de ellos no puede realizarse sin la aquiescencia del mismo. Estas consideraciones reflejan el espíritu de la Convención de la UNESCO de 1972 que, a lo largo de todo su texto, hace profesión de fe de un profundo respeto a la soberanía nacional, lo que comporta una de sus primeras limitaciones, aun cuando esa postura sea muy loable.

El sistema de protección de los bienes inscritos en la lista del patrimonio mundial se fundamenta en la voluntad estatal. Existe pues una serie de criterios detallados que incorporan los principios de selección de la Convención, en los que el valor intrínseco tiene una importancia secundaria; lo relevante es que sean los más representativos de tipos específicos de expresiones culturales y los más significativos en comparación con otros bienes pertenecientes al mismo tipo de expresión cultural.¹⁴¹

Conforme a su texto, la selección previa de los objetos culturales realizada por el Estado nacional es un requisito para que la UNESCO actúe, y esa elección está reservada así en virtud de la potestad soberana de dicho Estado. Una vez efectuada su elección, lo propone para que sean inscritos en la lista respectiva.

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ El 1o. de enero de 1990, 322 objetos fueron propuestos para su inscripción en la lista del patrimonio cultural, de los cuales fueron admitidos 234. A principios de 1992 ya había 359 monumentos inscritos, y 446 en 1994. Al final de 1996, 37 objetos culturales fueron adjuntados a la lista, y 46 más a fines de 1997. En 1998, el registro incluía un total de 552 monumentos provenientes de 112 Estados. La *lista roja* de bienes del patrimonio cultural en peligro sólo contaba con 15. En Streinz, Rudolf, *op. cit.*, p. 76.

Al considerar que la protección internacional no es más que subsidiaria, la Convención de 1972 pretende estimular la protección nacional, y cuando sus reglas prevén un sistema de cooperación internacional debe entenderse que lo hace con el propósito de secundar al Estado en sus esfuerzos para garantizar esa protección y conservación, y de ninguna manera para sustituirlo.

Es siempre con esta intención que el texto de la Convención reconoce la obligación de cada Estado parte de asegurar la protección y preservación de su patrimonio cultural y natural en beneficio de las generaciones venideras, y determinar la responsabilidad de su guarda y custodia frente a la comunidad internacional.

Para ello se prevén obligaciones primarias para el Estado, que debe allegarse todos los medios necesarios y, en su caso, solicitar la cooperación internacional. La Convención dispone de medidas concretas que debe adoptar el Estado para garantizar una protección y preservación eficientes en su territorio.

Los esfuerzos del Estado son de naturaleza política, ya que debe adoptar una directriz general que reconozca, conserve, proteja y valore el patrimonio cultural y lo integre en sus programas de planificación; son también jurídicos, pues deben aplicar las medidas legales conducentes de protección; son científicos porque tienen que desarrollar investigaciones y estudios, así como perfeccionar los métodos de intervención que permitan enfrentar las amenazas que acechen al patrimonio cultural, y son institucionales, pues el Estado debe crear uno o varios servicios internos de protección, conservación y valorización.

Para hacer viable la ayuda internacional, el Estado interesado debe, en primer lugar, entregar al Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO un inventario de sus bienes culturales y naturales aptos para ser incluidos en la lista en cuestión. A partir de este registro, el Comité elabora a su vez una lista del patrimonio mundial en peligro y que puede ser objeto de ayuda internacional.

El Comité padece serias limitaciones legales, una de ellas es no poder actuar por iniciativa propia, aun cuando tenga conocimiento de la amenaza que se cierne sobre bienes culturales específicos o que se encuentran expuestos a negligencia. Esta limitación incluso priva cuando uno de los Estados parte ha cometido una restricción de la Convención.

Pese a sus limitaciones, al Comité le asiste el monopolio de la inscripción de los bienes culturales en la lista del patrimonio mundial, ya que es competente para realizar, posponer o rechazar la inscripción en la lista, y tiene el mandato terminante para custodiarla. También se le asigna la com-

petencia de la inscripción en la lista del patrimonio cultural que se encuentre en peligro real o potencial, y le asiste asimismo la facultad de retirar los bienes culturales de la lista del patrimonio mundial con carácter excepcional o de la lista del patrimonio en peligro.

Las modalidades de la asistencia internacional especifican las medidas técnicas, organizacionales, financieras y preventivas que deben implementarse.

Otra gran limitante atañe al financiamiento de esas medidas, las cuales están a cargo del Reglamento Financiero del Fondo del Patrimonio Mundial, cuyos recursos dependen principalmente de contribuciones voluntarias.

El Comité lo integran 21 miembros de Estados parte elegidos temporalmente y que deben ser representativos de las diferentes regiones y culturas universales. Su derecho soberano en cuanto a su organización quedó ampliamente expuesto, y la asistencia de un secretario ejecutivo en el cumplimiento de sus funciones ha resultado de gran importancia.¹⁴²

b. Los efectos de la Convención de la UNESCO de 1972

La Convención de la UNESCO de 1972 ilustra bien la realidad de las convenciones en el derecho internacional: su universalidad depende de las escasas obligaciones internacionales que se les imponen a los Estados y de la reafirmación de la noción de soberanía. Resulta claro que a menos obligaciones internacionales se tendrá una mayor expansión del concepto de soberanía, y consecuentemente el número de ratificaciones será mayor. Basta analizar el apartado 1o. del artículo 6o. de esta Convención para constatarlo.¹⁴³

La especificidad de los bienes culturales no depende únicamente de la apreciación nacional. Éstos pertenecen al patrimonio cultural universal y, por lo tanto, son del interés de la comunidad internacional. Esto implica una diferenciación conceptual jurídica en los órdenes nacional e internacio-

¹⁴² El comité trabaja activamente con el Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de Bienes Culturales (ICROM), el Consejo Internacional de Monumentos y Lugares de Interés Artístico e Histórico (ICOMOS) y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y sus Recursos (UICN), que participa en sus sesiones.

¹⁴³ “Art. 6: 1. Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 y sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Parte en la presente Convención reconocen que constituyen un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene deber de cooperar.”

nal. La noción jurídica nacional, así como la de propiedad, debe ser objeto de una amplia regulación en el derecho nacional, mientras que la noción jurídica internacional del patrimonio de la humanidad, cuya formulación no goza del mismo grado de aceptación legal, acusa severas limitaciones.

No obstante, puede identificarse una serie de deberes básicos. El Estado está obligado a preservar su patrimonio cultural y es responsable de la conservación de aquél que reviste un valor universal. Esta obligación deriva naturalmente de una más extensa: la realización de diferentes esfuerzos que tiene que agotar.

Otra obligación internacional a cargo de los Estados parte es prestar la asistencia necesaria a los bienes culturales más representativos que se encuentren en una situación de urgencia en razón de su deterioro o destrucción, además de realizar esfuerzos para prevenir en su propio territorio daños y perjuicios al patrimonio cultural de otro Estado.

La ratificación de la Convención de 1972 por una amplia mayoría de Estados le confiere un carácter universal y la inscribe dentro de un nuevo orden público internacional en materia de cultura, el cual a su vez influye en el derecho nacional. Es importante, sin embargo, subrayarlo: la ausencia de sanciones internacionales limita los medios de presión que permitirían que ese instrumento alcanzara sus objetivos con mayor eficiencia.

El concepto de patrimonio cultural de la humanidad no sólo presupone la protección del patrimonio cultural nacional en tanto tal, sino también la existencia de intereses comunes con las obligaciones consiguientes tanto para el Estado como para la comunidad internacional.

Esto conduce al planteamiento del vínculo existente entre el *patrimonio común de la humanidad* y el *acervo común de la humanidad*. Esta segunda denominación designa los bienes culturales que se sustraen a toda soberanía territorial, pues pertenecen a toda la comunidad internacional y, por ende, nadie puede apropiarse individualmente de ellos.

Es así como debe entenderse el régimen de legalidad del espacio o de la Antártica. El concepto es extensivo cuando el patrimonio definido como universal se encuentra en el territorio de un Estado: se encuentra sujeto a la reglamentación soberana del mismo pero ésta debe someterse a ciertas bases legales de uniformidad internacional.

Lo mismo sucede con los bienes culturales. La idea subyacente es que estos bienes culturales específicos son importantes para la humanidad en general y no deben ser explotados en forma aislada, sino conforme a los intereses de todos los Estados y en beneficio de la comunidad internacional.

Ese principio conlleva una diferenciación jurídica muy clara: en tanto que el acervo común de la humanidad es objeto de una reglamentación material y organizacional en espacios específicos desprovistos de potestad soberana, el patrimonio cultural de la humanidad no puede ser objeto de la misma reglamentación.

En este sentido, la Convención de 1972 no admite la explotación comunitaria ni la introducción de regímenes jurídicos diferentes; sólo reconoce lo que el interés nacional puede articular en compatibilidad con el interés común de la humanidad.

Los beneficios inmediatos de los Estados parte dependerán de su deseo de que prevalezcan los intereses comunes de la humanidad, lo que podría convertir a esta Convención en un vehículo de intercambio de los Estados miembros sobre la base de la reciprocidad.

c. Reflexiones finales

La Convención de 1972 provee un vínculo entre la naturaleza y la cultura y se convierte en un elemento fundamental en la construcción de una disciplina jurídica; reconoce asimismo el derecho que les asiste a las generaciones venideras a contar con un legado cultural que constituye la piedra angular de todo desarrollo sostenido.¹⁴⁴

Este instrumento introduce la noción del interés general de la humanidad, que se traduce en la conservación del patrimonio cultural, el cual traspasa el ámbito regional o nacional del legado cultural. En términos metodológicos, no se limita a una enumeración de disposiciones; representa un sistema de protección del patrimonio cultural universal de valor excepcional. Este sistema contiene un conjunto de reglas jurídicas, órganos e instituciones de decisión, mecanismos de financiamiento de auxilio y un conjunto de instrumentos y prácticas internacionales.

El patrimonio mundial tiene como vocación natural proteger los vestigios que testifican el pasado del ser humano y su genio y la construcción de un futuro para la humanidad. La formación del patrimonio cultural común de diferentes naciones, razas, culturas y políticas crea espacios de concordia, coordinación y cooperación entre los intereses divergentes de la humanidad y fomenta la creación de una memoria colectiva.

Este interés general de la humanidad merece y debe ser salvaguardado en beneficio de las generaciones actuales y de las futuras. La misma con-

¹⁴⁴ Ferchichi, Wahid, *op. cit.*, p. 456.

cepción de un interés general de la humanidad resulta ser un elemento de cohesión entre los pueblos y entre las diferentes culturas.

IV. CONCLUSIÓN GENERAL

A partir de la segunda mitad del siglo XX, a nivel internacional se puede observar un debate animado y favorable a la adopción de convenciones en las que se percibe una nueva terminología jurídica: bienes culturales, patrimonio común de la humanidad, nacionalismo cultural, internacionalismo cultural, etcétera. La elección de cada uno de estos términos refleja por sí misma la adopción de concepciones de política culturales muy diversas por parte de los Estados.

Las convenciones relativas a la cultura se refieren al ámbito del derecho internacional público cultural, conformado sobre todo por las Convenciones de 1970 y de 1972. Las controversias que han emergido en el ocaso del siglo XX y en el umbral del XXI se hallan muy lejos de encontrar una solución eficiente. Estos instrumentos son de derecho público y rigen solamente entre Estados, a pesar de que el tráfico ilícito se da esencialmente entre particulares.

Las soluciones que esas convenciones desarrollan en dicho sentido son precarias. Así, el artículo 7-b.ii de la Convención de 1970 prevé la restitución de los bienes culturales aun cuando hayan sido adquiridos de buena fe; noción sustancial en el derecho común del sistema de derecho escrito. Y es evidente que una disposición como la que enuncia ese artículo socava seriamente los fundamentos de los sistemas de legalidad de derecho escrito existentes.

Uno de los aspectos que se evocan con más frecuencia concierne a la necesidad de los sistemas de legalidad de pronunciarse respecto al conflicto de intereses que opone al propietario desposeído con el adquirente de buena fe, sea a favor del primero (*favori domini*) o en beneficio del segundo (*favori comerci*).

La controversia fundamental radica en el elemento de certidumbre que es indispensable al comercio. Los sistemas de derecho escrito favorecieron la certidumbre en el comercio, mientras que el sistema anglosajón formuló una regla general que se epitoma en la máxima *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, en la que prevalece la protección del propietario desposeído.

En los procesos de ratificación de la Convención de 1970, una de las reticencias expresadas por los países de destino de objetos culturales se debía

precisamente a que el contenido de su artículo 7-b.ii alteraba algunos de los principios fundamentales de la funcionalidad de sus sistemas de legalidad, en especial el relativo a la protección del adquirente de buena fe *a non domino*.

Además de las normas de protección del adquirente de buena fe *a non domino*, es preciso considerar la norma de conflicto tradicional, o sea la *lex rei sitae*. Este punto de contacto tradicional es de una neutralidad absoluta, ya que sólo constituye un mecanismo legal que permite precisar cuál es la ley aplicable en determinada situación y no favorece al propietario desposeído ni al adquirente de buena fe *a non domino*. Es precisamente su carácter neutral lo que favorece la aceptación universal de la *lex rei sitae*, pero presenta el grave inconveniente de impedir la aplicación de normas protectoras de bienes culturales imperativas.

La búsqueda de una *point de rattachement culturel*, que se podría calificar de punto de contacto cultural, permitiría atribuir a las normas del país de origen de los bienes culturales el estatuto de legislación aplicable. Sin embargo, la aplicación forzada de una ley de orden público extranjero, por lo general la ley que rige en el lugar de origen de un bien cultural, sería objeto de una gran reticencia por parte de los Estados de destino, que difícilmente aceptarían alterar los fundamentos de su sistema jurídico y admitir un régimen de excepción para algunos bienes únicamente sobre la base del elemento de *culturalidad* y cuyo único apoyo de legalidad serían las legislaciones extranjeras.

Esta situación en apariencia inextricable suscitó los esfuerzos de la comunidad internacional y llevó a la redacción de una convención internacional que establecería normas protectoras imperativas de los bienes culturales, pero lo suficientemente acotadas para favorecer una ratificación general de la convención, sobre todo de los Estados de destino. Se decidió que la aplicación de normas imperativas internacionales en los países de destino de los bienes sólo se justificaría en unos casos precisos —*numerus clausus*— y tratándose de bienes culturales que revistiesen una importancia significativa para los países de origen.

La noción de un orden cultural público internacional acababa de emerger, y fue bajo esta nueva óptica que se elaboró la Convención de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Convención Cultural de UNIDROIT), aprobada por la Conferencia diplomática convocada al efecto en junio de 1995.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Disponible en: <http://www.unidroit.org/spanish/conventions/1995culturalproperty-convention-sp.pdf>.

El UNIDROIT, con sede en Roma, se fundó en 1926 y es un punto de convergencia de diferentes concepciones jurídicas provenientes de todas las latitudes; la redacción de normas de derecho uniformes, de leyes modelo y guías jurídicas es parte de sus actividades cotidianas.

El derecho comparado funcional se dedica a buscar mecanismos legales similares dentro de los diferentes sistemas jurídicos con la intención de elaborar normas compatibles sobre algunos puntos específicos. El proceso de unificación del derecho no es reciente, pues representa una constante en la tradición jurídica. La Convención Cultural del UNIDROIT ha sido ya ratificada por la mayoría de los países de América Latina y del Caribe. México, sin embargo, por muy diversas razones aún no la ratifica.

En tanto, el tráfico ilícito ha tomado un rumbo inesperado a través de las subastas y sitios comerciales en *Internet*. Debe tomarse en cuenta que los bienes culturales materiales, especialmente los arqueológicos, se consideran recursos no renovables. Los vestigios del pasado constituyen recursos arqueológicos frágiles y finitos, expuestos ahora al vandalismo y a los movimientos iconoclastas insospechados. Cada factor de destrucción varía en intensidad y alcance, pero todos conducen al mismo resultado: una erosión irremediable de nuestra memoria colectiva.

En un sinnúmero de ocasiones el pillaje, y el vandalismo exceden los límites de cualquier imaginación. La consecuencia más grave, específicamente en los casos de robo en las zonas arqueológicas, es la destrucción del contexto de los sitios, que una vez alterados llevan a ese contexto a perder su funcionalidad. De la misma manera, la pérdida de la información científica será permanente. Esos actos disminuyen de manera sensible el valor del bien cultural sustraído y destruyen el recurso arqueológico.

Otra de las consecuencias que se ha destacado poco es la incertidumbre y la corrupción que introduce ese pillaje en los estudios de culturas antiguas y del arte ante el fomento de las réplicas y la proliferación de las falsificaciones de bienes culturales.