



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

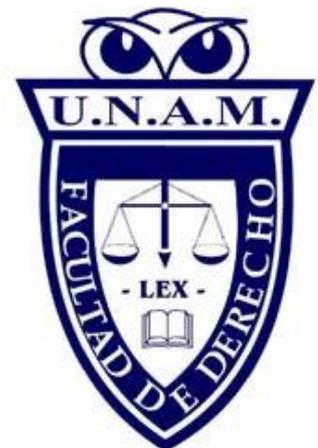
**“ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS
INTERNACIONALES PARA LA RECUPERACIÓN DE
BIENES CULTURALES”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

IGOR RAMÍREZ GARCÍA PERALTA

ASESORA: DRA. NORKA LÓPEZ ZAMARRIPA
CIUDAD UNIVERSITARIA, 2011





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A mi Bela (q.e.p.d.).
A mi madre y mi padre.
A mi hermano y mi cuñada. A Valentina y Paulina.
A mi familia.

A mi mentor: Patricia Espinosa Cantellano.

A mis maestros de siempre:
Fernando Serrano Migallón, por su apoyo incondicional.
A Celia Toro y Martha Elena Venier. A Susanne Lutz.

A mis maestros *off-campus*:
Joel Hernández; Damián Martínez, por su paciencia y humor. Negro.

A mi asesora, Norka López y a María Elena Mansilla.
A Orlando Montelongo y Juan Carlos Fitta.

A Oscar Holguín. Por su contribución a este trabajo.

A mi compañera de batalla: Rosa María Castro Valle.

A Lourdes Aranda. A Alfonso de María.

A Raúl Heredia, Claudia Mendoza y Mariana López-Suck.

A Anita, Lulú, Herme, Gaby, Silvia, Betty y al señor Enrique.

A Sergio Aguirre, Daniela Argüelles, Francesca Arienzo, Pinyada Asahi, Camila Aviña, Sergio Beltrán, Jorge Castro, Juan Carlos Castro, Leticia Castro, María José Castro, Tania Castro, Gonzalo Cervera, Rodrigo y Santiago Chacón, José de Jesús Cisneros, Elisa Díaz, Marlene Díaz, Nikolaus Ehrensberger, Joan Manel Frias, Laura García, Mauricio Guerrero, Marisol Hernández, Thibault Leroy, Juan Carlos Lombardo, Bárbara Magaña, Manuela Matzinger, Paco Matzinger, Sergio Méndez, Ernesto Mier, Pablo Monroy, Alexia Núñez, Enrique Paredes, Cristóbal Pellicer, Jaina Pereyra, Izaskun Pineda, Lilia Rivero, Mirko Rödig, Liliana Saldaña, Patricia Silva, Alfonso Sosa, Erika Streu, Daniel Tamayo, Ana Topete, Francisco Tovar, Roberto Valladares, Paulina Villalpando y Nuria Zúñiga.

A mis cómplices. De hoy, mañana y siempre.

A Alejandro Maldonado.

A mi Facultad. A la Cancillería. A la UNAM.
Al 2011.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. MARCO TEÓRICO/ CONCEPTOS FUNDAMENTALES	5
1.1. <i>Restitución lato sensu</i>	5
1.1.1. <i>La voluntad de resarcir acciones del pasado</i>	6
1.1.2. <i>La Ley de la Memoria Histórica</i>	7
1.1.3. <i>La búsqueda de Lorca</i>	9
1.1.4. <i>“Inanimate objects, do you have a soul?”</i>	12
1.2. <i>Restitución stricto sensu</i>	12
1.2.1. <i>Cultura y cultural</i>	15
1.2.2. <i>Propiedad y posesión</i>	17
1.2.3. <i>Buena fe</i>	18
1.2.4. <i>Bien</i>	21
1.2.4.1. <i>Bienes propiedad del Estado</i>	23
1.2.4.2. <i>Bienes de dominio privado</i>	27
1.2.4.3. <i>Bienes muebles e inmuebles</i>	30
1.2.4.4. <i>Bien cultural</i>	33
1.2.5. <i>Patrimonio Cultural</i>	36
1.2.6. <i>Tratados internacionales</i>	38
1.2.7. <i>Canales para la restitución</i>	40

2.	<u>EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESTITUCIÓN</u>	44
2.1.	<u>Antecedentes históricos</u>	44
2.1.1.	<u>Francisco de Vitoria</u>	44
2.1.2.	<u>Europa antes de la Segunda Guerra Mundial</u>	47
2.1.3.	<u>La “Declaración de Londres” de 1943</u>	50
2.1.4.	<u>El caso de Suiza</u>	51
2.2.	<u>Hacia los instrumentos multilaterales</u>	53
2.2.1.	<u>Convención de la UNESCO</u>	53
2.2.1.1.	<u>Situación actual</u>	56
2.2.2.	<u>Convenio de UNIDROIT</u>	60
2.2.2.1.	<u>Situación actual</u>	62
3.	<u>INSTRUMENTOS MULTILATERALES</u>	67
3.1.	<u>Filosofía</u>	68
3.2.	<u>Naturaleza jurídica</u>	73
3.3.	<u>Alcances y objetivos</u>	81
3.3.1.	<u>Convención de la UNESCO</u>	81
3.3.2.	<u>Convenio de UNIDROIT</u>	87
3.4.	<u>Ámbito de aplicación</u>	88
3.5.	<u>Procedimientos para reclamar la restitución</u>	89
3.5.1.	<u>Convención de la UNESCO</u>	89
3.5.2.	<u>Convenio de UNIDROIT</u>	95
3.6.	<u>Plazos para reclamar la restitución</u>	97
3.7.	<u>Consecuencias para el poseedor</u>	99

4. DISCUSIÓN: MÉXICO Y LOS INSTRUMENTOS MULTILATERALES PARA LA RECUPERACIÓN DE BIENES CULTURALES	104
4.1. Consideraciones para replantear la estrategia de recuperación de bienes culturales	106
4.2. No todos los monumentos arqueológicos son propiedad de México	109
4.3. Pago de indemnizaciones a poseedores de buena fe	113
4.4. <i>Lex loci rei sitae</i>	115
4.5. Indemnizaciones	117
4.6. Propuesta de curso de acción en caso de encontrar un bien cultural en el extranjero	121
4.7. Estructura de un posible protocolo adicional a la Convención de 1970	123
4.7.1. Preámbulo	123
4.7.2. Articulado	125
CONCLUSIONES	128
CONSIDERACIONES FINALES HERENCIA COMÚN, PATRIMONIO COMPARTIDO	133
BIBLIOGRAFÍA	137

ABREVIATURAS UTILIZADAS

UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura
UNIDROIT	<i>Institut International pour l'Unification du Droit Prive</i>

INTRODUCCIÓN

La figura de los Amantes de Ain Sakhri, de once mil años de antigüedad, es la representación conocida más antigua de una pareja teniendo relaciones sexuales. Se trata de una piedra ingeniosamente tallada: los brazos y piernas en relieve muestran a dos sujetos en un profundo abrazo. A pesar de no haber tallado sus rostros, el artista logró insinuar que los amantes están sumergidos en un largo beso. Desde cualquier ángulo, la escultura conserva su forma fálica, sin revelar en ningún momento el sexo de los amantes. La pieza, originalmente descubierta en una cueva del desierto de Judea, se puede apreciar hoy en el barrio londinense de Bloomsbury, en el *British Museum*, a unos 3,500 kilómetros de distancia del lugar de su descubrimiento.¹

La sensibilidad para crear y apreciar el arte es una de las características que distinguen al ser humano del resto del reino animal. Desde la época de las primeras exploraciones y conquistas, la humanidad ha mostrado su fascinación por coleccionar y exhibir piezas de arte. Los individuos han estado dispuestos a pagar precios muy altos por conservarlas. De hecho, el costo social y político de coleccionar y mantener ciertos bienes culturales ha superado, en muchas ocasiones, el precio pagado por los mismos.²

¹ Cfr. MACGREGOR Neil, *A history of the world in a hundred objects*, 1ª ed, Penguin, Londres, Reino Unido, 2010, pág. 34.

² Cfr. SHINN, John P. "A new world order for cultural property: addressing the failure of the international and domestic regulation of the international art market", en *Santa Clara Law Review*, Santa Clara University School of Law, Santa Clara, Estados Unidos, n. 34, 1994, págs. 345-374.

En los últimos años, el mercado de arte ha florecido y, de manera paralela, el tráfico ilícito de bienes culturales ha alcanzado proporciones nunca antes imaginadas. Actualmente, el comercio ilegal de patrimonio cultural constituye una forma de delincuencia que se encuentra en una inquietante fase de expansión en todo el mundo y que se beneficia de la aparición de nuevos mercados, especialmente en las economías emergentes. La velocidad con la que se desplazan personas y objetos, la eficiencia de los medios de comunicación y el alza en los precios de los bienes culturales han inyectado más capital al sector, dificultando encontrar una solución que frene el amenazador crecimiento del mercado negro de piezas arqueológicas y obras de arte.³

Los recursos humanos y financieros hasta ahora disponibles han resultado insuficientes para combatir efectivamente este problema. Existe poca uniformidad entre las distintas leyes relacionadas con la protección del patrimonio cultural y la restitución de bienes culturales. A pesar de que en las últimas décadas se han producido nuevos instrumentos jurídicos internacionales para este fin, las legislaciones nacionales obstaculizan la restitución mediante la protección que brindan al poseedor de buena fe o mediante plazos demasiado cortos para la prescripción positiva. Esta escasa uniformidad permite el “blanqueo” de piezas robadas o exportadas ilícitamente; los traficantes se han aprovechado de las citadas deficiencias para comerciar con el patrimonio histórico y cultural de los países de origen, entre los que se encuentra México.

³ Cfr. UNIDROIT, Secretariado de, “*Convention d’UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés: rapport explicatif*,” en *Revue de Droit Uniforme*, International Institute for the Unification of Private Law, Roma, Italia, n. 3, 2001, págs. 477-565.

En la presente investigación, después de acotar los conceptos jurídicos propios de la materia y realizar una breve síntesis de los antecedentes históricos de la restitución, se discuten y analizan los dos instrumentos internacionales principales para la protección del patrimonio cultural: la “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales” de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de 1970, y el “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, de 1995. Mediante un estudio comparativo de los principios de cada uno de estos tratados se pretende señalar sus ventajas y desventajas, a fin de determinar su efectividad para la recuperación de bienes culturales robados o exportados ilícitamente.

Se analiza también el caso específico de México: la postura del Gobierno Mexicano en torno a ambos instrumentos, los principios de la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas” y su relación con la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” y el “Código Civil Federal”, haciendo especial énfasis en las inconsistencias que presentan en materia de recuperación de bienes culturales.

Finalmente se plantea una propuesta de curso de acción para la recuperación de bienes culturales encontrados en el extranjero y ciertos puntos a considerar en la elaboración de un posible protocolo a la Convención de la UNESCO de 1970, a fin de dotar de una mayor protección

a los bienes culturales, especialmente aquellos procedentes de excavaciones ilícitas.

Esta tesis se enmarca en la imperativa necesidad de encontrar medios legales más efectivos que permitan controlar el comercio nacional e internacional de bienes culturales y que, a su vez, brinden estabilidad y certeza jurídica a los países de origen, a fin de que puedan conservar, promover y mostrar a la comunidad internacional, la riqueza de su patrimonio cultural.

1. MARCO TEÓRICO/ CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.1. Restitución *lato sensu*

En la doctrina jurídica se define el concepto de restitución como uno de los posibles métodos para reparar injusticias pasadas. Sin embargo, existen también otras formas de reconocer o enmendar dichas injusticias, como son la indemnización y la disculpa. Mientras que la primera implica una compensación por aquello que ya no puede ser restituido o devuelto –vidas humanas, bienes intangibles, cultura, identidad-, la segunda no conlleva la transferencia de objetos materiales, recursos o derechos, sino simplemente el reconocimiento público de la agresión o el abuso cometido, sus efectos y, en algunos casos, la responsabilidad –penal, civil o administrativa-, así como las obligaciones que surgen con las víctimas.⁴

Disculpa, indemnización y restitución representan distintos grados de reconocimiento por parte de un Estado de las injusticias que cometió en contra de otro Estado nación o de una minoría, incluso dentro de su propio territorio nacional. La restitución, *lato sensu*, engloba todo el espectro de esfuerzos realizados para rectificar el pasado. En este sentido, al hablar de restitución no nos referimos solamente a su concepto jurídico, sino también a su significado social y cultural.

⁴ Cfr. BARKAN, Eleazar, “*Making Amends: A New International Morality?*”, en PROTTE Lyndel V. (compilador), *Witnesses to History. Documents and writings on the return of cultural objects*, s.n.e., UNESCO, Paris, Francia, 2009, pág. 40.

1.1.1. La voluntad de resarcir acciones del pasado

El siglo XX, más que ningún otro en la historia, fue marco de una veloz y agresiva revolución en el pensamiento. Nunca antes hubo tantos avances en la ciencia, en la tecnología y en el arte. El tránsito de bienes, ideas e individuos aumentó potencialmente gracias a la eficiencia de los nuevos medios de comunicación y transporte. Los dos grandes conflictos armados del siglo cambiaron decisivamente la historia de las relaciones internacionales.

Este cambio trajo consigo un cuestionamiento sobre la manera de interactuar en el escenario global. La Segunda Guerra Mundial puso punto final a la era de la *Realpolitik*: la creencia de que el realismo había de conducir las políticas estatales y la diplomacia internacional.⁵ El final de la Guerra Fría impulsó el creciente interés en la moral y la justicia. La última década del siglo fue aún más dramática: crueles guerras en África y Yugoslavia; la desintegración del bloque soviético; la transición democrática en América Latina; las crecientes olas de migración de sur a norte y de este a oeste... Todos estos sucesos implicaron retos nuevos que la vieja escuela diplomática y la antigua manera de hacer política no pudieron enfrentar. Grandes potencias, nuevos Estados y organismos internacionales, todos por igual, han tenido que buscar la manera de definir, legitimar y justificar su existencia en un mundo que presta cada vez más atención a los valores morales.

⁵ Cfr., BARKAN, Eleazar, “*Making Amends: A New International Morality?*”, *op. cit.*, pág. 40.

La “*nueva moral internacional*”,⁶ como la llama Eleazar Barkan, se caracteriza no solamente porque los Estados señalan abusos cometidos por otras naciones, sino que conlleva también una revisión introspectiva de la propia historia nacional. En este contexto, España emitió la “Ley de la Memoria Histórica” de diciembre de 2007, por medio de la cual busca enmendar acciones pasadas, tanto con sus propios ciudadanos, como con la comunidad internacional.

1.1.2. “Ley de la Memoria Histórica”

Este ordenamiento resulta especialmente útil para respaldar la tesis de Barkan. En su amplia exposición de motivos, el Congreso Español emplea frases como “*espíritu de reconciliación y concordia*” y “*conocimiento de nuestra historia y fomento de la memoria democrática*”.⁷ Con su aprobación, el Reino de España emprendió una labor titánica para subsanar los abusos cometidos en contra de sus propios ciudadanos. Se trata de un ejercicio de introspección que pretende hacer las paces con sus nacionales y con el resto de los países, principalmente dentro de la Comunidad Europea.

Entre los preceptos de la “Ley de la Memoria Histórica”, cabe destacar los siguientes, puesto que implican distintos grados de reconocimiento por parte del Estado español:

⁶ BARKAN, Eleazar, “*Making Amends: A New International Morality?*”, *op. cit.*, pág. 40. (trad. Igor Ramírez)

⁷ “Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”, en: Boletín Oficial del Estado, núm. 310. 22296, Madrid, España, 2007, pág. 53410.

- Se ordena la realización de un censo de edificaciones y obras realizadas mediante trabajos forzosos por los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores y por los prisioneros en campos de concentración.⁸ Entre 1937 y 1962 cientos de miles de españoles realizaron trabajos forzados de reconstrucción en inmuebles destruidos durante la Guerra Civil y de construcción de aeropuertos, pantanos, canales de riego, vías férreas y carreteras. Se trata de un porcentaje significativo de la población económicamente activa de la época, que sin la ejecución del censo, no tendría ningún reconocimiento jurídico. La Ley reconoce “...*el derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal a las personas afectadas durante la Guerra Civil y la Dictadura*” y señala que tal derecho es “...*compatible con los demás derechos y medidas reparatoras reconocidas en normas anteriores, así como con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia.*”⁹
- Se establece una indemnización por una cuantía de 135,000 euros en favor de los beneficiarios de aquellos fallecidos en defensa de la democracia durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1968 y el 6 de octubre de 1977.¹⁰
- Sin exigir la renuncia a su nacionalidad anterior, según lo requiere normalmente el “Código Civil” para la adquisición de la nacionalidad

⁸ Cfr. “Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”, *op. cit.*, art. 17.

⁹ *Ibidem*, art. 4.

¹⁰ Cfr. *Ibidem*, art. 10.

española por naturalización,¹¹ el Estado reconoce la labor de los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales que participaron en la Guerra Civil de 1936 a 1939 y les concede la nacionalidad española.¹²

- Se obliga a la Administración pública, a facilitar a los descendientes directos de las víctimas, que así lo soliciten, *“...las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore.”*¹³

1.1.3. La búsqueda de Lorca

Enmarcada en este último punto de la “Ley de la Memoria”, la búsqueda del cuerpo de Federico García Lorca ha adquirido un papel central en los esfuerzos del Estado español por sanar un pasado doloroso que aún vive en la mente de muchos de sus ciudadanos.

Durante los últimos años, el diario español “El País” ha reproducido hasta el cansancio la imagen de un solitario olivo al pie de una colina, en el paraje de Alfacar, Granada. La fama que ha adquirido el retrato se debe a que un sujeto asegura haber enterrado a Federico García Lorca, Francisco Galadí,

¹¹ GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, “Código Civil”, Real Decreto, Madrid, España, 24 de julio de 1889, art. 23, <http://civil.udg.edu/>: “Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia: (...) b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1 del artículo 24.”

¹² Cfr. “Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”, op. cit., art. 18.

¹³ Ibidem, art.11.

Joaquín Arcollas y Dióscoro Galindo, una fatídica madrugada de agosto de 1936, a un costado del olivo.¹⁴

Tras casi dos años de búsqueda, 73 años de espera, y más de 70,000 euros de inversión, lo único que se encontró fue una enorme roca que eliminó toda esperanza de que en algún momento hubiera existido ahí una fosa.¹⁵ El poeta español más célebre es aún el desaparecido más célebre de la península ibérica. Oficialmente no son sus restos los que se buscan, sino los de Galadí, puesto que sus descendientes solicitaron a las autoridades la identificación de sus restos, mientras que los de Lorca se han negado a hacerlo. En cualquier caso, a la búsqueda extraoficial del cuerpo de Lorca se sumaron millones de españoles que ven en los restos mortales del poeta una esperanza de reconciliación con su pasado.

A pesar de no haber encontrado el cuerpo, la búsqueda no ha sido un fracaso absoluto. Con ella, España imita los esfuerzos de países como Chile, que exhumó y enterró dignamente a Víctor Jara, torturado y asesinado por Pinochet, o Hungría, que hizo lo propio con los restos de Miklós Radnóti. El Estado español, gracias a la iniciativa de la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica, ha aprendido importantes lecciones.

La primera es que son tan válidas y legítimas las razones de las familias que desean recuperar los restos de sus familiares asesinados durante la Guerra Civil y el franquismo, como las que, por el contrario, prefieren renunciar a

¹⁴ Cfr. JUNQUERA, Natalia, “No seguiremos buscando”, en El País, Madrid, España, 18 de diciembre de 2010.

¹⁵ Cfr. idem.

hacerlo, como es el caso de los descendientes de García Lorca. Corresponde a los tribunales decidir sobre dos derechos que, aunque enfrentados, son igualmente legítimos y respetables.¹⁶

La segunda lección tiene que ver con la trascendencia de la búsqueda de García Lorca. Millones de españoles han seguido los avances de la investigación puntualmente en los medios. García Lorca es un común denominador para la cultura española. Desde el punto de vista sociológico la cultura es *“la herencia social de un grupo que es reactualizado y modificado por la gente de esa misma colectividad”*.¹⁷ Por esta razón, la búsqueda de los restos de García Lorca ha logrado cohesionar a la sociedad española.

La cultura es en sí un importante medio de cohesión. Una nación logra su identidad común cuando sus ciudadanos se convencen de que comparten la misma cultura. Por consiguiente, es esencial que las políticas nacionales concedan prioridad al reconocimiento del patrimonio cultural común y que se contemplen sus consecuencias para las futuras generaciones como parte de una historia compartida y como fuente de inspiración para el futuro. La protección del patrimonio artístico debe constituir una de las prioridades de la política cultural de un país. Esta debe contemplar tanto la protección de su propio patrimonio, como el respeto al patrimonio de otros Estados, de forma que se incluyan disposiciones sobre su preservación en todos los ámbitos de la política.

¹⁶ Cfr. EDITORIAL, *“Símbolo de la barbarie”*, El País, Madrid, España, 22 de diciembre de 2009.

¹⁷ LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka, El futuro del sistema jurídico nacional e internacional del patrimonio cultural, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2003, pág. 18.

1.1.4. “*Inanimate objects, do you have a soul?*”¹⁸

Los bienes culturales resultan ser una buena opción para reparar injusticias históricas. El patrimonio cultural personifica buena parte de la identidad nacional de un grupo. Ciertos bienes culturales llevan el cuño particular de una identidad social. Es así como la reclamación de restitución de piezas como los mármoles del Partenón o los bronce de Benín van mucho más allá de su valor económico, puesto que éstos poseen gran simbolismo para la colectividad en los Estados requirentes. Forman parte de su identidad, mitología e idiosincrasia más arraigadas. La comunidad internacional reconoce cada vez más esta realidad y emprende esfuerzos dirigidos a subsanar injusticias históricas y definir el lugar del individuo en una cultura comunal. En ese sentido, 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” y el “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente” encarnan los esfuerzos por codificar acuerdos internacionales relativos a la protección de bienes culturales.

1.2 Restitución *stricto sensu*

En 1989, el Instituto Smithsonian instauró una política que tendría un gran impacto en la comunidad museística internacional: la restitución voluntaria

¹⁸ DE LAMARTINE, Alphonse, extracto de “*Milly ou la terre natale*”, en Harmonies poétiques et religieuses, tercer libro, en PROTT Lyndel V. (compilador), Witnesses to History. Documents and writings on the return of cultural objects, *op. cit.*, pág. xi.

de restos humanos, objetos sagrados y otros bienes culturales a comunidades indígenas de América del Norte y demás grupos étnicos que así lo solicitaran.¹⁹

Hasta hace no mucho tiempo, coleccionistas de arte y antigüedades podían ensanchar sus acervos al adquirir impunemente piezas en el mercado negro internacional, abastecido de bienes provenientes de excavaciones ilícitas y tumbas profanadas, o bien, de objetos robados o exportados ilícitamente. Los propietarios de dichas piezas, comúnmente Estados subdesarrollados, tenían pocas posibilidades de recuperarlos en un litigio, debido a la complejidad de los casos y la dificultad de presentar pruebas documentales suficientes para comprobar que efectivamente se trataba de objetos extraídos ilícitamente de su territorio.

Sin embargo, casos como el del Smithsonian contribuyen a la creciente presión que existe sobre marchantes, coleccionistas y museos, a fin de que investiguen con la debida diligencia el origen y la propiedad de los bienes culturales, antes de comerciar con ellos o de inventariarlos en sus colecciones.

A pesar de que no se ha logrado controlar el mercado negro de bienes culturales, en la actualidad existen varios elementos que operan a favor de personas, físicas o jurídicas, despojadas ilegalmente de sus bienes. De esta forma se facilita la restitución *stricto sensu*. El concepto estricto de

¹⁹ Cfr. HONAN, William H., “*Lately, More Antiquities Can Go Home Again*”, en The New York Times, Nueva York, Estados Unidos de América, 25 de enero de 1993.

restitución de bienes culturales se refiere específicamente a la devolución de objetos que fueron confiscados, incautados o robados y que son considerados bienes culturales, según la definición de estos últimos que se proporciona más adelante.

Entre los factores que protegen el patrimonio cultural y favorecen la restitución encontramos el aumento en el precio de los bienes culturales. Éste obliga a que los abogados recurran a la opinión de especialistas de renombre internacional a fin de que actúen como peritos en la materia. Como resultado de lo elaborado de estos procesos, los costos de llevar a cabo un litigio relativo a bienes culturales han aumentando significativamente. Ante lo costosa que puede resultar una demanda de este tipo, marchantes y coleccionistas han empezado a meditar mejor sus transacciones y a investigar debidamente el origen de un bien antes de adquirirlo. También cabe señalar que la difusión mediática que suele darse a casos relacionados con bienes culturales atrae la atención de algunos despachos de abogados dispuestos a donar su trabajo, o reducir considerablemente sus tarifas, a fin de representar a sus clientes en un litigio que redituará en buena publicidad para la firma.

En cualquier caso, las demandas de restitución varían mucho entre sí. Cada caso tiene características especiales relacionadas con la pieza misma y con su contexto histórico, social, cultural y religioso. Por esta razón resulta muy difícil formular reglas generales, ya sean legales o no, para aplicar a todos los casos. En realidad, la diversidad de los mismos bienes, objeto de las

reclamaciones, demuestra el amplio abanico de acciones que se entablan y advierte sobre las generalizaciones. A pesar de esto, para fines prácticos, es necesario definir los conceptos propios de esta materia, mismos que se exponen a continuación.

1.2.1. Cultura y cultural

México es uno de esos afortunados países, antiguos imperios, en los cuales las culturas del pasado conviven con el presente, manifestándose en ostentosas cicatrices de piedra que rompen el asfalto de la ciudad. El pasado mexicano se materializa en un robusto monolito a medio tallar: Tláloc, dios de la lluvia, que, sin resignarse a ver el tránsito sobre Avenida Reforma, se entretiene inundando la Colonia Roma en una tarde de por sí ya desquiciada.

La Nación Mexicana es un amplio mosaico de culturas: la cultura histórica que une a mexicanos del siglo XXI, en plena resaca de las celebraciones bicentenarias, con antepasados olmecas, mayas y aztecas; la cultura rarámuri, la cultura náhuatl; la cultura mestiza y la cultura chicana; la cultura del sur y la del norte; las culturas muertas y las culturas supervivientes; la cultura violada y la cultura violadora. Culturas mexicanas, mucho más antiguas que el propio México y más antiguas aun que la propia España. De este abanico, todo y nada podemos definir como cultura y como cultural. Según la Real Academia Española, cultura es el *“conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico,*

industrial, en una época o grupo social, etc.”²⁰ Y, por ende, culturales aquello “*perteneciente o relativo a la cultura*”.²¹

La palabra cultura no es ajena a la legislación mexicana. La propia “Constitución Política” la incorpora, si bien de manera indirecta, en su artículo segundo, al reconocer al país como una nación pluricultural “...*sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*”.²² La nación mexicana se autodetermina así como pluricultural y reconoce, según el decreto publicado el 30 de abril de 2009 en el “Diario Oficial de la Federación”, por el cual se adicionó un párrafo al artículo 4º, a la cultura como un derecho de los ciudadanos, como un principio fundamental.²³ En palabras de Jorge Sánchez Cordero: “... *la cultura se manifiesta como una exigencia de la personalidad del individuo en una determinada sociedad y constituye la fuerza motriz del proceso de desarrollo humano*”.²⁴

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 21ª ed., Espasa, Madrid 1992, s.v., “cultura”, pág. 624.

²¹ Idem., s.v. “cultural”.

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3ª ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F., 2008, art. 2.

²³ Se adicionó el siguiente párrafo: “*Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.*”

²⁴ SÁNCHEZ CORDERO, Jorge “*El espectro de la censura*”, en Proceso, México, D.F., 2010, núm. 1741, pág. 71.

Para López Zamarripa, el concepto de cultura “... *debe complementarse con una concepción más amplia que abarque a la especie humana en su conjunto, y con tal motivo puede hablarse de cultura como la suma de las creaciones acumuladas en el transcurso del tiempo*”.²⁵ En ese sentido, la cultura es la expresión de un pueblo. La expresión de su memoria, de su presente y de su futuro. Es un conjunto ordenado de creencias, formas de producción y organización, adquirido por los miembros de un grupo a lo largo del tiempo. Comprende la producción colectiva, los aspectos materiales, las creencias, los valores y las ideas. No se trata de una totalidad cerrada, sino de un sistema complejo que remite de un elemento a otro y que se encuentra en constante movimiento, en constante evolución. No obstante, la cultura, como entidad, tiene un valor y, como tal, preservarla es en sí un bien.

1.2.2. Propiedad y posesión

Sin el afán de abundar demasiado en las sutilezas que distinguen estos dos conceptos legales, el poseedor se define como aquél que ejerce un poder de hecho sobre una cosa. La posesión es “*el poder de hecho ejercido por una persona sobre una cosa o en su caso el goce de un derecho*”.²⁶ De esto se puede derivar que la posesión consiste en “... *un poder fáctico objetivo, que un sujeto tiene directamente sobre un bien.*”²⁷ Puesto que la posesión surge

²⁵ LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka. El futuro del sistema jurídico nacional e internacional del patrimonio cultural, *op. cit.*, pág.15.

²⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, 11ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2008, pág. 477.

²⁷ Idem.

del hecho de que la cosa esté bajo el control fáctico del sujeto, no tiene el carácter de poseedor quien no tenga físicamente la cosa en su poder.

En cambio, el derecho de propiedad puede definirse como “*el poder jurídico (derecho real) que su titular ejerce directa e indirectamente sobre una cosa y con exclusión de terceros, que le permite su aprovechamiento total en sentido jurídico porque puede usarla, disfrutarla y disponer de ella sin más limitaciones y modalidades que las establecidas por la ley.*”²⁸ El propietario, a diferencia del poseedor, conserva su estatus aún cuando no tenga físicamente la cosa, dentro de los plazos que establece la ley para la prescripción.

1.2.3. Buena fe

Se trata de un concepto especialmente difícil de definir. Sin embargo, es de gran importancia y en muchos casos ha sido decisivo para resolver controversias relacionadas con bienes culturales. Algunos legisladores se han dado a la tarea: el “Código Civil” suizo que en su artículo tercero establece que existe *Guter Glaube* (buena fe) cuando la persona brindó la atención debida según las circunstancias. Sobra decir que esta definición resulta bastante vaga y ha tenido que pulirse en la jurisprudencia.²⁹

²⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, *op. cit.*, pág. 348.

²⁹ Cfr. RENOLD, Marc André “*Stolen art: the ubiquitous question of good faith*”, en PROTT, Lyndel V. (compilador), Witnesses to History. Documents and writings on the return of cultural objects, *op. cit.*, pág. 310.

La jurisprudencia suiza es bastante rica en este tema. En 1996, la Suprema Corte de aquél país resolvió sobre la buena fe en un caso relativo a la compra de una colección de revólveres, previamente robada en los suburbios de Ginebra. La Corte concluyó que los compradores de bienes cuya procedencia puede ser objeto de controversia deben extremar sus precauciones y conducir una investigación exhaustiva sobre el origen de los mismos. Dado que el adquirente de los revólveres no investigó con la debida diligencia el origen de los bienes, la Corte decidió que no se podía presumir su buena fe y, por lo mismo, no tenía título legítimo sobre colección.³⁰

En general, se puede observar una tendencia creciente a que las leyes relativas al patrimonio cultural exijan mayor cuidado por parte de todos los actores involucrados. En ese sentido, el artículo 16 de la “Ley Federal para la Transferencia Internacional de Bienes Culturales” de Suiza señala que:

“Art. 16 Sorgfaltspflichten

1) Im Kunsthandel und im Auktionswesen darf Kulturgut nur übertragen werden, wenn die übertragende Person nach den Umständen annehmen darf, dass das Kulturgut:

a. nicht gestohlen worden ist, nicht gegen den Willen der oder des Eigentümers abhanden gekommen ist und nicht rechtswidrig ausgegraben worden ist;

b. nicht rechtswidrig eingeführt worden ist.

³⁰ Cfr. RENOLD, Marc André “Stolen art: the ubiquitous question of good faith”, *op. cit.*, pág. 310.

2) Die im Kunsthandel und im Auktionswesen tätigen Personen sind verpflichtet:

- a. die Identität der einliefernden Personen oder der Verkäuferin oder des Verkäufers festzustellen und von diesen eine schriftliche Erklärung über deren Verfügungsberechtigung über das Kulturgut zu verlangen;
- b. ihre Kundschaft über bestehende Ein- und Ausführregelungen von Vertragsstaaten zu unterrichten;
- c. über die Beschaffung von Kulturgut Buch zu führen und namentlich den Ursprung des Kulturgutes, soweit er bekannt ist, und den Namen und die Adresse der einliefernden Person oder der Verkäuferin oder des Verkäufers, die Beschreibung sowie den Ankaufspreis des Kulturguts aufzuzeichnen;
- d. der Fachstelle alle nötigen Auskünfte über die Erfüllung dieser Sorgfaltspflichten zu erteilen.³¹

³¹ SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT, "Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer", Berna, Suiza, 20 de junio de 2003, art. 16, www.admin.ch. Traducción de la cita: "diligencia debida: 1. En el mercado de arte y en las subastas se podrá transferir un bien cultural únicamente cuando la persona que lo transfiera pueda presumir, según las circunstancias, que el bien cultural: a) No sea robado, no se haya privado a su propietario en contra de su voluntad y no haya sido excavado ilícitamente. b) No sea de procedencia ilícita. 2. Las personas que participan en el mercado de arte y en las subastas están obligados a: a) Comprobar la identidad de la persona que transfiere el bien, la vendedora o vendedor y a solicitar de éste una explicación por escrito de la proveniencia del bien. b) Informar a su clientela sobre las normas vigentes en los Estados parte relativas a la importación e exportación. c) A llevar un registro de datos sobre el origen del bien cultural, cuando éste se conozca, nombre y dirección de la persona que transfirió el bien, la vendedora o el vendedor, así como la descripción y el precio pagado por el bien. d) Transmitir a la autoridad competente toda información derivada de la conducción de la diligencia debida." (trad. I. Ramírez)

La ley suiza imprime la obligación de averiguar la procedencia del bien tanto en el adquirente, como en todos los sujetos involucrados en el proceso de compra-venta. Esta sección del estatuto establece que un corredor o una casa de subastas no pueden participar en una transacción relacionada con un bien cultural si existe alguna duda sobre su procedencia. Por lo tanto, la responsabilidad es del comprador y del comerciante. Se trata de una evolución interesante que se puede observar en otras áreas de la comunidad artística que han adoptado instrumentos de *soft law*³² que exigen a los marchantes averiguar sobre la procedencia de los bienes con los que comercian, como es la guía de la *Conférence internationale des négociants en oeuvre sd'art*, adoptada en 1987 y reformada en 1998.³³

1.2.4. Bien

Existen dos acepciones del concepto de “bien” que resultan de interés para esta investigación: la económica y la jurídica. La primera se refiere a aquello que “... es escaso en relación a la cantidad total que se desea de él. Por lo tanto, se debe racionar, en general, mediante el cobro de un precio positivo”.³⁴ Estos bienes económicos son los que se traducen al ámbito jurídico como bienes patrimoniales, que a diferencia de los bienes jurídicos

³² El término *soft law*, o derecho suave se utiliza para referirse a instrumentos, documentos o provisiones no obligatorias, pero que debido a su importancia dentro del marco general del desarrollo jurídico internacional requieren de una atención especial. En ámbitos como el cultural y el ambiental, los instrumentos de *soft law* reflejan las intenciones de los Estados o las entidades que los suscriben y la intención de las partes que, en este caso, no es crear una obligación jurídica, pero que en el futuro sí se podría convertir en tal.

³³ Cfr., RENOLD, Marc André “*Stolen art: the ubiquitous question of good faith*”, *op. cit.*, pág. 311

³⁴ SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, trad. CEVALLOS, María Guadalupe, *et al.*, 18ª ed., McGraw-Hill, México, D.F., 2008, pág. 704.

en sentido amplio³⁵, son susceptibles de propiedad particular. Es decir, que pueden pertenecer en exclusiva a una persona, ya sea ésta de Derecho Público o Privado.³⁶ Un bien es susceptible de pertenecer tanto a una persona física, como a una jurídica y, en ambos casos, “... *con exclusión de otras personas a quienes la cosa no pertenezca*”.³⁷

Cabe distinguir aquí entre la propiedad particular y la propiedad de particulares. Al respecto, el “Código Civil Federal” establece que están “...*fuera del comercio por su naturaleza las (cosas) que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.*”³⁸ Esto no es que la cosa que se encuentra fuera del comercio no pueda ser propiedad de particulares, sino que no puede ser propiedad particular, es decir, que no puede pertenecer en exclusiva a una persona, ya sea ésta física o jurídica.

En relación a los bienes que sí pueden ser propiedad particular, nuestra legislación contiene una clasificación de ellos en consideración a las personas a quienes pertenezcan, de tal forma que existen los bienes propiedad del Estado y los bienes propiedad de los particulares.

³⁵ Como la libertad, la vida y las garantías individuales.

³⁶ *Cifr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, op. cit., pág. 301.*

³⁷ *Ibidem.*, pág. 302.

³⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “*Código Civil Federal*”, D.O.F., México, D.F., 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, art. 749. www.diputados.gob.mx.

1.2.4.1. Bienes propiedad del Estado

El primer párrafo del artículo 27 constitucional señala que la “...*propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación*”³⁹. Derivado de lo anterior, “*el Estado Mexicano es titular de todo el espacio físico y aéreo que conforma el territorio nacional, así como de las aguas que se encuentran dentro del mismo.*”⁴⁰ Los párrafos cuarto a octavo del artículo en cuestión señalan los siguientes bienes como propiedad de la Nación:

- Los recursos naturales de la plataforma continental.
- Los zócalos submarinos de las islas.
- Todos los minerales o sustancias que en vetas mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria.
- Los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas.
- Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos.
- Los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes.
- Los combustibles minerales sólidos.

³⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, art. 27.

⁴⁰ DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Garantías del gobernado*, 2ª ed., Editorial Alma, México, D.F., 2005, pág. 297.

- El petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos.
- El espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.
- Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.
- Las aguas marinas interiores.
- Las aguas de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar.
- Las aguas de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes.
- Las aguas de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional.
- Las aguas de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República.
- Las aguas de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite

de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino.

- Las aguas de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas;
- Los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley.

Estos bienes, propiedad de la Nación según la “Constitución Política”, pueden ser explotados por los particulares, si previamente se les otorga una concesión por parte del Ejecutivo Federal.

Por su parte, el “Código Civil” señala como bienes de dominio del poder público “... *los que pertenecen a la Federación, a los Estados o a los Municipios.*”⁴¹ Entre ellos se encuentran bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios. Es decir, todas las entidades federativas, en su calidad de personas jurídicas, cuentan con un patrimonio propio. El acervo patrimonial que pertenece a estos entes de derecho público se integra por derechos, recursos financieros y bienes como “... *mercados, calles, jardines, plazas, escuelas, centros penitenciarios, palacios de los poderes locales, caminos vecinales, museos, bibliotecas, centros de salud, gimnasios, estadios, pequeñas obras de irrigación, redes de alcantarillado y agua potable, instalaciones de alumbrado público, rastros,*

⁴¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Código Civil Federal”, *op. cit.*, art. 765.

*panteones, transportes urbanos, equipo y mobiliario de las oficinas estatales o municipales, archivos y documentos públicos, algunos centros recreativos, talleres gráficos, etcétera.*⁴²

Ahora bien, en relación a los bienes culturales de dominio público, Martínez Morales ofrece el siguiente listado de los mismos:⁴³

- Templos y otros inmuebles construidos o destinados al culto o a la administración, propaganda o enseñanza de alguna religión;
- Monumentos históricos y artísticos (inclusive los arqueológicos);
- Documentos y expedientes de las oficinas;
- Libros, incunables, publicaciones periódicas;
- Mapas, planos;
- Grabados importantes;
- Colecciones de museos; científicas, de flora, de fauna, numismáticas y filatélicas;
- Objetos que contengan imágenes o sonidos (películas, fonogramas);
- Pinturas murales y obras artísticas (inclusive si pertenece a organismos descentralizados);
- Inmuebles utilizados por los poderes federales;
- Inmuebles destinados al servicio de otros gobiernos.

⁴² MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., Derecho Administrativo, 3er. y 4o. cursos, 3ª ed., Oxford University Press, México, D.F., 2001, pág. 27.

⁴³ Cfr. ibidem, p. 29.

Al respecto, la “Ley General de Bienes Nacionales”, precisa que “... *las pinturas murales, las esculturas y cualquier obra artística incorporada o adherida permanentemente a los inmuebles sujetos al régimen de dominio público de la Federación*”⁴⁴ están, a su vez sujetas al régimen de dominio público de la Federación. Por su parte, la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas” establece que son propiedad de la Nación los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles, y, como tales, son inalienables, imprescriptibles, inembargables y no están sujetos a gravamen alguno.⁴⁵

1.2.4.2. Bienes de dominio privado

El ya citado primer párrafo del artículo 27 constitucional señala que la Nación “... *ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas (las tierras y aguas) a los particulares, constituyendo la propiedad privada.*”⁴⁶ El Estado tiene así la facultad de imponer a la propiedad privada las modalidades que, conforme al interés público, sean necesarias. El derecho de la propiedad permite a la persona que detente un bien, destinarlo al fin que mejor le convenga, empleándolo libremente en el cumplimiento de sus objetivos, atendiendo a las restricciones que establezca el Estado, “... *a fin*

⁴⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “*Ley General de Bienes Nacionales*”, D.O.F. 20 de mayo de 2004, art. 6, fracc. XIV, www.diputados.gob.mx.

⁴⁵ Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “*Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Historia*”, D.O.F. 6 de mayo de 1972, art. 27, www.diputados.gob.mx.

⁴⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, art. 27.

*de que el bien sobre el cual recaigan esas modalidades, se destine a aspectos que beneficien a la colectividad y no solo a quien la detenta”.*⁴⁷

La propiedad privada da lugar a los derechos de uso, disfrute y disposición de la cosa sobre la cual se ejerce, en oposición a las demás personas de Derecho Público y Privado. En ese sentido, propiedad privada se entiende como “... *el derecho de dominio sobre un bien que ejerce un gobernado, el cual se hace valer frente al gobierno del Estado y sus autoridades. Ello da pauta para considerar que el Estado (a quien corresponde originalmente el dominio sobre el territorio nacional), concede a los particulares la posibilidad de detentar la propiedad raíz, surgiendo así la propiedad privada.*”⁴⁸

Sin embargo, al atender la facultad que se reserva el Estado de imponer modalidades a la propiedad privada cuando así lo exija el interés público, encontramos las siguientes limitaciones relativas a los bienes culturales en la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas”:

“Los propietarios de bienes inmuebles declarados monumentos históricos o artísticos, deberán conservarlos y, en su caso, restaurarlos en los términos del artículo siguiente, previa autorización del Instituto correspondiente. Los propietarios de bienes inmuebles colindantes a un monumento, que pretendan realizar obras de excavación, cimentación, demolición o construcción, que

⁴⁷ DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Garantías del gobernado*, op. cit., pág. 300.

⁴⁸ *Ibidem.*, pág. 304

puedan afectar las características de los monumentos históricos o artísticos, deberán obtener el permiso del Instituto correspondiente, que se expedirá una vez satisfechos los requisitos que se exijan en el Reglamento.”⁴⁹

Y además:

“Cuando exista el riesgo de que se realicen actos de efectos irreparables sobre bienes muebles o inmuebles con valor estético relevante, conforme al artículo 33 de esta Ley, la Secretaría de Educación Pública, por conducto del Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, sin necesidad de la opinión a que se refiere el artículo 34 podrá dictar una declaratoria provisional de monumento artístico o de zona de monumentos artísticos, debidamente fundada y motivada de acuerdo con la misma Ley, que tendrá efectos por un plazo de 90 días naturales a partir de la notificación de que esa declaratoria se haga a quien corresponda, en la que se mandará suspender el acto y ejecutar las medidas de preservación que resulten del caso.”⁵⁰

De esta manera, el Estado pretende brindar protección a los bienes, tanto muebles como inmuebles, cuya conservación se halle en el interés público, dado su especial valor artístico o histórico. Por virtud de estas modalidades, el propietario de ciertos bienes culturales no podrá hacer uso libre y absoluto

⁴⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “*Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Historia*”, *op. cit.*, art. 6.

⁵⁰ *Ibidem*, art. 34 bis.

de ellos, aún cuando esté en aptitud de disponer del mismo, sino que tendrá que observar las limitaciones que al respecto establece la ley.

1.2.4.3. Bienes muebles e inmuebles

La doctrina jurídica diferencia entre bienes muebles e inmuebles. Esta distinción responde a las características físicas del objeto y distingue entre la posibilidad o imposibilidad de que pueda moverse por sí mismo, o por fuerza ajena. Sin embargo, esta distinción no siempre resulta tan evidente. Existen casos en los que la ley debe intervenir para definir si un bien es mueble o inmueble. En ese sentido, el “Código Civil Federal” señala que “... *son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles*”.⁵¹

En lo que se refiere a los bienes inmuebles, Jorge Alfredo Domínguez Martínez los clasifica en aquellos que lo son:⁵²

- por naturaleza;
- por incorporación;
- por destino;
- por el objeto inmueble al que se aplican.

De esta distinción interesan de manera especial las dos primeras:

⁵¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Código Civil Federal”, *op. cit.*, art. 759.

⁵² *Cfr.* DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, *op. cit.*, pág. 313.

Se consideran inmuebles por su naturaleza el suelo, las construcciones cimentadas, los árboles unidos al suelo y sus frutos aún sin desprender, los manantiales, estanques, corrientes de agua, acueductos, etc. Existen también bienes que por su adhesión a un inmueble se consideran como tal. En este sentido, el “Código Civil Federal” establece: *“Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido”*⁵³ y en la fracción subsecuente: *“Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo”*.⁵⁴

En lo que se refiere a los bienes muebles, Domínguez Martínez señala tres clasificaciones: muebles por su naturaleza –aquellos que pueden trasladarse por sí mismos-; muebles por disposición legal –señalados en los artículos 754 al 759 del Código- y muebles por anticipación –aquellos que tienen el carácter de inmuebles, pero que están destinados a ser muebles, como los frutos que aún no se han separado del árbol-.⁵⁵

A manera de facilitar la distinción, el autor citado señala que los bienes inmuebles *“... son calificados por exclusión como tales; así, para que un*

⁵³ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *“Código Civil Federal”*, *op. cit.*, art. 750, fracc. II.

⁵⁴ *Ibidem*, fracc. III.

⁵⁵ *Cfr.* DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, *op. cit.*, pág. 315.

*bien sea considerado inmueble, la ley debe señalarlo expresamente como tal; por el contrario, se trata de un mueble si la ley omite atribuirle el carácter de inmueble.*⁵⁶

La importancia de la distinción entre ambas categorías yace en las consecuencias legales que se atribuyen a unos y a otros, especialmente en lo relacionado con los plazos para la prescripción positiva, que es “... *la adquisición de ciertos derechos por el simple transcurrir del tiempo*”. En este sentido, la ley contempla y regula la posibilidad de que “... *el mero transcurso del tiempo traiga consigo modificaciones en el patrimonio de una persona; concretamente la adquisición de un derecho o bien la liberación de una obligación*”.⁵⁷ El artículo 813 del “Código Civil Federal” establece como requisitos para que la posesión pueda prescribir positivamente, al fin de alcanzar la propiedad, que la misma se conduzca en concepto de dueño y que sea pacífica, continua y pública.

La mayoría de los sistemas jurídicos de la familia neorromanista tienen plazos legales similares para la prescripción positiva. En el caso de México, los artículos 1152 al 1155 del “Código Civil Federal” contienen los términos para poder adquirir por prescripción, según que el poseedor haya obrado de buena o de mala fe: los inmuebles prescriben en 5 años si la posesión fue de buena fe y en 10 años si fue de mala fe. Los bienes muebles por su parte, requieren ser poseídos por 3 años cuando la posesión ha sido de buena fe y por 5 si ha sido de mala fe.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, .op. cit., pág. 307.

⁵⁷ Ibidem, pág. 357.

En cambio, en sistemas jurídicos del *common law* como el estadounidense, la regla general es que el poseedor, aún cuando sea de buena fe y sin importar el tiempo que dure la posesión, no podrá adquirir el título de la propiedad de un bien robado. De esta forma, queda sujeto a la reclamación del propietario original de manera prácticamente indefinida, independientemente del número de veces que se haya transferido la posesión del bien en cuestión.

1.2.4.4. Bien cultural

Establecer una definición de bien cultural es una de las tareas más difíciles que se enfrentan al negociar instrumentos internacionales o al redactar legislaciones nacionales en la materia. Por esta razón, la definición que brinda la Convención de la UNESCO no ha escapado las críticas. El artículo 1º señala que “... se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia”⁵⁸ y que pertenezcan a las categorías que se enlistan en dicho numeral.

Por su parte, el “Convenio de Unidroit sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente”, define la propiedad cultural como “... los bienes

⁵⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, París, 14 de noviembre de 1970, D.O.F. 4 de marzo de 1973. art. 1, www.unesco.org.

*que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia*⁵⁹ y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo al Convenio de UNIDROIT.

Mientras que la Convención de UNESCO exige que el Estado reconozca y declare la propiedad cultural como tal, UNIDROIT no establece este requisito y dota así de una protección más amplia a los propietarios de bienes culturales. Este es uno de los puntos centrales de la discusión que se presenta más adelante.

Por ahora, al partir de los conceptos anteriores, se enumeran las siguientes características de los bienes culturales:

- Son sujetos de propiedad particular, ya sean propiedad del Estado o de dominio privado. En ese sentido, existen obras arqueológicas y artísticas que pertenecen a museos y colecciones públicos y, por lo tanto, son bienes propiedad del Estado. En México son propiedad de la Nación, inalienables e imprescriptibles, los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles.⁶⁰ Es decir, por definición, todos los monumentos producto de culturas anteriores a la española, tanto muebles como inmuebles, son propiedad de la Nación. Es el mismo caso de la mayoría de las colecciones de museos europeos, las

⁵⁹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “*Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*”, Roma, 24 de junio de 1995, S.R., art. 2, www.unidroit.org.

⁶⁰ Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “*Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Historia*”, *op. cit.*, art. 27.

cuales también se encuentran bajo el dominio de los respectivos Estados. Sin embargo, existen también, con las debidas limitantes de las leyes y códigos en la materia, bienes culturales que son de dominio privado. Al respecto, la legislación mexicana señala que “*los monumentos históricos o artísticos de propiedad particular (de dominio privado) podrán ser exportados temporal o definitivamente, mediante permiso del Instituto competente.*”⁶¹

- Tienen un valor económico. La asignación del mismo no depende únicamente de su valor monetario según la teoría económica de la escasez, sino que el valor de los bienes culturales surge del hecho que un determinado objeto haya sido testimonio de sucesos históricos trascendentales o que sea de un “tipo” específico y “... *a pesar de la abundancia de ciertos objetos, la conservación de algunos de ellos se justifica por sí misma*”.⁶² Es decir, su valor económico no depende necesariamente de la escasez de otros objetos de la misma especie.
- Pueden ser muebles e inmuebles. Como ya se ha señalado en los puntos anteriores, los monumentos arqueológicos, artísticos e históricos pueden tener ambas características. La “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas” señala que serán considerados monumentos históricos: “*Los inmuebles construidos en los siglos XVI al XIX, destinados a templos y sus anexos; arzobispados, obispados y casas rurales; seminarios, conventos o cualesquiera otros dedicados a la administración,*

⁶¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Reglamento de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas”, D.O.F., 8 de diciembre de 1975, art. 16. www.diputados.gob.mx.

⁶² LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka El futuro del sistema jurídico nacional e internacional del patrimonio cultural, *op. cit.*, pág. 39.

divulgación, enseñanza, a fines asistenciales o benéficos; al servicio y ornato públicos y al uso de las autoridades civiles y militares. Los muebles que se encuentren o hayan encontrado en dichos inmuebles y las obras civiles relevantes de carácter privado realizadas de los siglos XVI al XIX inclusive".⁶³ También pueden ser bienes culturales – o históricos- muebles los documentos y expedientes antiguos o revestidos de un especial valor histórico; los documentos originales y manuscritos relacionados con la historia nacional, así como las colecciones científicas y técnicas relevantes.⁶⁴

1.2.5. Patrimonio Cultural

Recurriendo una vez más al Derecho Civil, encontramos que patrimonio, en palabras de Rojina Villegas es "*... el conjunto de los derechos y de las cargas de una persona, apreciables en dinero, considerado como formando una universalidad de derecho*".⁶⁵ Sin embargo, la noción de patrimonio cultural va mucho más allá. Norka López Zamarripa, después de decantar los conceptos de "patrimonio" y "cultura", brinda la siguiente definición de patrimonio cultural como:

"... la totalidad de las actividades y productos derivados de ellas, realizadas por el hombre, que van más allá de la esfera estrictamente biológica, que se inscriben en un contexto social,

⁶³ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, "*Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Historia*", *op. cit.*, art. 36.

⁶⁴ Cfr. *idem*.

⁶⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo III, bienes, derechos reales y posesión, Editorial Porrúa, México, 1981, pág. 68.

en el sentido de que se transmiten de generación en generación, y se actualizan por individuos que viven una realidad de interdependencia, y que en última instancia son expresión de la acumulación de conocimientos del género humano en su totalidad.”⁶⁶

López Zamarripa señala un elemento que se relaciona tanto con el concepto de bien, como con el de patrimonio, cuando ambos se refieren a la cultura: todo objeto producido por el hombre a través de la historia es susceptible, en mayor o menor medida de considerarse como bien cultural, o como patrimonio cultural.

Por su parte, la “Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural” brinda la siguiente definición:

“A los efectos de la presente Convención se considerará ‘patrimonio cultural’:

- *los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;*
- *los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un*

⁶⁶ LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka, El futuro del sistema jurídico nacional e internacional del patrimonio cultural, *op. cit.*, p. 38.

valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

- *los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.*⁶⁷

1.2.6. Tratados internacionales

La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” define el concepto de tratado internacional como:

*“Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional ya conste en un instrumento único, o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”*⁶⁸

Sin embargo, la práctica internacional ha rebasado esta definición clásica de 1969, dado que ha sido necesario regular los acuerdos entre Estados y organismos internacionales, así como los acuerdos entre dos o más organismos internacionales. Éstos se examinan en la “Convención de Viena

⁶⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural”, París, 16 de noviembre de 1972, D.O.F. 23 de enero de 1984, art. 2, www.unesco.org.

⁶⁸ “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O.F. 14 de febrero de 1975, en LÓPEZ BASSOLS, Hermilio, Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, pág. 64.

sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, de 1986. Por esta razón, una definición integral del concepto de tratado debe incluir los acuerdos entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, que tengan capacidad para celebrarlos.⁶⁹ Entonces podemos definir tratado internacional como “...un acuerdo concluido entre dos o más sujetos de Derecho internacional. Hablamos de sujetos y no de Estados, con el fin de incluir a las organizaciones internacionales”.⁷⁰

Existen muchas clasificaciones al respecto. Recurrimos a la de Modesto Seara que atiende únicamente a dos criterios: el fondo y el número de participantes. Según el primer criterio, pueden distinguirse dos clases de tratados:⁷¹

- Tratados-contratos. Finalidad limitada a la creación de una obligación jurídica específica que se extingue con el cumplimiento del tratado. El ejemplo clásico es un tratado celebrado por dos Estados para fijar su frontera común. Una vez que se logra el objetivo, se agota el contenido del tratado.
- Tratados-leyes. Destinados a crear una reglamentación jurídica permanentemente obligatoria, como es el caso de la “Convención de Viena de 1961 sobre privilegios e inmunidades

⁶⁹ Cfr. LÓPEZ BASSOLS, Hermilio, Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público, *op. cit.*, pág. 61.

⁷⁰ SEARA VÁZQUEZ, Modesto, Derecho Internacional Público, 21ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, pág. 59.

⁷¹ Cfr. ibidem, p. 60.

de los agentes diplomáticos”, que establece una reglamentación permanente.

En relación al número de involucrados en un tratado, se puede hablar de bilaterales -cuando solamente participan dos partes en su celebración- o de multilaterales -cuando participan más de dos sujetos de Derecho Internacional-.⁷² En la presente tesis se estudian únicamente estos últimos y se deja abierta la posibilidad de enriquecer la investigación en un futuro, con el análisis de la eficacia de ciertos instrumentos bilaterales.

1.2.7. Canales para la restitución

En respuesta a la creciente preocupación internacional por el saqueo de material arqueológico y etnológico en países de origen y al aumento en la afluencia de antigüedades de procedencia ilícita en el mercado de arte internacional, los Estados se han dado a la tarea de producir instrumentos que protejan el patrimonio cultural. En ese sentido, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) promulgó 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”, en 1970. Esta Convención surge de una lenta evolución legislativa, impulsada por los grandes conflictos armados del siglo XX y la emancipación de numerosos Estados en la década de los años sesenta, y parte de la premisa de que el tráfico ilícito de bienes

⁷² Cfr. SEARA VÁZQUEZ, Modesto, Derecho Internacional Público, *op. cit.*, pág. 61.

culturales puede reducirse mediante la implementación de un control legal más estricto. Se trata de un instrumento de Derecho Público, y por lo tanto, contempla principalmente la reclamación de restitución de un Estado signatario a otro. La Convención de la UNESCO es el principal tratado internacional para la protección y recuperación del patrimonio cultural y ha influenciado en gran medida las legislaciones nacionales que se han promulgado en la materia.⁷³

La comunidad internacional ha continuado sus esfuerzos por coordinar y armonizar las reglas relativas a la restitución y la protección del patrimonio cultural. En ese contexto, en el ámbito multilateral existe otro instrumento de gran importancia: el “Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente” de 1995. Al comparar ambos tratados, podemos deducir que este último busca enmendar las deficiencias de aquél y establecer así un código uniforme de Derecho Privado que permita resolver las demandas de restitución de bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Su objetivo es encontrar un remedio –si bien aún parcial- más efectivo que los esfuerzos anteriores, para impedir el tráfico ilegal de bienes culturales, especialmente aquellos procedentes de excavaciones ilícitas, las cuales por su propia naturaleza implican la destrucción definitiva de valiosa información arqueológica y etnológica, en detrimento del patrimonio cultural de la humanidad. Este Convenio armoniza los principios relativos a la propiedad en sistemas jurídicos neorromanistas y

⁷³ Cfr. MONICA, Olivier, “*The UNIDROIT Convention: attempting to regulate the international trade and traffic of cultural property*”, en *Golden Gate University Law Review*, Golden Gate University School of Law, San Francisco, Estados Unidos de América, n. 627, 1996, pág. 287.

de *common law*. Puesto que es de Derecho Privado, no se limita a las reclamaciones de Estado a Estado, sino que contempla que un particular, de un país signatario, presente una demanda ante los tribunales de otro país signatario.

Además de los dos instrumentos antes señalados, existe un sinnúmero de tratados bilaterales para la protección del patrimonio cultural. México ha firmado varios convenios con otros Estados del continente americano, encaminados a “... *estimular el estudio y conocimiento recíproco de sus valores arqueológicos, artísticos e históricos, y a establecer normas para la protección, la recuperación y la devolución de bienes culturales de sus respectivos patrimonios nacionales sustraídos de una de las Partes o ilícitamente exportados de su territorio.*”⁷⁴

Los tratados multilaterales y bilaterales que existen en materia de protección del patrimonio cultural, son evidencia del interés de los Estados por emprender esfuerzos compartidos a fin de encontrar mecanismos adecuados que aseguren la conservación de un patrimonio común. El carácter internacional de tráfico ilícito de bienes culturales obliga a buscar una solución también de carácter internacional.

La relativa novedad de la restitución presenta un dilema. Barkan se cuestiona si podemos celebrar la restitución como un modesto inicio de una nueva moral internacional, o se trata simplemente de una nueva forma de

⁷⁴ LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka, Los Monumentos Históricos Arqueológicos. Patrimonio de la Humanidad en el Derecho Internacional, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2001, pág. 109.

escapismo de la responsabilidad moral de los Estados.⁷⁵ Los casos de éxito suelen ser celebrados por las partes involucradas y difundidos en los medios. La restitución se interpreta como el último paso para reparar injusticias históricas y como la prueba de reconciliación entre dos partes en pugna. Esto puede representar una nueva era en la cooperación entre los Estados. En cualquier caso, el fenómeno de la restitución cambia profundamente el patrón de comportamiento entre los Estados en vías de desarrollo y las economías desarrolladas, entre las naciones poderosas y las débiles, entre los Estados y sus minorías.

⁷⁵ Cfr., BARKAN, Eleazar, “*Making Amends: A New International Morality?*”, *op. cit.*, pág. 40.

2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESTITUCIÓN

2.1. Antecedentes históricos

El debate en torno a la restitución de bienes culturales no es un fenómeno nuevo, aunque no se puede negar que tomó un papel más prominente a partir de la segunda mitad del siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, debido a casos célebres de bienes culturales confiscados por los Nazis y las millonarias demandas que se han promovido para su recuperación. Sin embargo, desde siglos atrás, el concepto jurídico de la restitución se discutió en el contexto del colonialismo, la ocupación y los conflictos armados, como veremos a continuación.

2.1.1. Francisco de Vitoria

Los antecedentes históricos de esta figura jurídica se pueden rastrear por lo menos hasta siglo XVI, cuando Francisco de Vitoria, preocupado por los abusos cometidos a manos de los españoles durante la Conquista de América, realizó un análisis sobre el derecho de propiedad de los indios y reprobó las prácticas de saqueo de los conquistadores. En su obra *De Indis*, Vitoria formuló una elocuente serie de planteamientos basados en argumentos de derecho natural y divino, sobre los deberes y derechos de España en relación a las Indias. Entre sus cuestionamientos se encontraba el relativo a si los aborígenes habrían sido propietarios de sus bienes, conforme a Derecho –Público y Privado-, antes de la llegada de los

españoles. Concluyó que era errónea la concepción que tenían los españoles de que al vivir los indios en pecado, no podrían acceder a la propiedad legítima de sus bienes. Es decir, que conforme al propio derecho Canónico, el vivir en “pecado mortal” no afectaba la capacidad jurídica del individuo de ser propietario; la propiedad no se perdía por herejía y el ser hereje no era causa suficiente para la extinción de este derecho. Por lo tanto, la infidelidad de los indígenas y sus supuestos pecados no los privaba ni de su condición de hombres, ni de su libertad o de sus bienes.⁷⁶ En ese sentido, la confiscación de los bienes indígenas era un acto ilegal y Vitoria no dudó en expresarse enérgicamente en contra de esta práctica.

En su obra “De los indios o del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros”, Francisco de Vitoria conceptualiza su idea de la guerra justa a través de cuatro puntos:⁷⁷

- Licitud de las guerras para los cristianos.
- Autoridad competente para declarar y hacer la guerra.
- Causas justas de la guerra.
- Actos lícitos contra los enemigos de la guerra justa.

El estudio de sus teorías resulta sumamente interesante y es en sí, material suficiente para un trabajo de investigación. Esta tesis se limita a exponer el último punto: Vitoria plantea una serie de dudas en torno a la licitud de los

⁷⁶ Cfr. CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2ª ed., Oxford University Press, México, D.F., 2007, pág. 156.

⁷⁷ Cfr *ibidem*, pág.160.

actos cometidos contra los enemigos de guerra, entra la cual se encuentra el despojo de bienes de los inocentes. Al respecto concluye:

- *“Es lícito hacerlo en cuanto a las cosas que vayan a utilizarse contra la parte que hace la guerra justa, como ‘armas, naves y máquinas’.*
- *‘Parece’ que no es lícito despojar a los labradores y otros inocentes y (...) que si esas cosas se tomaron con justicia no cabe la restitución, ya que todo cede a favor y en derecho de los que sostuvieron la guerra justa.*
- *Si los enemigos se niegan a restituir los bienes injustamente tomados y el perjudicado no pudiera recobrarlos buenamente de otro modo, puede tomar satisfacción donde pueda, bien sea entre los culpables o bien entre los inocentes.”⁷⁸*

Vitoria distingue entre bienes muebles e inmuebles para determinar a quién pertenece lo capturado en una “guerra justa”. Respecto de los primeros establece que pasan a la propiedad de quien se apodere de ellos y señala que incluso sería lícito permitir que los soldados saquearan una ciudad cuando mediera causa suficiente, y siempre y cuando actuaran en su carácter de ejecutores de las órdenes de su jefe, quien tendría a su vez la obligación de impedir las abominaciones y atrocidades de sus subordinados.⁷⁹

⁷⁸ VITORIA, Francisco, “De los indios o del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros” citado por CRUZ BARNEY, Oscar, Historia del derecho en México, *op. cit.*, pág.166.

⁷⁹ Cfr, ibidem, pág. 168.

Respecto a los bienes inmuebles, Vitoria señala que sería lícito ocuparlos y retener el territorio con las fortalezas y ciudades enemigas si fuera necesario para la compensación de los daños sufridos, así como para evitar nuevos ataques y garantizar la seguridad, pero, en cualquier caso, según lo establece en sus cánones para hacer la guerra, declarada una causa justa “... *no debe ser llevada para ruina y perdición de la nación a que se hace, sino para la realización del derecho y defensa de la patria y de la propia república y con el fin ulterior de conseguir la paz y la seguridad.*”⁸⁰

Basado en sus propias conclusiones, Vitoria desestimaba el título de la Corona Española sobre el nuevo continente y califica de ilegítimos los títulos que se habían utilizado para justificar la presencia castellana en las Indias. Indiscutiblemente, el trabajo de Vitoria aporta elementos muy importantes de la filosofía política, referentes a la potestad civil y al papel de la razón que posteriormente serían desarrollados por el iusnaturalismo racionalista.

2.1.2. Europa antes de la Segunda Guerra Mundial

En el continente europeo encontramos una interesante evolución del concepto de restitución. Al respecto, el “Tratado de Westfalia” en 1648, con el cual se puso fin a la Guerra de los 30 Años, preveía la restitución de objetos decomisados durante el conflicto armado. Los numerales CXII, CXIII y CXIV ordenaban la restitución recíproca, a sus propietarios originales, tanto de bienes inmuebles (plazas, ciudades, pueblos, barrios, poblados,

⁸⁰ CRUZ BARNEY, Oscar, Historia del derecho en México, *op. cit.*, pág.168.

castillos, fortalezas y fuertes) como de los bienes muebles confiscados (registros, escritos, documentos, entre otros). Como consecuencia de este Tratado, Suecia restituyó a finales del siglo XVIII ciento treinta y tres archivos bohemios confiscados en 1648 y en 1878 obsequió 21 manuscritos al *Landesarchiv* de Brünn, entonces parte del Imperio Austro-Húngaro, hoy República Checa. Más allá de eso, las consecuencias de Derecho Internacional de dicho tratado se extienden hasta nuestros días. De septiembre de 2007 a enero de 2008, la Librería Nacional de Suecia otorgó en préstamo, a Praga, el manuscrito medieval más grande conocido: El “Código Gigas”, que data de 1229 y llegó a Praga en 1594, de donde lo tomaron los suecos como trofeo de guerra en 1648.⁸¹

Estos primeros casos sentarían la base para la protección legal de la propiedad cultural en tiempos de conflictos armados en los siglos XIX y XX. Las medidas adoptadas en los tratados celebrados entre los Principales Poderes Aliados y Asociados⁸² con los Estados separados de Austria y Hungría imitarían la práctica interestatal previa. El “Tratado de Trianon” de 1921, celebrado con Hungría, incluía en su artículo 177 la obligación de otorgar todos los registros y material histórico relativo a los territorios que se obligaba a ceder.⁸³ Por su parte, el “Tratado de San Germán” de 1919, celebrado con Austria, incluía una provisión similar en su artículo 196 y una cláusula en el numeral precedente que ordenaba el establecimiento de un comité especial para examinar las condiciones en que la Casa de

⁸¹ Cfr. PROTT, Lyndel V., “*The History and Development of Process for the Recovery of Cultural Heritage*”, en PROTT Lyndel V. (compilador), *Witnesses to History. Documents and writings on the return of cultural objects*, *op. cit.*, pág. 2.

⁸² Imperio Británico, Francia, Italia, Japón y Estados Unidos de América.

⁸³ Cfr. *idem*.

Habsburgo se hizo de los bienes culturales en posesión de Austria, enumerados en el Anexo I del Tratado -de la Parte VIII, Sección II-. En caso de que se concluyera que dichos bienes se adquirieron violentando los derechos de las provincias italianas -Toscana, Modena, Palermo y Nápoles-, la Comisión de Reparación, atendiendo al reporte del comité, debería ordenar su restitución. Bélgica, Polonia y la entonces Checoslovaquia también tenían derecho a reclamar objetos enlistados en los anexos del Tratado. Entre los bienes mencionados se encontraban reliquias de la familia Medici, mobiliario, platería y las joyas de la electriz de Medici, saqueados en la Toscana; bronces, manuscritos y dibujos tomados por el Duque Francisco V de Módena de los archivos estatales de Milán, Mantua, Venecia, Módena y Florencia; objetos y documentos substraídos de Bélgica entre 1770 y 1794; la copa de oro de Ladislao IV, exportada del territorio que había pertenecido a Polonia durante su primera partición en 1772; documentos, manuscritos y mapas substraídos de Checoslovaquia por órdenes de la emperatriz María Teresa –quien reinó en Austria de 1740 a 1780- y documentos y obras de arte obtenidos en el castillo real de Praga alrededor de los años 1718, 1723 y 1737.⁸⁴

Por su parte, el “Tratado de Riga” celebrado en 1921 entre Rusia y Polonia obligaba a aquél Estado a restituir a éste todos los trofeos de guerra, bibliotecas, archivos y colecciones de obras de arte y de cualquier otra

⁸⁴ Cfr. PROTT, Lyndel V., “*The History and Development of Process for the Recovery of Cultural Heritage*”, *op. cit.*, pág. 3.

naturaleza, así como objetos de especial valor histórico, nacional, artístico, arqueológico, científico o educacional.⁸⁵

2.1.3. La “Declaración de Londres” de 1943

Los tratados comentados sentaron un importante precedente para un siglo que, como ya se mencionó anteriormente, resultaría especialmente activo en lo que se refiere a los retos legales que enfrentó la protección al patrimonio cultural. Durante la Segunda Guerra Mundial, los Estados aliados⁸⁶ firmaron en 1943 la “Declaración de Londres”, con la cual se pretendía frenar el saqueamiento de arte a manos de los Nazis. La Declaración incitaba a todos los involucrados, especialmente personas en países neutrales, a hacer lo posible para frenar las prácticas de desposesión utilizadas por los Gobiernos contra los que se encontraban en guerra. Los términos de la Declaración eran contrarios a las previsiones de algunos códigos civiles que habrían protegido las transferencias de bienes bajo determinadas circunstancias. Sin embargo, países como Francia, Reino Unido, Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas promulgaron leyes complementarias en sus respectivas zonas de ocupación, a fin de evitar que el principio internacional de restitución entrara en conflicto con la legislación nacional. Los Aliados presionaron a los Estados neutrales, no partes de la Declaración, a fin de que adoptaran medidas legislativas similares. Suecia y

⁸⁵ Cfr. PROTT, Lyndel V., “*The History and Development of Process for the Recovery of Cultural Heritage*”, *op. cit.*, pág. 3.

⁸⁶ Unión Sudafricana, Estados Unidos de América, Australia, Bélgica, Canadá, China, República Checoslovaca, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Grecia, India, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelandia, Noruega, Polonia, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Yugoslavia y el Comité Nacional Francés.

Suiza se mostraron reacios a esta idea, con el argumento de que la protección que sus Códigos Civiles brindaban al adquirente de buena fe anulaba la obligación de restituir los bienes.⁸⁷

La “Declaración de Londres” y su implementación por parte de Estados neutrales sientan un interesante precedente para la posible solución de casos complicados sobre la restitución de bienes culturales. La Declaración ya advertía a terceras partes sobre los riesgos de adquirir bienes ilegalmente, ya fuera de manera manifiesta o en transacciones en apariencia legales, puesto que tales adquisiciones podrían ser declaradas inválidas y obligarían al poseedor a la restitución los objetos en cuestión.

2.1.4. El caso de Suiza

La posición adoptada por Suiza de permitir al comprador de buena fe repetir contra el vendedor de mala fe –de tal manera que el propietario original no tuviera que compensar al comprador cuando la transacción se hubiera realizado en una subasta pública o de cualquier otra forma legal- es un precedente importante para la *bona fide rule*.

El “Decreto del 10 de diciembre de 1945 sobre las acciones para la recuperación de bienes tomados en territorios ocupados durante la guerra”, conocido también como “*Booty Decree*”,⁸⁸ facultaba al vendedor que hubiera actuado de buena fe a repetir contra la persona de la cual hubiera adquirido

⁸⁷ Cfr PROT, Lyndel V., “*The History and Development of Process for the Recovery of Cultural Heritage*”, *op. cit.*, pág. 5.

⁸⁸ Cfr. *ibidem.*, pág. 6.

el bien en primer lugar. Más importante aún, el artículo 4 de dicho Decreto establecía que cuando un vendedor de mala fe fuera insolvente o no pudiera ser demandado en Suiza, el juez podría autorizar una indemnización para el adquirente de buena fe, a cargo de la Confederación. Esta garantía protegía los derechos de aquel que confió en el Estado de Derecho, mientras que creaba un incentivo para el propio Estado de vigilar el mercado de arte y comprobar la presencia de la buena fe.⁸⁹

La “Declaración de Londres” y el caso de Suiza son esenciales ya que sentaron la base para la práctica internacional actual en lo que se refiere a la restitución de bienes culturales. Por una parte, el énfasis que ponía la “Declaración de Londres” sobre la verdadera naturaleza de las transacciones y su condena a aquellas que en apariencia eran legales pero en realidad se efectuaban con vicios de voluntad –que en el caso de la ocupación alemana incluía donaciones forzadas, bienes adquiridos por medio de amenazas e intimidación y compras realizadas a precios irreales-. La nueva generación de Estados emancipados que obtuvieron su independencia en la década de los sesenta, al ver los paralelismos entre lo sucedido en Europa y su pasado colonial, se sumó a las demandas de restitución. Los esfuerzos de la comunidad internacional se concretarían finalmente en la Convención de la UNESCO de 1970.

Por otra parte, la práctica suiza de compensar al comprador de buena fe como último recurso cuando no pudiera repetir en contra del vendedor de

⁸⁹ Cfr., PROTT, Lyndel V., “*The History and Development of Process for the Recovery of Cultural Heritage*”, *op. cit.*, pág. 7.

mala fe, ya fuera por la insolvencia de este último o porque se hallara fuera de la jurisdicción suiza, implica que el propio Estado asuma la responsabilidad de restaurar las cosas a su estado previo al momento en que se violó el Derecho Internacional por medio del robo o la exportación ilícita. A partir de la adopción de la Convención de la UNESCO, el énfasis sobre la obligación de investigar minuciosamente el origen de los bienes culturales permaneció durante más de dos décadas en el debate jurídico internacional hasta que en 1995 el “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, incorporó este principio, con la advertencia explícita de que si el comprador no actúa con la debida diligencia, corre el riesgo de perder la posesión del bien, sin derecho a compensación alguna, como veremos más adelante.

2.2. Hacia los instrumentos multilaterales

2.2.1. Convención de la UNESCO

Durante la década de los treinta, la Liga de Naciones encomendó a la Oficina Internacional de Museos coordinar las acciones en torno a la protección del patrimonio cultural. Este órgano preparó en 1933 el primer borrador de un proyecto de Convención titulado “*International Convention on the Repatriation of Objects of Artistic, Historical or Scientific Interest which have been Lost or Stolen or Unlawfully Alienated or Exported*”. Estados Unidos, Países Bajos y Reino Unido se opusieron al texto con el argumento de que en el mismo no se distinguía entre bienes culturales de dominio

privado y aquellos de dominio público. La Oficina Internacional de Museos preparó un segundo proyecto titulado “*Convention for the Protection of National Historic Artistic Treasures*” que se enfocaba principalmente en los bienes culturales de dominio público, aunque incluía una breve cláusula que facultaba a los Estados signatarios a extender derechos y obligaciones contenidos en dicho proyecto a los bienes sujetos al régimen de propiedad privada, al momento de ratificar la Convención. El borrador se sometió a la Liga de las Naciones en 1936, misma que lo remitió de nueva cuenta a la Oficina Internacional de Museos para su revisión. Finalmente, la Liga aprobó que se convocara a una conferencia en 1939 para adoptar la Convención. Mientras continuaban las consultas con Países Bajos, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos, quienes habían expresado su insatisfacción con algunos puntos del texto, el estallido de la Segunda Guerra Mundial interrumpió definitivamente las negociaciones. Durante el conflicto armado, como ya se vio anteriormente, la “Declaración de Londres” fue el principal instrumento de Derecho Internacional para la protección del patrimonio cultural.

En 1945, concluida la guerra, se fundó la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Sus primeros esfuerzos relacionados con la materia se centraron en promover la “Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”, aprobada en 1954. Cabe destacar la adopción de dos instrumentos adicionales en los diez años siguientes: el primero, de 1956, fue la “Recomendación que define los principios internacionales que deberán aplicarse a las excavaciones arqueológicas”, misma que promovía la

adopción de regulaciones nacionales para controlar el comercio de antigüedades a fin de evitar el contrabando de material arqueológico. El segundo documento adoptado fue la “Recomendación sobre medidas encaminadas a prohibir e impedir la exportación, importación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, de 1964. Aquí cabe destacar el papel de liderazgo que asumió la delegación mexicana en la elaboración y negociación del instrumento.

Se hizo especial énfasis en la creación de un inventario nacional de la propiedad cultural y de un servicio nacional para su protección. Esta idea, aunque de manera distinta, sería retomada por la Convención de 1970.

Además:

- Se establecía que las transacciones que tuvieran como objeto propiedad cultural deberían ser auditadas.
- Se vio el uso de certificados como un buen medio para controlar el comercio.
- Se sugirió la firma de tratados bilaterales y multilaterales en la materia a fin de que las aduanas se comprometieran a confirmar que no había motivos para sospechar que se trataba de piezas de procedencia ilícita.

Finalmente, el 14 de noviembre de 1970, en el marco de la 16ª Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura se 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” con 77 votos a favor, uno en contra y seis abstenciones. Acorde a la práctica multilateral, no se tomó registro específico sobre el voto de cada una de las delegaciones, sin embargo, Burkina Faso, en aquél entonces Alto Volta, expresó públicamente que votaría en contra de la aprobación del instrumento, puesto que no estaba de acuerdo con que el artículo 7 estableciera el pago de una compensación por parte del Estado requirente al poseedor de buena fe.⁹⁰

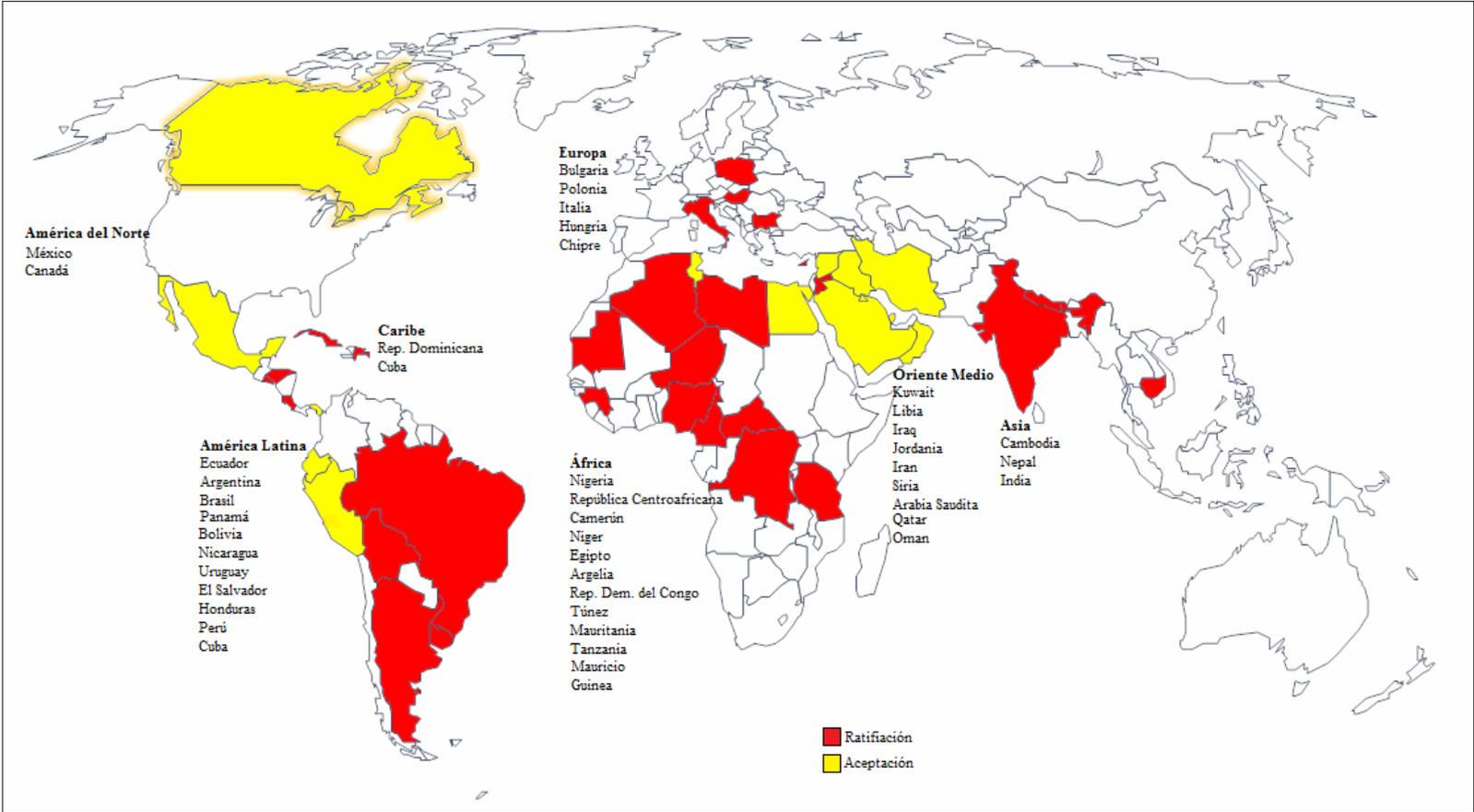
La Convención fue objeto de severas críticas durante sus primeros años de vida. Se consideraba un fracaso que los Estados que albergan los principales mercados de arte no fueran parte de la misma y que mientras aquella situación prevaleciera, la Convención nunca lograría su objetivo. Sin embargo, Australia, Canadá, Dinamarca, Francia, Japón, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Reino Unido y los Estados Unidos de América ya son todos partes de la Convención. Aunque se puede debatir sobre la efectividad de la Convención, es una realidad, la adhesión de nuevos miembros.

2.2.1.1. Situación actual

A continuación se presentan dos mapas que ilustran el avance en las adhesiones a la Convención. El primero muestra la situación en la década de los setenta, mientras que el segundo retrata los avances durante la década transcurrida entre 2001 y 2010. En la actualidad, existen 73 Estados

⁹⁰ Cfr. O'KEEFE, Patrick J., Commentary on the 1970 UNESCO Convention, 2a. ed., Institute of Art and Law, Crickadarn, Reino Unido, 2007, pág. 2.

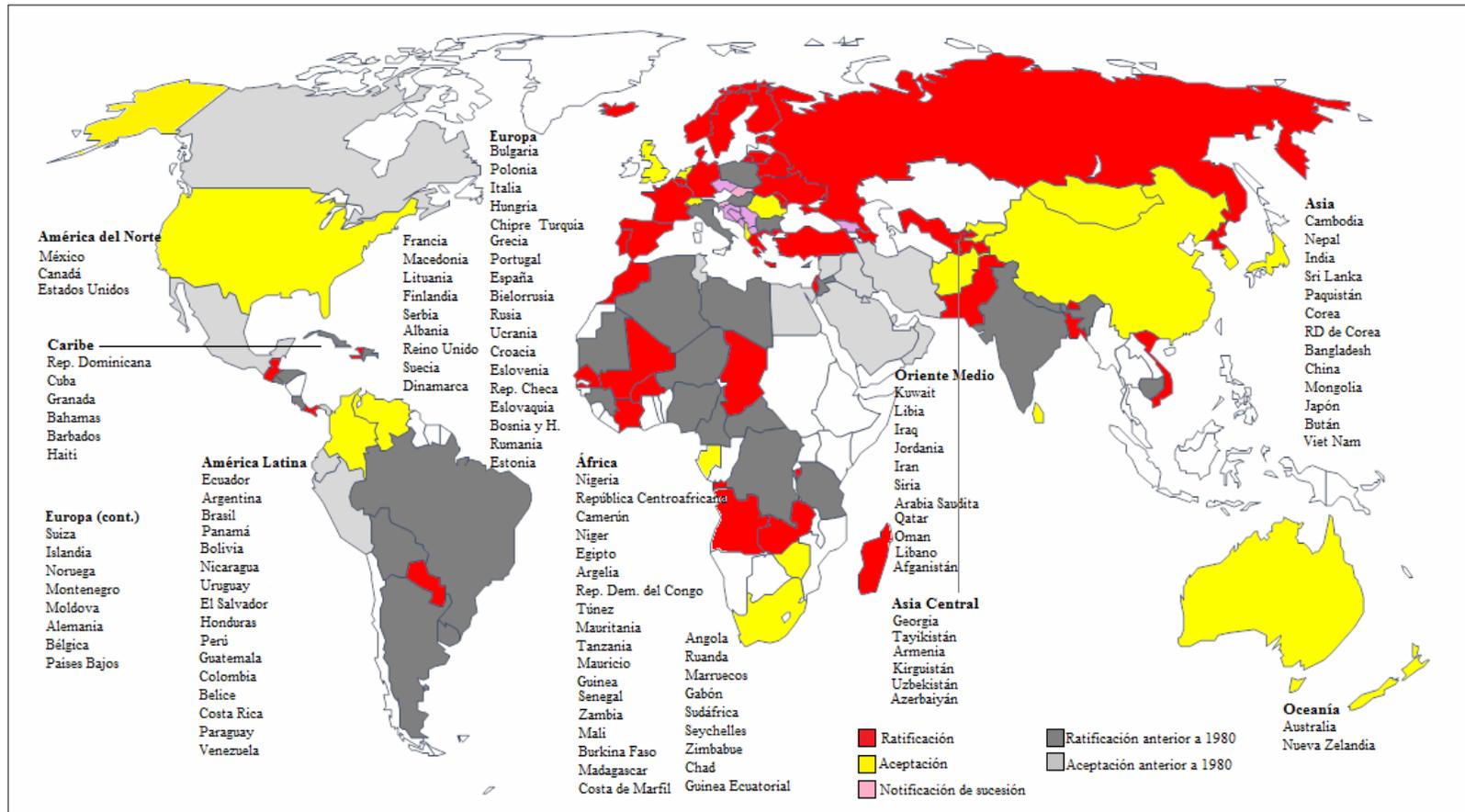
miembros de la Organización de las Naciones Unidas que no son parte de la Convención de 1970. De éstos, se sabe que Tailandia ha considerado ratificar la Convención. Llama la atención que países europeos como Austria, Irlanda y Malta no sean aún parte. En Asia destaca la ausencia de Indonesia, Laos, Malasia, Filipinas y Singapur. Éste último no es miembro de la UNESCO, pero el Consejo Ejecutivo podría invitarlo a unirse, sobre todo por tratarse de un importante país- tránsito en el tráfico ilícito de bienes culturales. En África, Ghana, Kenia, Malawi, Mozambique, Namibia y Uganda no son parte de la Convención. Es el mismo caso de Fiji, Islas Marshall, Nauru, Nueva Guinea, Islas Salomón, Tonga y Vanuatu en el Pacífico. Sin duda alguna, la falta de recursos es uno de los principales motivos para este último grupo de países, pero no podemos decir lo mismo de Austria, Malta, Kenia y Malasia.



Adhesiones a 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” al año 1980. (91)

⁹¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, www.unesco.org.

⁹² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, www.unesco.org.



Adhesiones a la “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de de bienes culturales” al año 2010. (92)

2.2.2. Convenio de UNIDROIT

Con la adopción del “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, el 25 de junio de 1995, culminó un largo proceso. Ya en 1982, un informe elaborado por un grupo relator sobre la efectividad de los controles legales nacionales para prevenir el tráfico ilícito de bienes culturales, presentado ante la UNESCO, recomendaba a la Organización retomar esta cuestión con un organismo internacional especializado en Derecho Privado. Dicho informe incluía sugerencias previamente realizadas por los profesores Chatelain y Rodotà, en el sentido de reexaminar el principio de protección al comprador de buena fe, el cual en opinión de estos expertos, contribuía a que entraran al mercado negro piezas de procedencia ilegal.⁹³ La UNESCO comisionó a UNIDROIT con esta tarea.

Para este fin se estableció un grupo de expertos que elaboró un primer borrador del texto. En opinión de Prott, los integrantes de dicho grupo no solamente tenían un amplio conocimiento de Derecho Internacional Público y Privado, de la Convención de la UNESCO de 1970 y de otras normas relevantes, sino que entre ellos cubrían la diversidad existente de sistemas jurídicos y filosofías. También conocían los distintos intereses nacionales y las opiniones de museólogos, marchantes y coleccionistas. Tan es así que, a pesar de que las provisiones propuestas por el grupo de expertos se reexaminaron a detalle en los grupos de trabajo, de donde surgieron muchas

⁹³ Cfr. PROTT, Lyndel V., Commentary on the UNIDROIT Convention, 1a. ed, Institute of Art and Law, Leicester, Reino Unido, 1997, pág. 12.

nuevas propuestas, el texto que finalmente se adoptó es muy similar al del primer borrador presentado.⁹⁴

Las negociaciones no fueron sencillas. Más de 70 Estados participaron en alguna etapa del proceso. No era para menos si se considera que se debatieron cuestiones de gran naturaleza emocional, como el libre comercio, por un lado, y la protección del patrimonio cultural, por el otro. Durante la conferencia diplomática celebrada para la adopción del texto, hubo mayor presencia de Estados de origen que de aquellos con importantes mercados de arte. En el transcurso de la Conferencia, cada una de las cuestiones sometidas a voto favoreció la posición de los países exportadores, mientras que los delegados de los países destino expresaban su preocupación por la posible adopción de un texto que prácticamente no tendría posibilidades de aceptación en sus respectivas legislaciones.

Como suele ser en las conferencias internacionales, poco antes del cierre de la misma se intensificaron las negociaciones a fin de alcanzar un texto que resultara aceptable para todos. Durante la última semana de la conferencia, la Delegación mexicana asumió un papel clave al establecer un grupo de trabajo conformado por representantes de los Estados de origen y destino, a fin de negociar a fondo temas sustantivos como la prescripción positiva, la definición de bienes exportados ilícitamente y la cláusula de la no retroactividad. En realidad, el hecho de que se haya adoptado el Convenio demuestra la voluntad y el compromiso de los Estados presentes para lograr

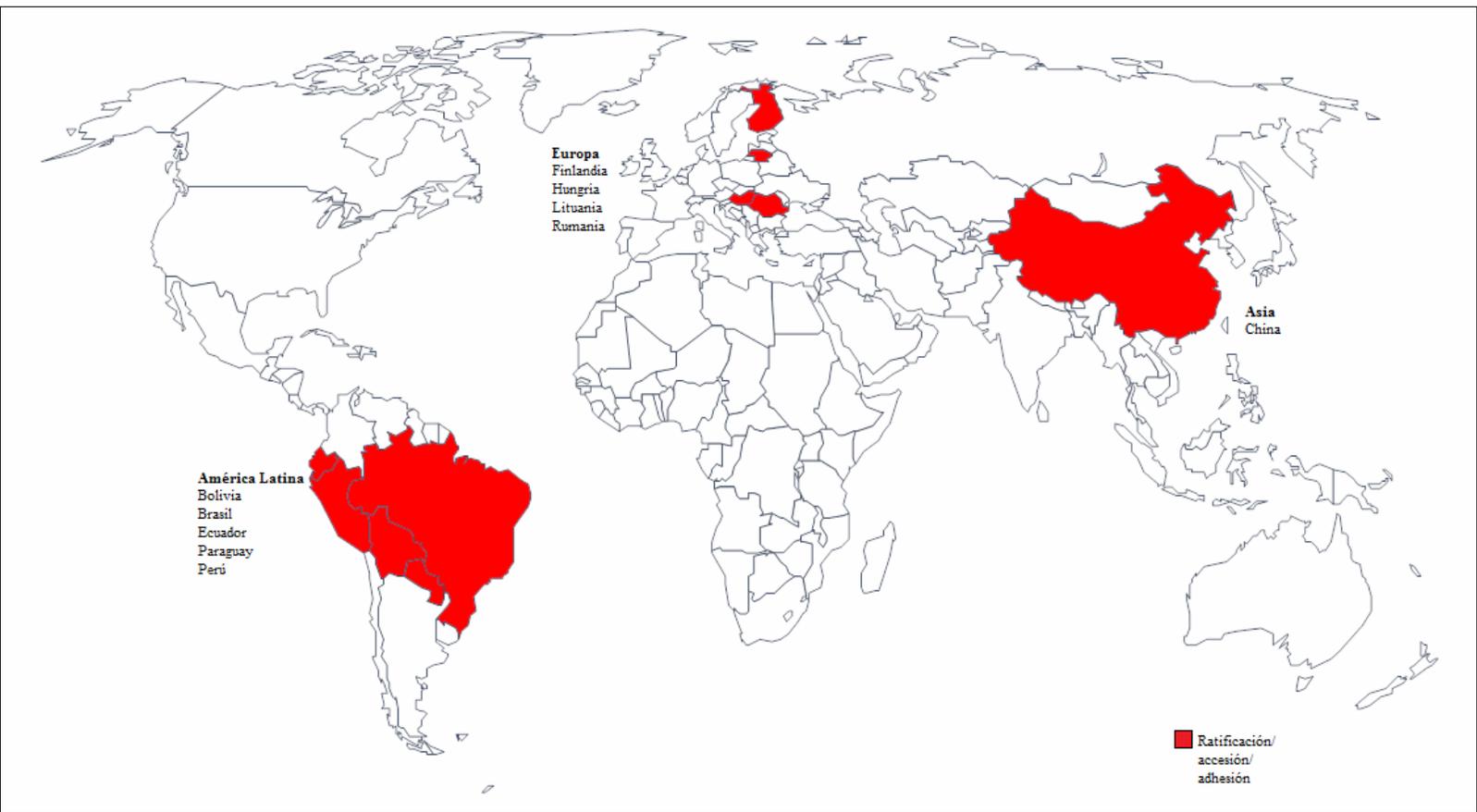
⁹⁴ Cfr. PROTTE, Lyndel V., Commentary on the UNIDROIT Convention, *op. cit.*, pág. 13.

una opción viable para todos. Finalmente, la convención se adoptó con 35 votos a favor, 5 en contra y 17 abstenciones.

Es evidente que a pesar del difícil proceso de negociación, se logró consenso en torno al texto. Los votos en contra fueron objeciones al proceso, más que al fondo del asunto y la mayoría de las abstenciones se debieron a la imposibilidad de recibir a tiempo instrucciones para la firma del documento, desde las respectivas capitales.

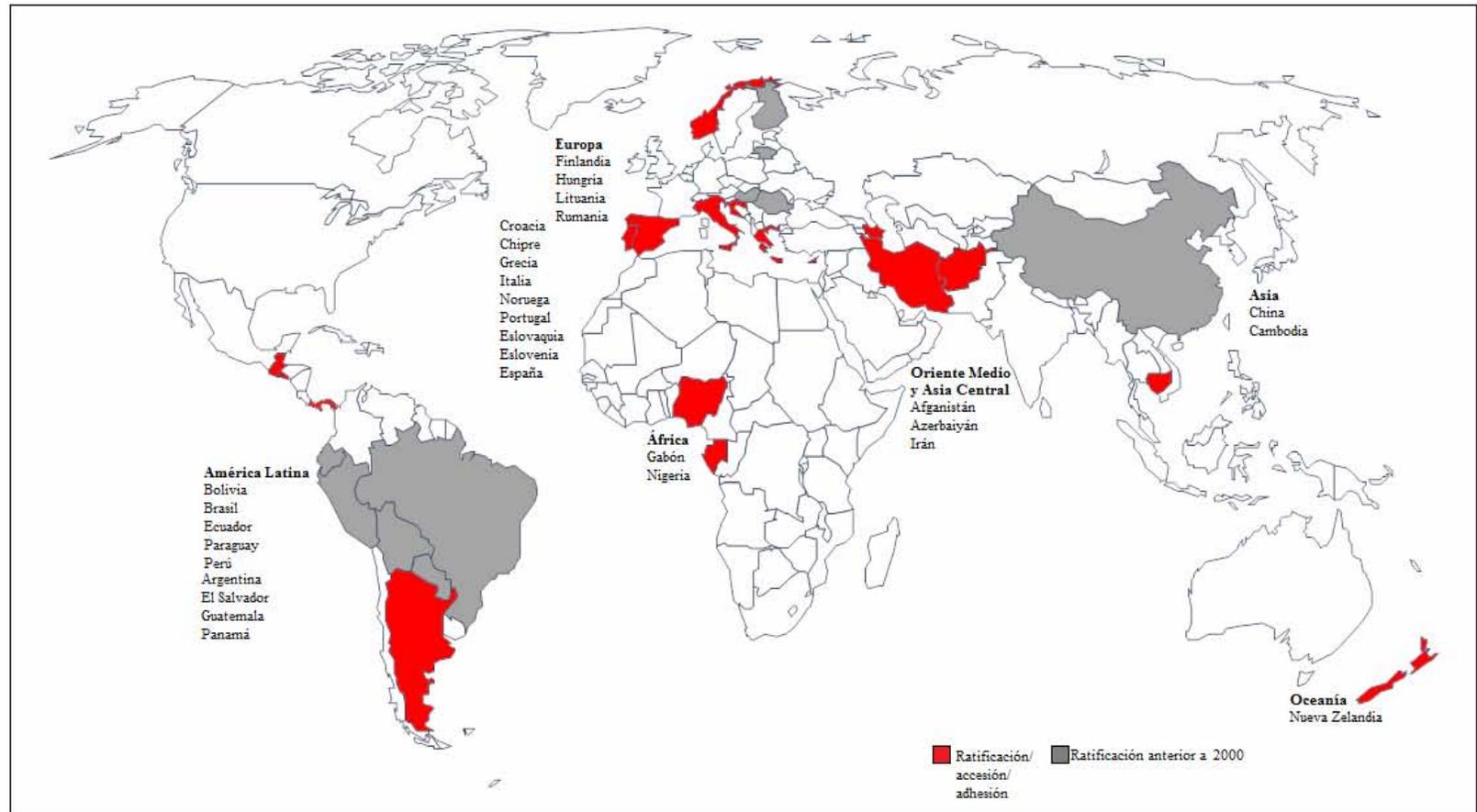
2.2.2.1. Situación actual

En la actualidad, el Convenio cuenta con 30 Estados parte. Aunque ha habido un considerable avance en las adhesiones al tratado, como lo demuestran los siguientes mapas -el primero es la situación del tratado en el año 2000 y el segundo en 2010-, en realidad aún son pocos los Estados que han ratificado el Convenio. México es uno de los países que no lo ha aceptado por razones que se estudian más adelante.



Adhesiones al “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente” al año 2000. (95)

⁹⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO
 “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”,
 www.unidroit.org.
⁹⁶ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO
 “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”,
 www.unidroit.org.



Adhesiones al “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente” al año 2010. (96)

No hay que minimizar el avance en las ratificaciones de UNIDROIT. Varios países, incluidos algunos europeos como Italia, España y Portugal, ya participan de ese instrumento. Con excepción de Francia que ha considerado adherirse al Convenio, lamentablemente la mayoría de los Estados que albergan importantes mercados de arte, como lo son Estados Unidos, Reino Unido, Japón, Suiza y Alemania, no contemplan esa opción.⁹⁷ De cualquier manera, el Convenio goza de una importante influencia en los estándares adoptados por los tribunales nacionales.

Dado que el origen mismo del Convenio está en la Convención de UNESCO, existe una estrecha relación entre ambos instrumentos. Esta última combate el tráfico ilícito por medio de procedimientos administrativos y acción del Estado; mientras que aquél permite el acceso directo a los tribunales de un país, por parte del propietario de un bien robado o por parte del Estado del cual se exportó ilícitamente. Por lo tanto, ambos instrumentos se complementan mutuamente.

No está de más señalar que el Convenio de UNIDROIT se benefició del avance en la actitud pública hacia el tráfico ilícito de bienes culturales en los 25 años que transcurrieron desde la adopción de la Convención de UNESCO en 1970. UNIDROIT aplica a todos los bienes culturales robados, mientras que el artículo 7 de la Convención restringe la obligación de restitución únicamente a aquellos bienes inventariados por las instituciones culturales del país reclamante. Además, el Convenio incorpora una manera

⁹⁷ Cfr. O'KEEFE, Patrick J., Commentary on the 1970 UNESCO Convention, *op. cit.*, pág. 2.

sofisticada de conciliar las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos en relación a la protección del comprador de buena fe.

En este sentido, el Convenio de UNIDROIT ha contribuido a combatir el tráfico ilícito de bienes culturales, mantenido presente este tema en la agenda internacional de Estados exportadores e importadores e inspirado la redacción de códigos de ética como el del Consejo Internacional de Museos y el *British Code of Practice*, mismos que a su vez, son el primer paso hacia una legislación más efectiva, en Estados que originalmente se mostraron reacios a aceptar las obligaciones de la Convención de 1970.

3. INSTRUMENTOS MULTILATERALES

El tráfico de bienes culturales es un problema universal que afecta e incumbe tanto a países de origen, como a Estados que albergan importantes mercados de arte. Los alcances de esta forma de delincuencia acentúan la necesidad de contar con instrumentos internacionales -vinculantes y no vinculantes- que permitan hacer frente de manera efectiva a esta laceración que amenaza la integridad el patrimonio cultural de la humanidad. En consecuencia, la UNESCO recomienda a todos sus miembros ratificar, de ser posible de manera simultánea, la Convención de UNESCO de 1970, y el Convenio de UNIDROIT de 1995. A pesar de que se han logrado sólidos avances en la ratificación de estos instrumentos, aún queda mucho por hacer, a fin de alcanzar un marco jurídico internacional efectivo que combata el tráfico ilícito de bienes culturales.

Ya se han señalado algunas de las diferencias existentes entre los tratados en cuestión, derivadas del contexto histórico de cada uno y de su agrupación respectiva en el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. A continuación se analizan los principios fundamentales de ambas convenciones y, de manera simultánea, se realiza una breve comparación entre ambas.

3.1. Filosofía

Ambos tratados brindan un marco legal para combatir y prevenir el tráfico ilícito de bienes culturales -sin impedir su comercio legal-, un problema en inquietante fase de expansión internacional, debido al renovado interés por las antigüedades y el nuevo poder adquisitivo de individuos en potencias emergentes como China y Rusia, además de los ya tradicionales compradores en Francia, Gran Bretaña y Japón, entre otros. En ese sentido:

- Ninguna de las dos convenciones tiene efectos retroactivos. Los preceptos que engloban dichos instrumentos aplican únicamente entre Estados partes después de la entrada en vigor de la Convención, aunque dan cabida a distintas interpretaciones, como se explica más adelante.
- Ambas convenciones protegen únicamente bienes culturales de procedencia ilícita, ya sean robados o exportados ilícitamente.
- Está en el interés de las partes distinguir cuidadosamente entre bienes de procedencia lícita y aquéllos que no lo son, a fin de tener un mayor control sobre el mercado de arte y, potencialmente, incrementar las posibles ganancias derivadas de éste.

En efecto, ninguno de los dos instrumentos tiene efectos retroactivos. Este tema se debatió a profundidad durante las rondas de negociaciones. Varias delegaciones expresaron su inconformidad con las decisiones adoptadas.

En el caso de la Convención de la UNESCO, hubo un enérgico cabildeo a favor de dotar al instrumento de efectos retroactivos, con el antecedente inmediato del gran número de demandas que se presentaron durante la década de los sesenta por parte de Estados recién emancipados que buscaban recuperar el patrimonio perdido durante la represión colonial. Las delegaciones de los países destino, donde se conserva buena parte de los bienes, se opusieron firmemente a esta iniciativa a fin de evitar que se pusiera en duda la legalidad de la procedencia de las piezas inventariadas en sus colecciones. El fracaso de incluir una cláusula de retroactividad motivó a la República de Alto Volta, hoy Burkina Faso, a votar en contra de la adopción de la Convención y a hacer pública su decisión, al argumentar que sus autoridades culturales ya no tendrían más que proteger, puesto que todo su patrimonio habría sido saqueado durante la ocupación francesa.⁹⁸

En cualquier caso, la interpretación de la no retroactividad está ligada con la determinación precisa de las fechas de exportación e importación, tal como lo ilustra el caso *R. vs. Heller*.⁹⁹ En 1982 el gobierno de Canadá presentó una demanda contra Ben Heller, un marchante neoyorkino que había importado una escultura de terracota de la cultura Nok, previamente exportada ilícitamente de Nigeria. Para entonces, Canadá y Nigeria ya formaban parte de la Convención y el Gobierno Canadiense actuó a petición del nigeriano, en los términos establecidos por la legislación canadiense en el "*Cultural Property Export and Import Act*".

⁹⁸ Cfr. PROTTE, Lyndel V., Commentary on the UNIDROIT Convention, *op. cit.*, pág. 9.

⁹⁹ Cfr. idem.

Los hechos: en Nigeria, la exportación, sin permiso, de antigüedades autóctonas está prohibida desde 1924; la cultura Nok no se descubrió e identificó sino hasta 1943; por lo tanto, la exportación, efectuada sin el permiso correspondiente, fue ilícita. Canadá ratificó la Convención hasta 1978.

Como indica Patrick O'Keefe, según los términos de la Convención de la UNESCO, cada miembro conserva para sí la facultad de determinar qué importación considera ilegal.¹⁰⁰ Es decir, un Estado puede declarar ilícita la importación de bienes exportados de un país específico en un momento determinado o en cualquier momento; la importación de bienes exportados ilícitamente de un Estado específico a partir de una fecha determinada; o la importación de bienes exportados ilícitamente de un Estado específico en cualquier momento. Aunque así pueda parecer, en realidad esta última prohibición no tiene efectos retroactivos puesto que no regula el hecho pasado de la exportación, sino que aplica a la importación de bienes al territorio del Estado que establece la prohibición y ese impone a los individuos la obligación de investigar debidamente las condiciones legales de la exportación de los objetos, ya que ésta afecta directamente la licitud de su importación.

En el caso relativo a la pieza de terracota, el juez admitió que Heller tuvo conocimiento en 1980 de la exportación ilícita de Nigeria, previo a su importación a territorio canadiense. Sin embargo, el problema radicaba en

¹⁰⁰ Cfr. PROT, Lyndel V., Commentary on the UNIDROIT Convention, *op. cit.*, pág. 10.

determinar si la legislación canadiense prohibía la importación de bienes culturales nigerianos exportados ilícitamente en cualquier momento o únicamente cubría a aquellos exportados después de la fecha en que Canadá se adhirió a la Convención de 1970. Al respecto el juez señaló:

“I am satisfied ... that the Canadian Parliament intended, by its legislation to embody the principles and terms of the UNESCO convention dealing with the ‘illicit international traffic in cultural property’.

I have examined the provisions of the international convention with respect to the meaning of the term.

Article 7(a) of the international convention ... specifically states that the convention only applies to cultural property ‘Which has been illegally exported after entry into force of this convention in the states concerned’, and further, ‘(which has been) illegally removed from the state after the entry into force of this convention in both states’. Similar words are found in section

7(b). I am satisfied that the meaning to be attached to the words ‘illegally exported’ must be restricted to that time frame following the entry by Canada as a party to the international convention.”¹⁰¹

¹⁰¹ PROT, Lyndel V., Commentary on the UNIDROIT Convention, *op. cit.*, pág. 10. Traducción de la cita: “Me complace (...) que el Parlamento Canadiense haya pretendido incorporar en su legislación los principios de la Convención de la UNESCO, relativa al tráfico ilícito internacional de propiedad cultural. He examinado las provisiones de la convención internacional en lo que se refiere al plazo. El artículo 7(a) de la convención internacional (...) establece específicamente que la convención protege únicamente propiedad cultural que “hubiere sido exportada ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención (...) en ambos Estados” o que hubiera sido robada del Estado después de la entrada en vigor de la Convención en los Estados involucrados. Me complace que el significado del término “exportado ilícitamente” habrá de restringirse al periodo posterior a la adhesión de Canadá como parte de la Convención. (trad. I. Ramírez)

Sin referirse en específico a este caso, Guido Carducci señala que un objeto debe ser robado o exportado ilícitamente del Estado requirente e importado al requerido después de la entrada en vigor de la Convención en ambos países.¹⁰²

Sin embargo, el artículo séptimo no contiene una prohibición general sobre la importación de bienes culturales exportados ilícitamente. Dicho artículo busca desalentar que museos y coleccionistas adquieran piezas exportadas ilícitamente y prohibir la importación de patrimonio cultural robado de museos u otras instituciones similares. En ese sentido, como refiere de nuevo O’Keffe, si la legislación canadiense “encarna la convención”,¹⁰³ la prohibición relativa a la importación de bienes culturales exportados ilegalmente debería basarse entonces en el artículo 3, no en el 7, como lo señala el juez:

“Son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes en virtud de la presente Convención.”¹⁰⁴

¹⁰² Cfr. CARDUCCI, Guido, La restitution internationale des bien sculturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés: Droit commun, Directive CEE, Conventions de l'Unesco et d'Unidroit, 1ª ed., L.G.D.J., Paris, 1997, p. 194.

¹⁰³ Cfr. PROTT, Lyndel V., Commentary on the UNIDROIT Convention, *op. cit.*, pág. 10. (Trad. I. Ramírez)

¹⁰⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *op. cit.*, art. 3.

Como se puede apreciar, en este artículo no se hace mención a la cuestión de la temporalidad. Los Estados pueden declarar ilícitas las importaciones de bienes exportados ilícitamente en cualquier momento. Su decisión se basa en el criterio de sus legisladores, quienes deberán tomar en cuenta su situación política interna y los intereses que defiende su país en el ámbito internacional. En cualquier caso, resulta lamentable exigir que para la aplicación de la Convención un bien deba haber sido robado o exportado ilícitamente después de 1970, e importado después de su entrada en vigor en el país destino, puesto que esto limita severamente el alcance y la efectividad del tratado y deja el éxito de las demandas de restitución a la voluntad política de las partes involucradas.

3.2. Naturaleza jurídica

Dado que se trata de instrumentos internacionales de derecho uniforme, ambos tratados previenen, dentro de su marco de aplicación, ciertas características comunes de los litigios internacionales:

- Lo complicado y dilatado que puede ser determinar en un proceso que involucra a dos o más jurisdicciones, cuál es la ley aplicable y, consecuentemente, interpretarla para el caso.
- La incertidumbre sobre el resultado del proceso, dependiendo de la ley aplicable.

Ambos instrumentos señalan las ventajas de los medios alternativos para la resolución de conflictos, mismos que son más predecibles en cuanto a su resultado, menos costosos y se imparten de manera más expedita. En ese sentido, el surgimiento de nuevos instrumentos de *soft law* y de nuevas alternativas a las prácticas forenses tradicionales acompaña la convicción de que las demandas de restitución de bienes culturales pueden resolverse con la implementación de medios alternativos para la solución de conflictos. Ambas convenciones favorecen estos mecanismos. La Convención de la UNESCO señala al respecto:

*“... A petición de dos Estados Partes, por lo menos, que se hallen empeñados en una controversia respecto de la aplicación de la presente Convención, la UNESCO podrá ofrecer sus buenos oficios para llegar a un arreglo entre ellos.”*¹⁰⁵

El Convenio de UNIDROIT es más específico y establece que:

*“Las partes podrán convenir someter el litigio a un tribunal u otra autoridad competente, o a arbitraje.”*¹⁰⁶

¹⁰⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *op. cit.*, artículo 17(5).

¹⁰⁶ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, *op. cit.*, art. 8(2).

Aquí cabe ponderar brevemente las ventajas y desventajas de la práctica forense tradicional y de los nuevos medios alternativos para la solución de conflictos.

Sin duda alguna, llevar un litigio ante los tribunales ofrece numerosas ventajas. La primera es que, a diferencia de otros medios de resolución de controversias, el acusado no tiene mayor alternativa. El proceso se basa estrictamente en evidencias; la resolución del juez tiene efectos obligatorios para las partes y su incumplimiento conlleva sanciones. El tribunal puede dictar sentencias interlocutorias como la congelación de los bienes, inmovilizándolos jurídicamente hasta que se concluya el litigio que resolverá sobre su destino final. Gracias a la red de tratados internacionales, la mayoría de las sentencias tienen validez transnacional y el principio de cosa juzgada ofrece una sólida garantía jurídica para las partes.

Sin embargo, el litigio no es la única forma de resolver las controversias. Las partes pueden acordar someter su caso a un tercero neutral. En los últimos años se ha visto con mayor frecuencia la resolución de conflictos fuera de los tribunales o incluso a través de negociaciones posteriores al fallo judicial. Esto se debe a las deficiencias del proceso judicial tradicional, mismas que se relacionan con la incompatibilidad entre distintos sistemas jurídicos y con la falta de eficacia de los tribunales. A final de cuentas, no hay garantía alguna sobre el criterio de un juez, quien puede, voluntaria o involuntariamente, pasar por alto evidencia decisiva para un caso.

Por otra parte, el litigio implica renunciar a la privacidad, pudiendo ocasionar desprestigio público. Este daño suele tener severas repercusiones, sobre todo cuando se trata de entidades estatales. En un litigio se puede evidenciar la brecha que existe entre el discurso político y las verdaderas prácticas de un gobierno. En el ámbito privado relacionado con las artes, los litigios pueden ventilar corrosivas disputas familiares, o bien, dañar la credibilidad de un testigo. Al tomar en cuenta la importancia del prestigio de un Estado, los daños potenciales de recurrir a los tribunales pueden ser comparativamente mayores a los beneficios que ofrece un proceso convencional.

Otro punto a favor de los medios alternativos yace en el limitado espectro de soluciones que pueden ofrecer los tribunales. Sus decisiones acatan la doctrina jurídica tradicional y, por lo mismo, carecen de mayor flexibilidad. En cambio, un árbitro goza de una libertad muy amplia para emitir un laudo que, de manera imaginativa, zanje finalmente la controversia.

Cabe señalar también que los juicios hacen muy poco por crear simpatía entre las partes en disputa; por el contrario, el hecho de que haya un ganador y un perdedor reafirma el antagonismo entre ellas. A diferencia del juicio, que se enfoca principalmente en los hechos pasados, en averiguar el pasado histórico del caso, Norman Palmer señala que la mediación se orienta hacia la construcción de relaciones futuras.¹⁰⁷ Un buen ejemplo lo ofrecen los casos relacionados a piezas de arte confiscadas por los Nazis.

¹⁰⁷ Cfr. PALMER, Norman, "Alternative procedures, litigation: the best remedy?", en PROTT Lyndel V. (compilador), Witnesses to History. Documents and writings on the return of cultural objects, *op. cit.*, p. 359.

En Reino Unido, el *Spoilation Advisory Panel* se encarga de demandas de restitución de bienes culturales perdidos durante el Holocausto. Dicho panel propuso una solución constructiva para el caso relativo a la obra de Jan Griffier, “*View of Hampton Court Palace*”, que satisfizo a las partes mucho más de lo que lo habría logrado cualquier sentencia judicial. Se decidió que la obra permaneciera en la *Tate Gallery* de Londres, a cambio de un pago *ex gratia* a la familia requirente. A un lado de la pintura se colocó una placa conmemorativa que honra el sufrimiento de las víctimas del holocausto.¹⁰⁸

La historia reciente de la resolución de casos relativos a arte confiscado durante la Segunda Guerra Mundial demuestra la limitada eficiencia de una demanda ante los tribunales y denota la falta de sensibilidad de un abogado que aconseja a su cliente proceder por esta vía.

En realidad, son muy pocos los casos de restitución de bienes culturales confiscados que se hayan logrado mediante la ejecución de una sentencia judicial.¹⁰⁹ La mayoría de los casos exitosos son resultado de acuerdos, negociaciones o decisiones unilaterales por parte de instituciones, como se ejemplifica a continuación.

En 1976, el *Young Memorial Museum* de San Francisco heredó de Harold Wagner, reconocido arquitecto y coleccionista californiano, más de 70 fragmentos de murales teotihuacanos adquiridos e importados a Estados

¹⁰⁸ Cfr. PALMER, Norman, “*Alternative procedures, litigation: the best remedy?*”, en PROTT Lyndel V. (compilador), *Witnesses to History. Documents and writings on the return of cultural objects*, *op. cit.*, p. 359.

¹⁰⁹ Cfr. *idem.*

Unidos a finales de la década de los sesenta, previo a la promulgación de la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas” en 1972 y a la firma del “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”.¹¹⁰ La fecha de la importación es incluso anterior a la aprobación en Estados Unidos de un estatuto que prohíbe la importación de esculturas monumentales o arquitectónicas y de murales, a menos que se compruebe la licitud de su exportación.¹¹¹ El caso de los murales no estaba exento de controversias legales. Según la legislación estadounidense, el museo era su propietario, mientras que de acuerdo a la ley mexicana, los murales eran propiedad de la Nación y no podrían haber sido exportados legalmente del país.

En 1978 el Gobierno Mexicano solicitó al Fiscal General de los Estados Unidos la recuperación y posterior restitución de los murales, en los términos de tratado bilateral de 1971. Sin embargo, puesto que los murales teotihuacanos se importaron antes de la firma del tratado, de la promulgación de la ley mexicana y del decreto estadounidense, ninguno de estos instrumentos aplicaba al caso. La Oficina del Fiscal General presentó la demanda ante un tribunal federal a fin de evitar la repartición de la herencia y devolver así las piezas al Gobierno Mexicano. No obstante, el tribunal desestimó la reclamación mexicana realizada al amparo del tratado

¹¹⁰ Publicado en el “Diario Oficial de la Federación” el 21 de noviembre de 1970.

¹¹¹ Aprobado en 1972.

de 1971, dado que los murales ingresaron a territorio estadounidense con anterioridad a esa fecha.

La herencia se liquidó y se transfirió la propiedad de los murales al *Young Museum*. Esta institución, de manera voluntaria, decidió entablar un proceso de negociación con el Instituto Nacional de Antropología e Historia, a fin de alcanzar un acuerdo sobre la repatriación a México de una porción de los murales. A pesar de que las respectivas legislaciones entraban en conflicto en relación a qué país sería el propietario legítimo de los bienes y que el *Young*, siendo una institución de carácter público no estaba facultada para otorgar la propiedad de los mismos al gobierno mexicano, este último reconoció la importancia y el significado cultural de las piezas para los mexicanos. A esto se sumó el hecho de que necesitaba la asistencia técnica de México para garantizar su conservación.

En 1981, después una larga y productiva negociación, el *Young Museum* y el Instituto Nacional de Antropología e Historia firmaron un acuerdo de custodia compartida sobre los bienes, mismo que preveía el envío de restauradores mexicanos a San Francisco, a fin de colaborar en la restauración de los murales y, una vez concluida la intervención, el *Fine Arts Museum* restituiría un mínimo del cincuenta por ciento de los fragmentos al Instituto Nacional de Antropología. En 1984, un equipo de conservadores y restauradores mexicanos iniciaron las labores de restauración junto con el equipo del *Young Museum*. Dos años más tarde, el museo restituyó aproximadamente setenta por ciento de los murales a México.

En este conflicto de leyes, la legislación estadounidense reconocía al museo californiano como el propietario legítimo de la colección de murales precolombinos, mientras que la ley mexicana, la identificaba como patrimonio de la Nación. El acuerdo alcanzado entre las instituciones nacionales es una magnífica muestra del éxito obtenido en la solución de conflictos fuera de los tribunales. El acuerdo se celebró como un ejemplo sin precedentes en la cooperación entre dos instituciones culturales. Se logró una solución satisfactoria para una reclamación de restitución de patrimonio cultural que, de otra forma, podría haber sido bloqueada por complicaciones legales y políticas.

Los actores involucrados en controversias derivadas de conflictos en torno a bienes culturales suelen estimar mucho la discreción y confidencialidad relativa a sus casos. Comúnmente se trata de piezas relativamente compactas en tamaño, pero con un enorme valor económico que están en el interés del público y son asociadas sensitivamente al imaginario de las sociedades. Esto convierte a las partes en presas fáciles de los medios, la opinión pública e incluso los hace más vulnerables a la acción de los criminales. A este tema de la discrecionalidad se añade la preferencia por relaciones más personales y por instrumentos de *soft law* (guías y códigos de ética). Todo esto apunta decisivamente hacia un sistema alternativo de resolución de conflictos discreto, digno, eficiente y ético, y constituye una opción que, cuando se aplica correctamente, ofrece un medio viable para negociar en casos que involucran a entidades tanto privadas como públicas.

3.3. Alcances y objetivos

Ambos instrumentos brindan protección a los intereses del sujeto desposeído, sea éste una persona física, jurídica o un Estado parte, así como a cualquier Estado de donde se hayan exportado ilícitamente bienes culturales.

El Convenio de 1995 protege también los intereses de cualquier Estado parte que sufra pérdidas en su patrimonio cultural debido a la exportación ilícita de bienes culturales, misma que suele realizarse de manera definitiva e implica así la pérdida del objeto y de la información científica relacionado con el mismo.

3.3.1. Convención de la UNESCO

Prevención del tráfico ilícito mediante:

- Establecimiento de servicios nacionales adecuados.

“Para asegurar la protección de sus bienes culturales contra la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas, los Estados Partes en la presente Convención se obligan a establecer en su territorio, en las condiciones apropiadas a cada país, uno o varios servicios de protección del patrimonio cultural, si esos servicios no existen aún,

dotados de personal competente y en número suficiente para garantizar de manera eficaz (...) sus funciones.”¹¹²

- Adopción de medidas administrativas adecuadas.

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

a) a tomar todas las medidas necesarias, conformes a la legislación nacional, para impedir la adquisición de bienes culturales procedentes de otro Estado Parte en la Convención, por los museos y otras instituciones similares situados en su territorio, si esos bienes se hubieren exportado ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención; y en lo posible, a informar al Estado de origen, Parte en la Convención, de toda oferta de bienes culturales exportados ilícitamente de ese Estado después de la entrada en vigor de la presente Convención en ambos Estados;

b) i) a prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, situados en el territorio de otro Estado Parte en la Convención,

¹¹² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *op. cit.*, art. 5.

después de la entrada en vigor de la misma en los Estados en cuestión, siempre que se pruebe que tales bienes figuran en el inventario de la institución interesada;

ii) a tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, 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 Partes 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.”¹¹³

¹¹³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *op. cit.*, art. 7.

- Implementación de un certificado de exportación apropiado.

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

a) a establecer un certificado adecuado, en el cual el Estado exportador autorice la exportación del bien o de los bienes culturales de que se trate y que deberá acompañar a todos los bienes culturales regularmente exportados;

b) a prohibir la salida de su territorio de los bienes culturales no acompañados del certificado de exportación antes mencionado;

c) a dar la oportuna difusión a esta prohibición, especialmente entre las personas que pudieran exportar e importar bienes culturales.”¹¹⁴

- Imposición de obligaciones para los marchantes en relación a la elaboración de un registro del origen de las piezas con las que comercian.

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

¹¹⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *op. cit.*, art. 6.

a) (...) a obligar a los anticuarios, en la forma pertinente de cada país y bajo pena de sanciones penales o administrativas, a llevar un registro que mencione la procedencia de cada bien cultural, el nombre y la dirección del proveedor, la descripción y el precio de cada bien vendido, y a informar al comprador del bien cultural de la prohibición de exportación de que puede ser objeto ese bien.”¹¹⁵

- Implementación de programas educativos que concienticen al público en general.

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

(...)

b) a esforzarse, por medio de la educación, en crear y desarrollar en el público el sentimiento del valor de los bienes culturales y del peligro que el robo, las excavaciones clandestinas y las exportaciones ilícitas representan para el patrimonio cultural.”¹¹⁶

¹¹⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *op. cit.*, art. 10.

¹¹⁶ Idem.

Recuperación de bienes culturales mediante:

- Restitución de bienes culturales inventariados.

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

(...)

b) i) a prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, situados en el territorio de otro Estado Parte en la Convención, después de la entrada en vigor de la misma en los Estados en cuestión, siempre que se pruebe que tales bienes figuran en el inventario de la institución interesada;”¹¹⁷

- De acuerdo a la legislación del Estado parte involucrado en la controversia, emprender acciones para la recuperación de bienes robados y cooperando en la facilitación de la restitución de bienes ilícitamente exportados:

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

¹¹⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *op. cit.*, art. 7.

(...)

b) a hacer que sus servicios competentes colaboren para efectuar lo antes posible la restitución, a quien corresponda en derecho, de los bienes culturales exportados ilícitamente;

*c) a admitir una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus propietarios legítimos o en nombre de los mismos;*¹¹⁸

3.3.2. Convenio de UNIDROIT

Por su parte, el Convenio de UNIDROIT, concebido 25 años después que su antecesor, busca satisfacer las lagunas de aquél. Su texto se concentra principalmente en la fase de recuperación y establece reglas uniformes tanto para los bienes robados, como para aquellos exportados ilícitamente. En ese sentido establece que:

"1) El poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo.

2) A los efectos del presente Convenio, se considera robado un bien cultural obtenido de una excavación ilícita, o de una excavación lícita

¹¹⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, "Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales", *op. cit.*, art. 13.

pero conservado ilícitamente, si ello es compatible con el derecho del Estado donde se ha efectuado la excavación.”¹¹⁹

Lo relativo a la devolución de propiedad ilícitamente exportada se encuentra en el capítulo III, artículos 5-7 del Convenio:

“Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente. (...)”¹²⁰

3.4. Ámbito de aplicación

Ambas Convenciones comparten una definición muy similar del concepto de patrimonio cultural y ofrecen una lista idéntica de sus categorías. El artículo primero de la Convención de la UNESCO define bienes culturales como aquellos objetos que *“... por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia”*.¹²¹

¹¹⁹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “*Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*”, *op. cit.*, art. 3.

¹²⁰ *Ibidem.*, art. 5.

¹²¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “*Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*”, *op. cit.*, art.1.

UNIDROIT, como ya se mencionó en el marco teórico de esta investigación, eliminó la fórmula “*expresamente designados por cada Estado*” de su definición de bien cultural, a fin de dotar de protección a un mayor número de objetos.

De esta forma, se establece un estándar para la práctica jurídica internacional de la definición legal de bien cultural que facilita la labor de las autoridades y profesionales de los Estados parte. Los conceptos y las categorías que brindan ambos instrumentos han resultado lo suficientemente amplias para servir de base a un lenguaje común internacional, en armonía con las definiciones propias de los distintos sistemas jurídicos.

3.5. Procedimientos para reclamar la restitución

3.5.1. Convención de la UNESCO

La Convención de la UNESCO se centra en la cooperación internacional Estado-Estado y señala que “*las peticiones de decomiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática.*”¹²² Es decir, únicamente un Estado por la vía diplomática o, en su caso, el propietario legítimo o sus representantes legales con arreglo a lo dispuesto en la legislación de cada Estado, podrán reclamar la restitución de un bien ante

¹²² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “*Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*”, *op. cit.*, art. 7.

otro Estado parte de la Convención. En este precepto se enmarca el siguiente caso.

Canadá implementa la Convención de UNESCO a través de su *Cultural Property Export and Import Act*. El 20 de septiembre de 1990, la fiscalía Canadiense acusó al Roger Yorke de importar ilegalmente a Canadá textiles antiguos procedentes de de Bolivia, violando así el artículo 37 de dicho ordenamiento, referente al patrimonio cultural extranjero:

“(…)

‘cultural property agreement’, in relation to a foreign State, means an agreement between Canada and the foreign State or an international agreement to which Canada and the foreign State are both parties, relating to the prevention of illicit international traffic in cultural property;

‘foreign cultural property’, in relation to a reciprocating State, means any object that is specifically designated by that State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science;

‘reciprocating State’ means a foreign State that is a party to a cultural property agreement.

(2) From and after the coming into force of a cultural property agreement in Canada and a reciprocating State, it is illegal to import

*into Canada any foreign cultural property that has been illegally exported from that reciprocating State.*¹²³

Los hechos: en 1985, la Aduana Canadiense, gracias a una pista de su contraparte estadounidense, incautó cuatro lotes que contenían textiles bolivianos, supuestamente de poco valor, bajo la sospecha de que se podría tratar de propiedad cultural de aquel país; la documentación que acompañaba la mercancía resultó ser falsa; tanto Bolivia como Canadá eran ya miembros de la Convención de la UNESCO al momento de la exportación e importación de los bienes y cumplían así con el requisito establecido en el primer párrafo del artículo arriba transcrito; Bolivia había designado previamente los textiles antiguos de la zona de Coroma como patrimonio cultural de la Nación, según los requisitos de UNIDROIT y de la propia legislación canadiense para calificar tanto a la exportación como a la importación de ilícitas.

En efecto, los textiles en cuestión guardan un significado muy especial para los habitantes de Coroma. Antiguamente los portaron sus ancestros y, en tiempos de conflicto, se emplean en rituales, como medio para conectarse

¹²³ DEPARTMENT OF JUSTICE, “*Cultural Property Export and Import Act*”, Ottawa, Canadá, 1985, art. 37(1), www.laws.justice.gc.ca, traducción de la cita: “‘*acuerdo de propiedad cultural*’, en relación a un Estado extranjero, se refiere a un acuerdo entre Canadá y un Estado extranjero o a un acuerdo internacional del cual Canadá y un Estado extranjero sean ambos parte, relativos a la prevención del tráfico ilícito internacional de patrimonio cultural; ‘*patrimonio cultural*’, en relación al Estado recíproco, puede ser cualquier objeto que el Estado haya designado específicamente de importancia para la arqueología, prehistoria, historia, literatura, arte o ciencia. ‘*Estado recíproco*’ es cualquier Estado parte de un acuerdo relativo al patrimonio cultural. (2) A partir de la entrada en vigor en Canadá y un Estado recíproco de un acuerdo de patrimonio cultural, es ilegal importar a Canadá cualquier bien cultural extranjero que haya sido exportado ilícitamente del Estado recíproco.” (trad. I. Ramírez)

con sus ancestros y obtener consejos de ellos.¹²⁴ Los líderes de cada *ailu* (clan) fungen como custodios de estas preciadas posesiones que se exhiben ante el público una sola vez al año, como parte de las celebraciones del Día de Todos los Santos. En años recientes, fotógrafos canadienses y estadounidenses han documentado estas festividades y, en numerosas ocasiones, han logrado hacerse de algunos textiles que trafican a Norteamérica. Tal como lo hizo Yorke.

El 21 de julio de 1988, agentes aduanales, auxiliados por la policía, inspeccionaron el domicilio de Yorke y embargaron más de 6,000 objetos. Yorke apeló. La División de Adjudicaciones descubrió que no todos los bienes eran propiedad cultural. Se dictó embargo definitivo sobre aquellos que sí lo eran, embargo precautorio sobre el resto y se impuso una multa para su recuperación.

El juicio comenzó en abril de 1992. El Tribunal del Condado de Nueva Escocia declaró que hubo errores en el procedimiento: la evidencia se había obtenido de manera inapropiada y la orden de cateo estaba redactada en términos demasiado generales. El juez dictaminó que el cateo y el embargo eran irrazonables y violaban las garantías del acusado. La Suprema Corte de Nueva Escocia aceptó una apelación por parte de la Corona, suspendiendo el retiro de los cargos y ordenó un nuevo juicio. La Suprema Corte de Canadá respaldó esta decisión.

¹²⁴ Cfr. WALDEN, David A., "Canada's Property Export and Import Act: the experience of protecting cultural property", en University of British Columbia Law Review, UBC Faculty of Law, Vancouver, Canadá, n. 203, 1995, págs. 206-210.

El segundo juicio comenzó el 6 de septiembre de 1994. Yorke fue declarado culpable, condenándosele al pago de una multa de diez mil dólares canadienses y a dos años de libertad condicional. El Tribunal de Apelaciones de Nueva Escocia rechazó por unanimidad la apelación que presentó el sentenciado, al igual que lo haría la Suprema Corte de Canadá.¹²⁵

En su apelación, Yorke argumentó que no había tenido conocimiento de que su conducta estaba tipificada como delito por las legislaciones boliviana y canadiense. La Corona mostró como evidencia un folleto explicativo sobre la implementación del decreto mencionado. Anualmente, se distribuyen entre 2,700 a 4,500 copias del mismo entre galerías, museos, librerías y demás personas interesadas.¹²⁶ La Corte aceptó esta prueba ya que, aunque se trata de un número reducido, se distribuyó entre la comunidad museística a la cual Yorke pertenecía.

En relación a la obligación de Yorke de estudiar a detalle el status legal de los textiles, según la legislación boliviana, el Tribunal de Apelaciones declaró:

“... a person whose business is the trading in and importation of cultural property clearly has a duty to make greater inquiries [than a tourist]. Such a person has Access to consular offices, Customs and police officials and other traders in the foreign

¹²⁵ Cfr. WALDEN, David A., “Canada’s Property Export and Import Act: the experience of protecting cultural property”, *op. cit.*, págs. 206-210.

¹²⁶ Idem.

lands. It is not unreasonable to expect of such persons that they make reasonable inquiries about the status of the property they propose to export from that foreign land."¹²⁷

El juez que llevó el caso aceptó las pruebas ofrecidas por el fiscal en sentido de que no había duda que Bolivia, en los términos del artículo primero de la Convención de la UNESCO, había designado a los textiles como propiedad cultural, siendo de especial importancia para la arqueología y la etnología. En la apelación, Yorke alegó que el decreto boliviano no estaba redactado en los términos de la Convención de UNESCO ni en los del decreto canadiense. El Tribunal rechazó este argumento e indicó que el decreto boliviano sí hacía referencia específica a los textiles indígenas, y señaló que no sería razonable exigir que las autoridades culturales de un Estado tengan un inventario detallado de cada una de las piezas que consideran patrimonio cultural, a fin de que reciban la protección de la Convención.¹²⁸

El Gobierno Canadiense fungió como custodio durante los seis años que duró el proceso, hasta que finalmente, restituyó los textiles a Bolivia. Se trata de un caso ejemplar, dada la buena voluntad demostrada por Canadá. El

¹²⁷ WALDEN, David A., "Canada's Property Export and Import Act: the experience of protecting cultural property", *op. cit.*, pág. 208. Traducción de la cita: "(...) una persona cuyo negocio sea comerciar e importar patrimonio cultural tiene evidentemente la obligación de hacer una mayor investigación (que un turista). Tal persona tiene acceso a oficinas consulares, a oficiales de aduanas y policía y a otros marchantes en países extranjeros. No es irrazonable esperar de dichas personas que realicen una investigación adecuada sobre el estatus de la propiedad que pretenden exportar de ese país extranjero." (trad. I. Ramírez)

¹²⁸ Cfr. idem.

gobierno canadiense gastó cientos de miles de dólares en el litigio y la necesaria presencia de traductores dilató considerablemente el caso.¹²⁹

3.5.2. Convenio de UNIDROIT

Por su parte, el Convenio incluye provisiones de Derecho Privado y permite al propietario de un bien robado presentar su demanda directamente ante los tribunales o las autoridades competentes del Estado parte donde se halla el objeto. En el caso de los bienes exportados ilícitamente, corresponde al Estado parte reclamar su devolución. Se prevé que las partes puedan someter su disputa a un mecanismo alternativo de solución, como puede ser el arbitraje.

Mientras que la Convención de la UNESCO señala que la restitución deberá solicitarla el Estado requirente al Estado requerido por la vía diplomática, UNIDROIT brinda un mayor campo de acción al permitir directamente al propietario del bien presentarse ante un tribunal o cualquier otro cuerpo competente en el Estado requerido. Esto significa que tanto el propietario de un bien de dominio privado, como un Estado, en calidad de propietario de un bien nacional, pueden hacer uso de los medios legales normalmente disponibles en el Estado parte donde se encuentra físicamente el objeto, para perseguir una orden judicial que ordene su devolución. De esta manera se puede reclamar la restitución de piezas robadas de domicilios

¹²⁹ Cfr. WALDEN, David A., "Canada's Property Export and Import Act: the experience of protecting cultural property", *op. cit.*, págs. 206-210.

particulares, de edificios destinados al culto o de colecciones privadas e incluso aquellas que no estén registradas en el país de origen.

Este instrumento es un medio más eficaz para combatir las transacciones que se efectúan en el sector privado. El Convenio establece que la parte requirente puede optar por llevar el caso ante un tribunal en el país del poseedor o en aquél donde se encuentra el objeto. En el caso de la propiedad cultural, es más común conocer el lugar donde se encuentran las piezas que la ubicación del poseedor. Comúnmente se ubican bienes cuando se ofrecen en una subasta pública o cuando terminan en manos de un marchante de arte en países con importantes mercados de arte, aún cuando no se conoce al vendedor o incluso éste no se encuentra en la misma jurisdicción. Asimismo, el Convenio combate las trabas legales que surgen una vez que una pieza se encuentra en el mercado del arte. La mayoría de los sistemas jurídicos de la familia neorromanista dificultan que el propietario de un bien robado lo recupere una vez que éste ha sido adquirido por un comprador de buena fe. Esto es así incluso cuando se trata de un objeto públicamente reconocido como robado, siempre y cuando el comprador no haya estado involucrado en el delito o que nunca haya tenido conocimiento del mismo. No es así en los sistemas del *common law*: Australia, Canadá, Nueva Zelandia y Estados Unidos tienen legislaciones que favorecen al propietario original de un bien robado.¹³⁰

¹³⁰ Cfr. SHYLLON, Folarin, "The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration", en PROTT Lyndel V. (compilador), *Witnesses to History. Documents and writings on the return of cultural objects*, *op. cit.*, p. 379.

El Convenio de UNIDROIT tiene provisiones menos estrictas en lo que respecta a los inventarios. En ese sentido se entiende por “*colección pública todo conjunto de bienes culturales inventariados o identificados de otro modo que pertenezcan a: a) un Estado contratante; b) una colectividad regional o local de un Estado contratante; c) una institución religiosa situada en un Estado contratante; o d) una institución establecida con fines esencialmente culturales, pedagógicos o científicos en un Estado contratante y reconocida en ese Estado como de interés público.*”¹³¹

La frase “identificados de otro modo” implica que cualquier otro medio de evidencia o identificación sería admisible ante una corte a fin de establecer la propiedad de un bien.

3.6. Plazos para reclamar la restitución

La Convención de la UNESCO no establece un término específico para la reclamación. Únicamente obliga a los Estados parte a “... *tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor...*”¹³² del tratado en ambos Estados y, adicionalmente, reconoce que la recuperación de bienes robados o exportados ilícitamente puede limitarse por los términos prescritos en la legislación nacional del Estado requerido.

¹³¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “*Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*”, *op. cit.*, art. 3(7)

¹³² *Ibidem*, art. 7

En cambio, el Convenio de UNIDROIT sí establece límites precisos para la reclamación de un bien, a fin de lograr un balance entre la necesidad de dotar de seguridad jurídica al comercio y la de brindar mayor protección al sujeto desposeído de sus bienes, así como al Estado de cuyo territorio se exportaron bienes culturales de forma ilícita. En ese sentido, en relación a los bienes robados:

“ (...)

3) Toda demanda de restitución deberá presentarse en un plazo de tres años a partir del momento en que el demandante haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor y, en cualquier caso, dentro de un plazo de cincuenta años desde el momento en que se produjo el robo.

4) Sin embargo, una demanda de restitución de un bien cultural que forme parte integrante de un monumento o de un lugar arqueológico identificado, o que pertenezca a una colección pública, no estará sometida a ningún plazo de prescripción distinto del plazo de tres años a partir del momento en que el demandante haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad del poseedor.

5) No obstante lo dispuesto en el párrafo precedente, todo Estado contratante podrá declarar que una demanda prescribe en un plazo de 75 años o en un plazo más largo previsto en su derecho. Una demanda, presentada en otro Estado

contratante, de restitución de un bien cultural desplazado de un monumento, de un lugar arqueológico o de una colección pública situada en un Estado contratante que haya hecho esa declaración, prescribirá en el mismo plazo.”¹³³

En relación a los bienes exportados ilícitamente:

“Toda demanda de devolución deberá presentarse dentro de un plazo de tres años a partir del momento en que el Estado requirente haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor y, en cualquier caso, en un plazo de cincuenta años a partir de la fecha de la exportación o de la fecha en la que el bien hubiese debido devolverse en virtud de la autorización a que se hace referencia en el párrafo 2 del presente artículo (autorización para la exportación temporal de un bien, en particular con fines de exposición, investigación o restauración).”¹³⁴

3.7. Consecuencias para el poseedor

El Convenio de UNIDROIT prevé la compensación por parte del Estado requirente al comprador de buena fe o al sujeto que tenga título de propiedad válido sobre el bien:

¹³³ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, *op. cit.*, art. 3.

¹³⁴ *Ibidem*, art. 5(5).

*“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan (...) a tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado (...) 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.”*¹³⁵

El Convenio de UNIDROIT también prevé la compensación para el poseedor, pero establece una serie de reglas que previenen el abuso del concepto de buena fe y establecen estándares más estrictos en la práctica jurídica internacional para identificar cuando existe tal.

En caso de propiedad robada:

- *“El poseedor de un bien cultural robado, que deba restituirlo, tendrá derecho al pago, en el momento de su restitución, de una indemnización equitativa a condición de que no supiese o hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado y de que pudiese demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición.”*¹³⁶
- *“Para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida, se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en*

¹³⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, op. cit., art. 7(b)ii).

¹³⁶ Ibidem, art. 4(1).

particular la calidad de las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de cualquier registro relativo a los bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquier otra información y documentación pertinente que hubiese podido razonablemente obtener, así como la consulta de organismos a los que podía tener acceso o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias.”¹³⁷

- *“El pago de la indemnización al poseedor por el demandante, cuando ello se exija, no menoscabará el derecho del demandante a reclamar su reembolso a otra persona”¹³⁸ y “se hará todo lo razonablemente posible para que la persona que ha transferido el bien cultural al poseedor, o cualquier otro cedente anterior, pague la indemnización cuando ello sea conforme al derecho del Estado en el que se presentó la demanda.”¹³⁹*

En lo referente a bienes ilícitamente exportados:

- *“El poseedor de un bien cultural que haya adquirido ese bien después de que éste ha sido exportado ilícitamente tendrá derecho, en el momento de su devolución, al pago por el Estado requirente de una indemnización equitativa, a condición de que el poseedor no supiese*

¹³⁷ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “*Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*”, *op. cit.*, art. 4(4).

¹³⁸ *Ibidem*, art. 4(3).

¹³⁹ *Ibidem*, art. 4(2).

o hubiese debido razonablemente saber, en el momento de la adquisición, que el bien se había exportado ilícitamente.”¹⁴⁰

- *“Para determinar si el poseedor sabía o hubiese debido razonablemente saber que el bien cultural se había exportado ilícitamente, se tendrán en cuenta las circunstancias de la adquisición, en particular la falta del certificado de exportación requerido en virtud del derecho del Estado requirente.”¹⁴¹*

Hay que tener en cuenta también que:

- Las partes pueden acordar sustituir la compensación, permitiéndole al poseedor conservar el bien o *“... transferir su propiedad, a título oneroso o gratuito, a la persona que elija, siempre que ésta resida en el Estado requirente y presente las garantías necesarias.”¹⁴²*
- *“Los gastos derivados de la devolución del bien cultural corren a cargo del Estado requirente, sin perjuicio de su derecho a hacerse reembolsar los gastos por cualquier otra persona.”¹⁴³*
- *“El poseedor no gozará de condiciones más favorables que las de la persona de la que adquirió el bien cultural por herencia o de cualquier otro modo a título gratuito.”¹⁴⁴*

¹⁴⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, op. cit., art. 6(1).

¹⁴¹ *ibidem*, art. 6(2).

¹⁴² *ibidem*, art. 6(3b).

¹⁴³ *ibidem*, art. 6(4).

¹⁴⁴ *ibidem*, art. 6(5).

Los párrafos anteriores demuestran que el concepto de buena fe, o de diligencia debida, determina si la restitución de un bien robado o ilícitamente exportado conlleva la paga de una compensación razonable para el adquirente *bona fide*. También es importante la definición que se da del concepto “diligencia debida” y el hecho de que el Convenio señale la presencia o ausencia de un certificado válido de exportación como factor determinante para conocer si se actuó de buena fe o no.

Estos dos instrumentos son las principales herramientas para la recuperación de bienes culturales. A pesar de sus deficiencias, ambos tratados encarnan los esfuerzos de la comunidad internacional para dotar al patrimonio cultural de un marco jurídico que garantice su preservación y su protección. Si bien es cierto que se han registrado significativos avances en el estado de las convenciones de los instrumentos, aún queda mucho por hacer en ese sentido. En el siguiente capítulo se analizará el caso específico de México en relación con dichos instrumentos.

4. DISCUSIÓN: MÉXICO Y LOS INSTRUMENTOS MULTILATERALES PARA LA RECUPERACIÓN DE BIENES CULTURALES.

El saqueo y el tráfico de piezas arqueológicas atentan directamente contra el patrimonio cultural de la humanidad. Los métodos destructivos que se emplean ocasionan la pérdida irremediable de valiosa información científica, mientras que el tráfico despoja a piezas arqueológicas invaluable de su esencia cultural, histórica y simbólica, convirtiéndolas en meras mercancías o curiosidades.

El Gobierno de México ha reiterado en foros internacionales, así como ante diversas autoridades extranjeras y asociaciones de marchantes de bienes culturales de diversos países, su preocupación por la participación de grupos delictivos organizados en el tráfico de bienes precolombinos de proveniencia incierta -sobre todo cuando existen indicios de que fueron sustraídos del país ilícitamente-. Resulta inaceptable la facilidad con que tales bienes circulan en el mercado internacional de antigüedades.

El Instituto Nacional de Antropología e Historia y el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, secundados por la Procuraduría General de la República, han recientemente descartado -de plano- que México se adhiera al Convenio de UNIDROIT, en virtud de que estiman que las normas relativas a indemnización de adquirentes o poseedores de buena fe resultan contrarias a la política en materia de protección del patrimonio cultural de la Nación. La “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas,

Artísticos e Históricos”, al establecer que los monumentos arqueológicos son propiedad inalienable e imprescriptible de la Nación, -en principio- impide el pago de indemnizaciones a adquirentes y/o poseedores de éstos en el extranjero. Lo anterior ha impedido que México se convierta en parte de dicho Convenio. Actualmente, la Secretaría de Relaciones Exteriores impulsa un diálogo con la Procuraduría General de la República, el Instituto Nacional de Antropología e Historia y el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura para determinar la procedencia de una reforma legislativa.

Ante este escenario, y en virtud de los retos que enfrentan los países origen de bienes culturales al intentar recuperar bienes culturales; fundamentalmente, bienes arqueológicos producto de excavaciones clandestinas, habría que estudiar la pertinencia de ajustar y ampliar el marco jurídico establecido por la Convención de UNESCO de 1970, a fin de que ésta aplique a bienes culturales producto de excavaciones clandestinas. Es decir, bienes en torno a los cuales los países de proveniencia se ven imposibilitados para ofrecer datos concretos -fecha de sustracción de su lugar de proveniencia y origen preciso-. Una posibilidad sería mediante un protocolo adicional a la Convención que permita:

- Reglamentar lo referente a los objetos arqueológicos provenientes de excavaciones clandestinas que carecen de registro alguno y, por lo tanto, se desconocen las circunstancias de su sustracción del país de proveniencia.

- Normar cuestiones relativas a la posesión de buena fe que establezcan un mecanismo que permita calificarla conforme a parámetros que ofrezcan un cierto grado de objetividad y verificación.
- Complementar las disposiciones relativas a indemnizaciones a poseedores de buena fe; antes que todo, para procurar establecer un mecanismo que permita a los Estados requirentes repetir en contra de comerciantes profesionales de bienes culturales a fin de recuperar cantidades pagadas a terceros por conceptos de indemnización.

4.1. Consideraciones para replantear la estrategia de recuperación de bienes culturales

La experiencia reciente en materia de recuperación de bienes culturales ha demostrado que la estrategia que México implementa para repatriarlos cuando se encuentran el extranjero -fundamentalmente en Europa- no ha sido la más efectiva. Aunque esta situación responde a factores diversos que generalmente dependen de las particularidades del caso, es posible identificar dos constantes que han incidido negativamente en el éxito de los procesos mexicanos:

- México se erige como legítimo propietario de todo bien arqueológico prehispánico que haya sido producido en el actual territorio del país y se encuentre en el extranjero y, en esa calidad, lo reclama.
- México se ha negado a firmar instrumentos internacionales novedosos, multilaterales y bilaterales, en materia de recuperación

de bienes culturales que consideren el pago de indemnizaciones a poseedores de buena fe, incluso en términos ventajosos para países fuente de bienes culturales.

Los resultados obtenidos hasta la fecha hacen evidente la necesidad de que se replantee la estrategia del Estado Mexicano para la recuperación de bienes culturales, siempre ajustándose a su marco legal. En ese sentido, la legislación mexicana no prevé recuperar *todos* los bienes culturales. El interés por salvaguardar el patrimonio cultural de nuestro país se encuentra plasmado en la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en su Artículo 73, que establece:

“El Congreso tiene facultad: Para (...) legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional (...).”¹⁴⁵

Esta facultad del Congreso parte de dos premisas: 1) que el bien sea conservable y 2) que su conservación sea de interés nacional. De lo anterior, se deduce que:

- Para que el Estado pueda conservar¹⁴⁶ un bien, éste debe, en principio, estar bajo su tutela. El Estado mexicano no puede

¹⁴⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, art. 73, fracc. XXV.

¹⁴⁶ Partiendo de la base que conservar no es lo mismo que preservar. Según la Real Academia Española, conservar es “mantener algo o cuidar de su permanencia”, mientras que preservar significa “proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, *op. cit.*, s.v., “conservar”, pág. 547.

conservar algo que no posee. El artículo 73 no prevé que el bien cuya conservación sea de interés nacional sea, siquiera, mexicano. El Congreso puede legislar sobre la conservación de un bien extranjero que se encuentre en su territorio.

- Es perfectamente posible que la Nación tenga interés en conservar un bien que no está bajo su tutela, lo cual se refleja, por ejemplo, en el compromiso de México en la conservación de bienes catalogados como patrimonio de la humanidad.
- El constituyente determinó que la conservación de los monumentos arqueológicos de la Nación puede o no estar en el interés nacional. El artículo 73, fracción XXV, reconoce tácitamente que existen bienes cuya conservación no es de interés nacional. Lo anterior se vio reflejado en las legislaciones en la materia anteriores a la actual que permitían la privatización de monumentos arqueológicos.

En 1972, el Ejecutivo promulgó la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas”, misma que recupera el espíritu del Constituyente:

“(…) El Instituto Nacional de Antropología e Historia, promoverá la recuperación de los monumentos arqueológicos de especial valor para la nación mexicana, que se encuentran en el extranjero.”¹⁴⁷

¹⁴⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Historia”, *op. cit.*, art. 16.

Este artículo obliga al Instituto Nacional de Antropología e Historia a promover exclusivamente -según el principio general de derecho que indica que a la autoridad, lo que no le está expresamente permitido le está implícitamente prohibido- las labores de recuperación de aquellos monumentos arqueológicos que se consideren de especial valor para la nación mexicana. Esta consideración refleja la categorización que el constituyente hizo de los monumentos arqueológicos en el artículo 73, fracción XV.

4.2. No todos los monumentos arqueológicos son propiedad de México

En México, la exportación de monumentos arqueológicos se encuentra restringida, mas no prohibida, desde 1827. En la actualidad, el artículo 27 de “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas” establece que “*Son propiedad de la Nación, inalienables e imprescriptibles, los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles*”.¹⁴⁸

Sin embargo, por principio general de derecho, ni la restricción de 1827 ni lo establecido por la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas” -que entró en vigor en 1972- tiene efectos retroactivos. Al considerar la antigüedad de los monumentos arqueológicos y la relativa novedad de la restricción de exportación, se puede suponer que existe un número incierto de piezas arqueológicas que salieron de México

¹⁴⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “*Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Historia*”, *op. cit.*, art. 27.

sin ningún impedimento legal, cuyo propietario legítimo no es el Estado mexicano.

Existe la certeza de que grandes números de bienes prehispánicos salieron del actual territorio del Estado mexicano antes siquiera de que éste existiera como tal. Este es el caso del pretendido “penacho de Moctezuma” que llegó a Europa incluso antes de la Conquista. El Gobierno de México, bajo ninguna base jurídica sólida, puede reclamar la propiedad de un bien que nunca fue de suyo. Se cree que el Penacho del México fue un obsequio de Moctezuma a Hernán Cortés, quien, a su vez, envió la prenda al Rey Carlos I de España. Hay evidencias suficientes que demuestran que el bien se exportó del actual territorio nacional durante el segundo semestre de 1519; es decir, antes de la conquista de Tenochtitlán y, más de 300 años antes de la constitución del Estado mexicano.¹⁴⁹

En cualquier caso, hasta antes de que la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas” entrara en vigor, existía la posibilidad de que un particular adquiriera la propiedad de un bien arqueológico y lo exportara con la autorización correspondiente. Tan sólo de febrero de 1916 a diciembre de 1939 la Inspección de Monumentos Artísticos e Históricos produjo alrededor de 1399 expedientes de permisos de exportación de bienes culturales, dentro de los cuales hubo un buen número de monumentos arqueológicos.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Cfr. ANDERS, Ferdinand, The treasures of Montezuma, s.n.e., Museum für Völkerkunde, Viena, 2001, p. 3.

¹⁵⁰ Cfr. HERNÁNDEZ RAMÍREZ, María, “Exportación de bienes culturales (1913-1939)”, en Discurso Visual, Centro Nacional de Investigación, Documentación e Información de Artes Plásticas, INBA, junio de 2009, www.discursovisual.cenart.gob.mx.

A continuación se transcriben fragmentos de legislación mexicana que sustentan la posibilidad de que existan bienes culturales legítimamente en manos de particulares:

- *“El material que se encuentre en las exploraciones será de la propiedad del Gobierno Nacional, permitiéndose al concesionario sacar moldes de todos los objetos descubiertos, y únicamente en el caso de que se encontraren dos o más originales iguales, se entregara un ejemplar de éstos al concesionario por el delegado del Gobierno, quien dará desde luego el correspondiente aviso a la Secretaría de Justicia.”¹⁵¹*
- *“Las antigüedades mexicanas, códices, ídolos, amuletos y demás objetos o cosas, muebles que el Ejecutivo Federal estime como interesantes para el estudio de la civilización e historia de los aborígenes y antiguos pobladores de América, y especialmente de México, no podrán ser exportados sin autorización legal.”¹⁵²*
- *“(…) las autoridades impedirán en todo caso, la exportación del territorio nacional, de los objetos a que esta ley se refiere; no autorizaran las enajenaciones de los mismos sin el previo cumplimiento de lo que establezcan esta ley y sus reglamentos, y, en general, impedirán la realización de cualesquiera actos que puedan*

¹⁵¹ “Decreto que faculta al Ejecutivo Federal para conceder permiso a personas particulares para hacer exploraciones arqueológicas”, 3 de junio 1896, art. 4, en CONSULTORÍA JURÍDICA, Compilación de Legislación en Materia de Protección al Patrimonio Cultural de la Nación, Secretaría de Relaciones Exteriores, s.n.e., México, D.F., 2010, pág. 4.

¹⁵² “Decreto por el cual los monumentos arqueológicos existentes en territorios mexicanos, son propiedad de la Nación y nadie podrá explorarlos, removerlos, ni restaurarlos, sin autorización expresa del Ejecutivo de la Unión”, 11 de mayo de 1897, art. 6, en ibidem, p. 6.

destruir, alterar o innovar, aun con pretexto de perfeccionamiento, los monumentos, edificios, decoraciones, inscripciones, blasones, esculturas o cualesquiera otros objetos de arte, estén o no incorporados a un edificio, excepción hecha de los casos en que expresamente lo permita esta ley.”¹⁵³

- *“Queda prohibido a particulares o instituciones, nacionales o extranjeras, remover o restaurar los monumentos arqueológicos y extraer de ellos los objetos que contengan. Se requiere concesión otorgada por la Secretaría de Educación Pública, para todo trabajo que tienda a descubrir monumentos arqueológicos, así como la exploración de los ya descubiertos. Si el explorador encuentra varios ejemplares arqueológicos iguales, la Secretaría de Educación Pública podrá donar al concesionario un ejemplar de cada uno de los repetidos, cuando no se juzguen útiles para los museos o instituciones nacionales o de cualquier Estado de la República.”¹⁵⁴*
- *“Los bienes arqueológicos muebles que no reúnan las características y peculiaridades especificadas en el artículo 53 de esta Ley, podrán ser objeto de actos de traslación de dominio. Para ser exportados definitivamente se requerirá la autorización previa de la Secretaría de Educación Pública”.*¹⁵⁵

¹⁵³ *“Ley sobre conservación de monumentos históricos y artísticos y bellezas naturales”, 6 de abril de 1914, art. 11, en CONSULTORÍA JURÍDICA, Compilación de Legislación en Materia de Protección al Patrimonio Cultural de la Nación, op. cit., pág. 8.*

¹⁵⁴ *“Ley sobre protección y conservación de monumentos arqueológicos e históricos, poblaciones típicas y lugares de belleza natural”, D.O.F. 19 de enero de 1934, art. 8, en CONSULTORÍA JURÍDICA, Compilación de Legislación en Materia de Protección al Patrimonio Cultural de la Nación, op. cit., pág. 46.*

¹⁵⁵ *“Ley federal del patrimonio cultural de la nación”, D.O.F. 16 de diciembre de 1970, art. 54 en CONSULTORÍA JURÍDICA, Compilación de Legislación en Materia de Protección al Patrimonio Cultural de la Nación, op. cit., pág. 73.*

- *“Previo acuerdo expreso del Secretario de Educación Pública, podrá autorizarse al permisionario o al patrocinador económico de trabajos de arqueología, se apropie de uno o más ejemplares de las piezas arqueológicas que se encuentren, siempre que hayan sido varios y no sean ejemplares raros o de excepcional valor cultural.”¹⁵⁶*
- *“Podrán autorizarse la exportación definitiva de los bienes determinados en los artículos 54, 61 y 91, cuando existan en el país, los ejemplares iguales o similares necesarios para su conocimiento y, consulta en museos, bibliotecas y demás sitios públicos o de estudio, son sujeción a los dispuesto en esta Ley.”¹⁵⁷*

Los párrafos anteriores demuestran la factibilidad de apropiación de un monumento arqueológico así como de su exportación, por parte de un particular, independientemente de las penas que pudieran aplicarse a quien violara la ley.

4.3. Pago de indemnizaciones a poseedores de buena fe

Uno de los factores que han incidido negativamente en los procesos de repatriación de monumentos arqueológicos patrimonio de la Nación ha sido la falta de instrumentos jurídicos a los cuales el Gobierno Mexicano pueda recurrir para sustentar sus solicitudes de restitución. En gran medida, esta falta se debe a la renuencia de la autoridad nacional competente en la

¹⁵⁶ ¹⁵⁶ *“Ley federal del patrimonio cultural de la nación”, D.O.F. 16 de diciembre de 1970, art. 61 en CONSULTORÍA JURÍDICA, Compilación de Legislación en Materia de Protección al Patrimonio Cultural de la Nación, op. cit., pág. 73.*

¹⁵⁷ *Ibidem*, art. 95 en *ibidem*, p. 81.

materia de firmar instrumentos internacionales que consideren el pago de indemnizaciones a terceros poseedores de buena fe, incluso cuando ésta esté calificada, como es el caso del Convenio de UNIDROIT.

A continuación se presentan algunos considerandos que detallan por qué el pago de indemnizaciones a terceros poseedores de buena fe no puede ser considerado impedimento para que México firme instrumentos internacionales en materia de recuperación de bienes culturales, partiendo de la base de que estos instrumentos podrían redundar en resultados muy positivos.

El sistema jurídico mexicano, al igual que muchos otros, protege a los poseedores de buena fe. Como heredero de la tradición jurídica romanista, la legislación mexicana reconoce la protección que brindan los Estados a los poseedores de buena fe, ya que la propia legislación nacional tutela esta condición. Al respecto, el “Código Civil Federal”, siguiendo los principios generales de derecho, presume la buena fe:

“La buena fe se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla. (...) La posesión adquirida de buena fe no pierde ese carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.”¹⁵⁸

¹⁵⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Código Civil Federal”, *op. cit.*, arts. 807 y 808.

En casos de restitución, el “Código Civil Federal” prevé pago de indemnización a un tercero poseedor de buena fe *incluso si* el bien en cuestión fuere robado.

“El poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fe que la haya adquirido en almoneda o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin reembolsar al poseedor el precio que hubiere pagado por la cosa. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor.”¹⁵⁹

4.4. *Lex loci rei sitae*

Por otra parte, México no puede desconocer el principio *lex loci rei sitae*. El derecho de propiedad sobre el bien cultural normalmente es determinado por la ley de la nueva situación y no por la ley del lugar de origen del bien. El “Código Civil Federal” reconoce este principio en su artículo 13:

“La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

(...)

III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el

¹⁵⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, “Código Civil Federal”, *op. cit.*, art. 799.

*derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;*¹⁶⁰

En los países europeos de tradición jurídica romanista se aplica este mismo principio. Por ejemplo, en el caso de Francia, el art. 2276 del Código Civil dispone:

*“En materia de muebles la posesión equivale a título. Sin embargo, aquel que ha perdido o al que le haya sido robada una cosa puede reivindicarla durante tres años, a partir del día de la pérdida o del robo, contra aquel entre cuyas manos la misma fue encontrada; reservando éste su recurso contra aquél de quien lo obtuvo”.*¹⁶¹

México no puede esperar resultados favorables a sus intereses si pretende aplicar su legislación extraterritorialmente por encima de la legislación local del país en que se encuentra el bien.

4.5. Indemnizaciones

México ya tiene una obligación internacional de pagar indemnizaciones a terceros poseedores por haber ratificado la Convención de la UNESCO de 1970 y no existe argumento jurídico válido que pudiera justificar una

¹⁶⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *“Código Civil Federal”*, *op. cit.*, art. 13.

¹⁶¹ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, 1ª ed., Oxford University Press, México, D.F., 2002, pág. 130.

conducta distinta por parte de México frente a los Estados Parte en la Convención.

“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan:

(...)

ii) a tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, 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.” ¹⁶²

Al respecto, el artículo 133 de la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” prevé que todos los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, son, junto con la propia Constitución y las leyes del Congreso que emanan de ella, la “Ley Suprema de toda la Unión.” Esto significa que los tratados internacionales se incorporan al sistema jurídico mexicano. Por lo tanto, los preceptos legales de los tratados ratificados por los Estados Unidos Mexicanos se convierten en normas internas perfectamente exigibles y tienen la misma posibilidad de ser aplicadas como cualquier otra norma del sistema jurídico nacional. Existen, incluso, tesis del pleno de la Suprema

¹⁶² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA, “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *op. cit.*, art. 7.

Corte de Justicia de la Nación que sostienen que los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes federales y locales. Por lo tanto, los preceptos legales de los tratados ratificados por el Estado Mexicano se convierten en normas internas y resultan aplicables al igual que cualquier otra norma del sistema jurídico nacional.

En ese sentido, en mayo de 1999, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una tesis en la que sostuvo que los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes federales y locales. Dicha tesis, que evidentemente puntualiza la importancia de los preceptos legales de tales instrumentos, fue sustentada con el siguiente argumento:

“(...) esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional (...).¹⁶³

Asimismo, la Suprema Corte puntualizó:

¹⁶³SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución Federal”, tesis aislada, Amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999, Unanimidad de diez votos, Novena Época, Pleno, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, pág. 46.

*“No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis (...) de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.”*¹⁶⁴

En febrero del 2007 los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutieron lo antes señalado y precisaron que *“todos los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano tienen la misma jerarquía de las denominadas ‘leyes de carácter general’”*.¹⁶⁵ En abril del 2007 la Suprema Corte emitió una tesis que, en vista de lo anterior, establece: *“los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales”*.¹⁶⁶ En este caso la Suprema Corte argumentó adicionalmente:

¹⁶⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución Federal”, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “*Tratados Internacionales, por Debajo de la Constitución*”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación: Medios y Publicaciones, México, D.F., 13 de febrero de 2007, [www.Suprema Corte de Justicia de la Nación.gob.mx/MEDIOSPUB](http://www.SupremaCorte.deJusticia.de.la.Nacion.gob.mx/MEDIOSPUB)

¹⁶⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional.”, tesis aislada, Amparo en revisión 120/2002, McCain México, S.A. de C.V., 13 de febrero de 2007, Mayoría de seis votos, Novena Época, Pleno, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXV, pág. 6.

“La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario ‘pacta sunt servanda’, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.”¹⁶⁷

¹⁶⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional, *op.cit.*, pág. 6.

En consecuencia, en el sistema jurídico mexicano los tratados son jerárquicamente superiores a toda Ley Suprema excepto por la Constitución Política. En ese sentido, México está obligado a pagar indemnizaciones a poseedores de buena fe, según la Convención de la UNESCO.

4.6. Propuesta de curso de acción en caso de encontrar un monumento arqueológico en el extranjero

A continuación se propone un curso de acción a seguir en caso de que se encuentre un monumento arqueológico en el extranjero, de modo que el Instituto Nacional de Antropología e Historia pueda cumplir eficazmente con el mandato que la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas” le confiere y sus objetivos según su Ley Orgánica.

Este curso de acción parte de la premisa de que no todos los monumentos arqueológicos son de especial valor y de que no todos los monumentos arqueológicos fruto de sociedades que se establecieron en el territorio mexicano, son propiedad del Estado mexicano.

De lo anterior surgen las siguientes reflexiones:

¿Es el objeto un monumento arqueológico de especial valor?

El Instituto Nacional de Antropología e Historia, con fundamento en el artículo 16 de la “Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas”, determinará si el objeto es o no, de especial valor.

- No es de especial valor; no se inicia procedimiento de repatriación. Esto no nulifica el hecho de que se puede ejercer presión mediática, por ejemplo, para desincentivar la comercialización de bienes culturales.
- Sí es de especial valor; se inicia procedimiento de repatriación, reincorporación o incorporación.

¿Tiene México elementos probatorios para acreditar que el bien es propiedad de la Nación?

- Sí; se analizan los medios al alcance para reintegrarlo al patrimonio de la Nación y, de ser el caso, se presentan los elementos probatorios ante la autoridad nacional competente en la materia.
- No; se debe analizar la posibilidad de adquirir el bien mediante negociación con el poseedor o propietario.

4.7. Estructura de un posible protocolo adicional a la Convención de la UNESCO de 1970

Como se menciona a lo largo de esta tesis, la Convención de la UNESCO aplica únicamente a objetos clasificados como patrimonio cultural por las autoridades del país signatario. De esta forma se deja sin protección a un enorme número de bienes que aún no han sido descubiertos. La imposibilidad de conocer todo lo que se encuentra en el subsuelo impide la elaboración de un inventario nacional. En ese sentido, se podría considerar

la elaboración de un protocolo adicional a la Convención que extienda la protección de ésta a los bienes no inventariados. Es decir, aquellos provenientes de excavaciones ilícitas.

A continuación se presentan algunos elementos que podrían incluirse en la elaboración de dicho protocolo.

4.7.1. Preámbulo

En un posible preámbulo resultaría conveniente hacer referencia a la prerrogativa soberana de los Estados de establecerse como legítimos propietarios de toda una categoría determinada de bienes culturales, aún cuando estos no hayan -de hecho- ejercido poder sobre los mismos o no hayan tenido conocimiento previo de su existencia. Un buen punto de partida para la redacción del texto podría ser la sustancia del proyecto de resolución “Prevención del tráfico de bienes culturales y protección y cooperación internacional para combatirlo” aprobado durante el 19° periodo de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en el marco del “Debate temático sobre la protección contra el tráfico ilícito de bienes culturales”. A continuación se citan algunos puntos a destacar de dicho documento:

- *“Deseando sensibilizar a todos los Estados acerca del carácter clandestino de la sustracción y el saqueo de los bienes culturales, lo que impide demostrar las circunstancias, el lugar,*

*la hora y el modo en que se habría procedido al robo, y reconociendo a este respecto la importancia de ofrecer la más amplia cooperación internacional, teniendo en cuenta la naturaleza de los instrumentos internacionales de protección contra el tráfico de bienes culturales.*¹⁶⁸

- *“Insta a los Estados Miembros y a las instituciones pertinentes, en su caso, a que refuercen y apliquen plenamente medidas y mecanismos para impedir la transferencia de la propiedad de los bienes culturales adquiridos u obtenidos ilícitamente y para fortalecer la cooperación internacional, incluida la asistencia judicial recíproca, a fin de combatir el tráfico de bienes culturales, incluso el cometido utilizando Internet, y facilitar la recuperación y devolución o restitución de esos bienes.”*¹⁶⁹
- *“Invita a los Estados Miembros a que revisen sus marcos jurídicos a fin de poder ofrecer la más amplia cooperación para la efectiva protección de bienes culturales obtenidos mediante actividades clandestinas, que impiden que los países de origen puedan aportar oportunamente datos concretos relacionados con su obtención y exportación ilícitas y sobre la posible comisión de delitos conexos, y que además dificultan la*

¹⁶⁸ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Prevención del tráfico de bienes culturales y protección y cooperación internacional para combatirlo. Proyecto de resolución.”, preámbulo, Documento E/CN.15/2010/L.10, Viena, Austria, 14 de mayo de 2010, www.unodc.org.

¹⁶⁹ Ibidem, párrafo operativo 4.

*preparación de registros exhaustivos y actualizados de tales bienes.*¹⁷⁰

4.7.2. Articulado

En virtud de las circunstancias que los Estados fuente enfrentan hoy en día, se considera que -en todo caso- el protocolo debería, por lo menos, incluir disposiciones relativas a:

- Objetos arqueológicos provenientes de excavaciones clandestinas. Idealmente, el protocolo debería incluir normas que se refieran explícitamente a bienes producto de excavaciones clandestinas y a la obligación preliminar de restituirlos. Esto es, bienes que carecen de inventario según requiere el artículo 7 de la Convención de la UNESCO. Se destaca que el Convenio de UNIDROIT ofrece un marco referencial que podría facilitar establecer las fórmulas de las normas pertinentes. En efecto, los artículos 1 y 3 de dicho instrumento establecen:
 - El Convenio aplica a las demandas de carácter internacional de restitución de bienes culturales robados.

¹⁷⁰ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “*Prevención del tráfico de bienes culturales y protección y cooperación internacional para combatirlo. Proyecto de resolución.*”, *op. cit.*, párrafo operativo 6.

- El poseedor de un bien cultural robado *deberá restituirlo.*
- Se considera robado un bien cultural obtenido de una excavación ilícita.¹⁷¹

- Posesión de buena fe e indemnizaciones. En relación a las indemnizaciones, toda iniciativa para ajustar el marco de la Convención UNESCO de 1970 debería idealmente prever que quien transfiere un bien cultural producto de excavaciones clandestinas sea quien, en primera instancia, pague la indemnización correspondiente al adquirente de buena fe. En su defecto, debería conferirse al Estado requirente la prerrogativa de repetir en contra de quien ha transferido la propiedad del bien cultural o de un tercero para obtener el reembolso de la cantidad erogada por concepto de indemnización. De nuevo, los párrafos dos y tres del artículo 4 del Convenio de UNIDROIT de 1995 ofrecen una base para el análisis del punto y el desarrollo de posibles trabajos al respecto:

“ (...)

2) *Sin perjuicio del derecho del poseedor a la indemnización prevista en el párrafo precedente, se*

¹⁷¹ Cfr. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, *op. cit.*, arts. 1 y 3.

hará todo lo razonablemente posible para que la persona que ha transferido el bien cultural al poseedor, o cualquier otro cedente anterior, pague la indemnización cuando ello sea conforme al derecho del Estado en el que se presentó la demanda.

3) El pago de la indemnización al poseedor por el demandante, cuando ello se exija, no menoscabará el derecho del demandante a reclamar su reembolso a otra persona.

(...)¹⁷²

En virtud de lo antes señalado se estima que el resultado de un proceso para ampliar el marco de la Convención de UNESCO de 1970 probablemente sería, en última instancia, similar a lo que el Convenio de UNIDROIT de 1995 establece actualmente, instrumento del cual, a diferencia de Ecuador -además de Argentina, Bolivia, Brasil, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay y Perú-, México no es Estado Parte.

¹⁷² INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”, *op. cit.*, art. 4.

CONCLUSIONES

1. Como se expone en el primer capítulo de esta tesis, se ha observado un cambio progresivo en la relación entre países origen y países destino. La importancia del prestigio, en una era en la que la opinión pública es el único súper poder que prevalece, obliga a los Estados a procurar una moral pública sana. Esto brinda un espacio fecundo para que personas físicas y jurídicas presenten demandas de restitución, reclamando así bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Los esfuerzos internacionales que se han llevado a cabo para crear un marco jurídico internacional uniforme que brinde protección efectiva al patrimonio cultural y que a la vez ofrezca medios eficaces para la recuperación de bienes culturales, han propiciado el diálogo entre las partes involucradas. Esto, en sí, es ya un logro importante.

Se reconoce internacionalmente que el saqueo y tráfico de objetos arqueológicos atentan contra la cultura de las naciones y de la humanidad. El saqueo, al ocasionar que un artefacto sea extraído del lugar en el que se encuentra, sin un fin legítimo de investigación y según un protocolo adecuado, es uno de los principales enemigos de la arqueología moderna ya que impide la integración y difusión de conocimiento acerca de pueblos antiguos. Asimismo, debido al uso de métodos destructivos, ocasiona la pérdida irremediable de valiosa

información relativa al desarrollo de la humanidad. El tráfico, además de involucrar a la delincuencia organizada transnacional, despoja a objetos arqueológicos invaluable de su esencia cultural, histórica y simbólica, convirtiéndolos en simples mercancías o curiosidades.

2. Después de una larga evolución histórica, en el siglo XX se concretaron los esfuerzos de la comunidad internacional, encaminados a la protección del patrimonio cultural, en la redacción de dos instrumentos fundamentales: la “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales” de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y el “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente”.

El patrimonio cultural se estima actualmente como un interés común de la humanidad. Dicho interés ha evolucionado considerablemente a lo largo del último siglo, desde los primeros esfuerzos por preservar bienes culturales durante conflictos armados, expandiéndose a la protección de obras de arte y piezas arqueológicas en tiempos de paz hasta llegar a resguardar a los propios individuos que crean y recrean esas culturas –la herencia viva-, culminando así en el último eslabón del interés internacional por la protección del patrimonio cultural: la protección del patrimonio cultural inmaterial.

3. La creciente influencia de la “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales” de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y del “Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente” en la redacción de leyes nacionales en la materia se presenta como otro avance significativo en el camino hacia la protección del patrimonio cultural.

En los últimos años han entrado en juego otros valores que incluyen la protección del patrimonio natural, relacionado con cuestiones ambientales y de mitigación del cambio climático o el respeto a la dignidad humana y los derechos humanos de individuos y comunidades, particularmente aquellos de comunidades indígenas y otras minorías.

La última década ha sido testigo de la creación de nuevos instrumentos de *soft law* que dotan al mundo del arte de guías relativas a la práctica y la conducta ética. Aunque sus efectos jurídicos son limitados, no hay que perder de vista el mérito de dichos instrumentos. Su cumplimiento puede respaldar una defensa basada en la buena fe o los derechos a compensación fundados en el principio de diligencia debida.

En general, se puede apreciar una tendencia global hacia el establecimiento de un régimen más incluyente para la protección y preservación del patrimonio cultural, expresado en los distintos instrumentos de Derecho Internacional y basado en una noción internacionalista del concepto de cultura. Se trata de un fenómeno nuevo que reconoce el interés de todos los Estados por la preservación y el gozo de los bienes culturales, donde sea que estos se encuentren y sin tomar en cuenta su procedencia geográfica o cultural. Esta novedosa visión se enfrenta a la noción nacionalista de que la propiedad cultural es parte del patrimonio cultural de la nación en la que se descubra o de la nación que alberga los descendientes de sus creadores. Esta es una tesis, basada en el concepto de soberanía nacional, que comparten la mayoría de los países origen, México entre ellos.

El debate en torno a estas dos posturas y la uniformidad que se logre alcanzar en las negociaciones continuarán definiendo el carácter y el alcance de los instrumentos jurídicos internacionales para la recuperación de bienes culturales en el siglo XXI.

4. En lo que se refiere al caso de México, el marco legal - Constitución Política, legislación nacional y compromisos internacionales- no obligan al gobierno a restituir o incorporar al patrimonio de la Nación todos los bienes que hayan salido del mismo. El Estado mexicano no es propietario de todo bien arqueológico

prehispánico que haya sido producido en el actual territorio del país. De hecho, criterios jurisprudenciales mexicanos han reconocido la posibilidad de que un monumento arqueológico sea propiedad legítima de un particular.

El sistema jurídico mexicano, el derecho extranjero y el derecho internacional, como reflejo de los principios generales de derecho, son muy claros en cuanto a la presunción de la buena fe y a los derechos del poseedor de buena fe. En ese sentido, no se debe entender el pago de indemnizaciones como la “compra” del patrimonio de la Nación. En todo caso, la indemnización se paga por concepto de “reintegración” de un bien al patrimonio de la Nación que se sustrajo, legal o ilegalmente. La indemnización, en los sistemas jurídicos romanistas, es un derecho que tiene el poseedor de buena fe de un bien cuya posesión no se transfirió legítimamente al momento de cumplir con su obligación de restituirlo. Este derecho no está sujeto a consideraciones por parte del recuperante.

CONSIDERACIONES FINALES HERENCIA CULTURAL COMÚN, PATRIMONIO COMPARTIDO.

Es muy probable que si no hubiera sido por la curiosidad del arqueólogo francés Abbé Henri Breuil y del diplomático del mismo país, René Neuville, la figura de los Amantes de Ain Sakhri no se exhibiría ni Londres. Ni en cualquier otra parte del mundo. En 1933 ambos visitaron un pequeño museo en Belén. Neuville escribió:

*“Towards the end of our visit, I was shown a wooden casket containing various items from the surrounding areas, of which none, apart from this statuette, was of any value. I realized immediately the particular significance of the design involved and asked the source of these objects. I was told that they had been brought by a Bedouin who was returning from Bethlehem towards the Dead Sea.”*¹⁷³

Esta fascinación de las grandes potencias imperialistas por culturas y civilizaciones antiguas ha cultivado y fortalecido la noción de un patrimonio cultural que pertenece a la humanidad en su conjunto, no a un país en particular. La “Declaración de la Importancia y el Valor de los Museos Universales” de 2002, firmada por 18 de los museos y galerías más

¹⁷³ Cfr. MACGREGOR Neil, *A history of the world in a hundred objects*, *op. cit*, pág. 35. Traducción de la cita: “Hacia el final de nuestra visita me mostraron un cajón con objetos provenientes de los alrededores, de los cuales ninguno era de valor, aparte de esta estatuilla. Inmediatamente me di cuenta del particular significado de su diseño y pregunté por el origen de estos objetos. Me dijeron que un beduino los había traído a su regreso de Belén hacia el Mar Rojo.” (trad. I. Ramírez).

importantes del mundo,¹⁷⁴ retoma esta idea al señalar que la comunidad internacional de museos se suma a los esfuerzos por erradicar el tráfico ilícito de bienes culturales, sin embargo, reconoce que los objetos adquiridos en otras épocas deben apreciarse dentro de un contexto de valores y sentimientos distintos, puesto que se obtuvieron bajo circunstancias que, según la Declaración, no deberían compararse con las actuales.

La admiración que prevalece por las antiguas civilizaciones se debe en gran medida a la influencia que han tenido estas piezas en las culturas de los países que las albergan, donde público de todos los rincones del mundo las ha podido admirar, dotándolas de un gran significado para la humanidad en su conjunto. La inclusión de estas piezas en colecciones “universales” ha mantenido vivo el aprecio y la valoración por esas culturas ancestrales como un símbolo del pasado común de la humanidad.

Con el paso del tiempo, ciertos bienes culturales, que ingresaron a las colecciones de los principales museos europeos hace siglos, han sido testigos de la historia de las naciones que las albergan, formando así

¹⁷⁴*The Art Institute of Chicago*; Museo Nacional Bávaro (*Alte Pinakothek, Neue Pinakothek*); *Staatliche Museen zu Berlin* (*Alte Nationalgalerie, Altes Museum, Bode-Museum, Friedrichswerdersche Kirche, Gemäldegalerie, Hamburger Bahnhof - Museum für Gegenwart, Art Library, Museum of Decorative Arts, Kupferstichkabinett, Dahlem Museums, Museum Berggruen, Museum of Photography, Neues Museum, New National Gallery, Pergamonmuseum, Collection Scharf-Gerstenberg, Köpenick Palace, Sonderausstellungshallen Kulturforum*); *Cleveland Museum of Art*; J. Paul Getty Museum, Los Ángeles; Solomon R. Guggenheim Museum, Nueva York; *Los Angeles County Museum of Art*; *Musée du Louvre*, París; *The Metropolitan Museum of Art*, Nueva York; *The Museum of Fine Arts*, Boston; *The Museum of Modern Art*, Nueva York; *Opificio delle Pietre Dure*, Florencia; *Philadelphia Museum of Art*; Museo del Prado, Madrid; *Rijksmuseum*, Ámsterdam; *State Hermitage Museum*, San Petersburgo; Museo Thyssen-Bornemisza, Madrid.

también parte de su patrimonio cultural. Un buen ejemplo lo ofrece una de las piezas arqueológicas más celebres del mundo.

La Piedra de Rossetta se irguió en el año 196 a.C. en conmemoración del primer aniversario de la coronación de Tolomeo V. En ella se reproduce el mismo texto en tres idiomas distintos: griego clásico, egipcio demótico y en el lenguaje propio de la clase sacerdotal con su elaborada escritura jeroglífica. Se trata de un decreto donde se declara al regente como “dios viviente” y se incluyen suntuosos privilegios fiscales a favor de la clase sacerdotal egipcia. Durante más de dos mil años no se prestó mayor atención a la pieza. Sobrevivió la ocupación romana, bizantina, persa, árabe musulmana y otomana hasta que finalmente, en 1799 arribó el ejército francés comandado por Napoleón, acompañado de académicos y estudiosos que, al encontrar la loza, supieron que se hallaban ante un gran descubrimiento que, eventualmente, los llevaría a descifrar los jeroglíficos que durante tanto tiempo habían intrigado a los arqueólogos europeos.¹⁷⁵

Francia se apoderó de la Piedra como trofeo de guerra. Sin embargo, la pieza nunca llegó a París. El capitán Nelson venció a Napoleón en 1801 y el “Tratado de Alejandría”, firmado por los generales de los ejércitos británico, francés y egipcio, previó la entrega de antigüedades, entre las que se encontraba la Piedra de Rosetta. En este contexto histórico se incluyó un cuarto idioma en la Piedra: en uno de los costados, cincelada en inglés, se

¹⁷⁵ Cfr. MACGREGOR Neil, A history of the world in a hundred objects, *op. cit.*, pág. 143.

puede leer la siguiente frase: "*Captured by the British Army in 1801. Presented by King George III*".¹⁷⁶

Mientras que la inscripción frontal es evidencia histórica del primer imperio europeo en África y las conquistas de Alejandro Magno, el redescubrimiento de la *Rosetta Stone* y la inscripción del costado atestiguan otro capítulo de la historia europea: la tradicional rivalidad entre Francia y Gran Bretaña. ¿No es entonces también esta pieza parte del patrimonio cultural e histórico de este último país?

* * *

¹⁷⁶ Cfr. MACGREGOR Neil, *A history of the world in a hundred objects*, *op. cit.*, pág. 143. Traducción de la cita: "Capturada por el Ejército Británico. Obsequio del Rey Jorge III". (trad. I.Ramírez)

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ANDERS, Ferdinand, The treasures of Montezuma, s.n.e., Museum für Völkerkunde, Viena, Austria, 2001.

CARDUCCI, Guido, La restitution internationale des bien culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés: Droit commun, Directive CEE, Conventions de l'Unesco et d'Unidroit, 1ª ed., L.G.D.J., Paris, Francia, 1997.

CONSULTORÍA JURÍDICA, Compilación de Legislación en Materia de Protección al Patrimonio Cultural de la Nación, Secretaría de Relaciones Exteriores, s.n.e., México, D.F., 2010.

CRUZ BARNEY, Oscar, Historia del derecho en México, 2ª ed., Oxford University Press, México, D.F., 2007.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, Garantías del gobernado, 2ª ed., Editorial Alma, México, D.F., 2005.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2008.

LÓPEZ BASSOLS, Hermilio, Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka, El futuro del sistema jurídico nacional e internacional del patrimonio cultural, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2003.

- LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka, Los Monumentos Históricos Arqueológicos. Patrimonio de la Humanidad en el Derecho Internacional, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2001
- MACGREGOR Neil, A history of the world in a hundred objects, Penguin, Londres, Reino Unido, 2010.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., Derecho Administrativo, 3er. y 4o. cursos, 3ª ed., Oxford University Press, México, D.F., 2001.
- O'KEEFE, Patrick J., Commentary on the 1970 UNESCO Convention, 2a. ed., Institute of Art and Law, Crickadarn, Reino Unido, 2007.
- PROTT, Lyndel V., Commentary on the UNIDROIT Convention, 1a. ed, Institute of Art and Law, Leicester, Reino Unido, 1997
- PROTT Lyndel V. (compilador), Witnesses to History. Documents and writings on the return of cultural objects, UNESCO, Paris, Francia 2009
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 21ª ed., Espasa, Madrid, España, 1992.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, tomo III, bienes, derechos reales y posesión, Editorial Porrúa, México, 1981.
- SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, Economía, trad. María Guadalupe Cevallos Almada, *et al.*, 18ª ed., McGraw-Hill, México, D.F., 2008.
- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge (editor), The impact of uniform law on national law. Limits and possibilities, s.n.e. , International Academy of Comparative Law, México, D.F. 2010.

SCHRAGE, Eltjo J.H., Die Regeln der Kunst, Juristische Abenteuer um Kunst und Kultur, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 2009.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, Derecho Internacional Público, 21ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, Introducción al Derecho Comparado, 1ª ed., Oxford University Press, México, D.F, 2002.

HEMEROGRAFÍA

EDITORIAL, “*Símbolo de la barbarie*”, El País, Madrid, España, 22 de diciembre de 2009.

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, María, “Exportación de bienes culturales (1913-1939)”, en Discurso Visual, Centro Nacional de Investigación, Documentación e Información de Artes Plásticas, INBA, junio de 2009.

HONAN, William H., “*Lately, More Antiquities Can Go Home Again*”, en The New York Times, Nueva York, Estados Unidos de América, 25 de enero de 1993.

JUNQUERA, Natalia, “*No seguiremos buscando*”, en El País, Madrid, España, 18 de diciembre de 2010.

MONICA, Olivier, “*The UNIDROIT Convention: attempting to regulate the international trade and traffic of cultural property*”, en Golden Gate University Law Review, Golden Gate University School of Law, San Francisco, Estados Unidos de América, n. 627, 1996

- SÁNCHEZ CORDERO, Jorge “*El espectro de la censura*”, en Proceso, México, D.F., 2010, núm. 1741
- SHINN, John P. “*A new world order for cultural property: addressing the failure of the international and domestic regulation of the international art market*”, en Santa Clara Law Review, Santa Clara University School of Law, Santa Clara, Estados Unidos de América, n. 34, 1994.
- UNIDROIT, Secretariado de, “*Convention d’UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés: rapport explicatif*,” en Revue de Droit Uniforme, International Institute for the Unification of Private Law, Roma, Italia, n. 3, 2001.
- WALDEN, David A., “*Canada’s Property Export and Import Act: the experience of protecting cultural property*”, en University of British Columbia Law Review, UBC Faculty of Law, Vancouver, Canadá, n. 203, 1995.

LEYES, TRATADOS Y JURISPRUDENCIA

INTERNACIONALES

- “*Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural*”, Paris, 16 de noviembre de 1972, D.O.F. 23 de enero de 1984.
- “*Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*”, Paris, 14 de noviembre de 1970, D.O.F. 4 de marzo de 1973.
- “*Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*”, Roma, 24 de junio de 1995. S.R.

EXTRANJEROS

“Código Civil”, Real Decreto, 24 de julio de 1889, Madrid, España.

“Cultural Property Export and Import Act”, Ottawa, Canadá, 1985.

“Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer”, Berna, Suiza,
20 de junio de 2003.

“Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura”, en:
Boletín Oficial del Estado, núm. 310. 22296, Madrid, España, 2007

NACIONALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3ª ed., Suprema
Corte de Justicia de la Nación, México, D.F., 2008.

“Código Civil Federal”, D.O.F., México, D.F., 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31
de agosto de 1928.

*“Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e
Historia”*, D.O.F. 6 de mayo de 1972.

“Ley General de Bienes Nacionales”, D.O.F. 20 de mayo de 2004.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución Federal”, tesis aislada, Amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999, Unanimidad

de diez votos, Novena Época, Pleno, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Tratados internacionales. Son parte integrante de la Ley Suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional.”, tesis aislada, Amparo en revisión 120/2002, McCain México, S.A. de C.V., 13 de febrero de 2007, Mayoría de seis votos, Novena Época, Pleno, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXV

SITIOS DE INTERNET

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN,
www.diputados.gob.mx.

DEPARTMENT OF JUSTICE (Canadá), www.laws.justice.gc.ca

GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA,
<http://civil.udg.edu/>.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO
PRIVADO “www.unidroit.org.”

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO
www.unodc.org.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA
CIENCIA Y LA CULTURA www.unesco.org.

SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT, www.admin.ch

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, www.scjn.gob.mx

* * *