Derecho internacional privado y bienes culturales

Una aproximación en perspectiva latinoamericana

María Julia OCHOA JIMÉNEZ

Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y BIENES CULTURALES

Una aproximación en perspectiva latinoamericana

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 923

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Rosa María González Olivares
Formación en computadora

Óscar Martínez González
Apoyo editorial

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

MARÍA JULIA OCHOA JIMÉNEZ

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y BIENES CULTURALES

Una aproximación en perspectiva latinoamericana

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2021

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 6 de agosto de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-4695-4

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 1

I. La relación entre derecho internacional privado y bienes culturales 1
II. La situación en América Latina 5
III. Planteamiento del problema 6
IV. Algunas aclaraciones sobre términos usuales 12
V. Estructura del libro 14

PRIMERA PARTE
CUESTIONES CONCEPTUALES PRELIMINARES

CAPÍTULO PRIMERO. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN POCAS PALABRAS 21

I. De qué se ocupa el derecho internacional privado 21
II. Perspectiva conflictual 24
III. Perspectiva material 29
IV. Breve balance 30

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1970 AL CONVENIO DE UNIDROIT DE 1995 31

I. Convención de la Unesco de 1970 31
II. Convenio de Unidroit de 1995 38
III. Breve balance 42

Segunda parte
CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Capítulo tercero. Competencia de los tribunales del país donde se encuentran los bienes 47
I. La calificación como punto de partida 47
II. Por qué la regla *forum rei sitae* 50
III. La regla *forum rei sitae* en América Latina 53
IV. La regla *forum rei sitae* más allá de América Latina: el ámbito europeo 55
V. Breve balance 58

Capítulo cuarto. La regla *forum rei sitae* y los bienes culturales 59
I. La regla *forum rei sitae* en el Convenio de Unidroit de 1995 60
II. La regla *forum rei sitae* en el Reglamento (UE) 1215/2012 75
III. Breve balance 79

Capítulo quinto. Competencia de los tribunales del país de origen de los bienes culturales 81
I. Planteamiento de Erik Jayme 82
II. Planteamiento de Gerte Reichelt 83
III. Breve balance 86

Capítulo sexto. Otros temas relevantes en relación con los conflictos de jurisdicción 89
I. Prescripción de las acciones 89
II. Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución 91

Tercera parte
CONFLICTOS DE LEYES

Capítulo séptimo. Aplicación de las normas del país donde se encuentran los bienes 103
I. Por qué la regla *lex rei sitae* 103
II. La regla *lex rei sitae* en América Latina 107

III. Conflicto móvil y derechos adquiridos 114
IV. Bienes en tránsito 116
V. La regla *lex rei sitae* más allá del ámbito latinoamericano 117
VI. Breve balance 118

CAPÍTULO OCTAVO. MECANISMOS QUE PERMITEN "ESCAPAR" DE LA REGLA *LEX REI SITAE* 119
I. Cláusulas de escape 119
II. El ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha 123
III. Autonomía de la voluntad 127

CAPÍTULO NOVENO. ORDEN PÚBLICO Y BIENES CULTURALES 133
I. El orden público: dos dimensiones 133
II. Orden público en el sentido del derecho internacional público (dimensión internacional) 137
III. Orden público en el sentido del derecho internacional privado (dimensión interna) 141

CAPÍTULO DÉCIMO. APLICACIÓN DE LAS LEYES DEL PAÍS DE ORIGEN DE LOS BIENES CULTURALES 145
I. Resolución de 1991 del Instituto de Derecho Internacional 146
II. Planteamientos doctrinarios 147
III. Breve balance 155

CAPÍTULO UNDÉCIMO. NORMAS QUE CONTIENEN LA REGLA *LEX ORIGINIS* PARA BIENES CULTURALES 157
I. Nivel regional (Unión Europea) 157
II. Nivel nacional 160
III. Breve balance 166

CUARTA PARTE
NORMAS, CASOS Y PROPUESTA EN PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO. EL DERECHO LATINOAMERICANO EN MATERIA DE BIENES CULTURALES 169
I. Propiedad del Estado 170

II. Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad 175
III. Prohibición de exportación 179
IV. El derecho latinoamericano en cuanto derecho extranjero aplicable 189

CAPÍTULO DECIMOTERCERO. CASOS RELATIVOS A BIENES CULTURALES LATINOAMERICANOS 199

I. Repubblica dell'Ecuador contro Danusso 200
II. United States *v.* Hollinshead. 204
III. United States *v.* McClain 206
IV. Peru *v.* Johnson 209
V. United States *v.* Pre-Columbian Artifacts and the Republic of Guatemala. 212
VI. Textiles de Coroma. 214
VII. Machu Picchu. 218

CAPÍTULO DECIMOCUARTO. NORMAS RELATIVAS A BIENES CULTURALES ORIGINARIOS DE PUEBLOS INDÍGENAS 223

I. Los bienes culturales originarios de pueblos indígenas en normas aplicables en América Latina 225
II. Derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con sus bienes culturales 235

CAPÍTULO DECIMOQUINTO. UNA PROPUESTA EN PERSPECTIVA LATINOAMERICANA 239

I. Los Estados latinoamericanos en cuanto Estados de origen 239
II. Planteamiento considerando los bienes culturales originarios de pueblos indígenas 244
III. Situación en América Latina 252
IV. Territorialismo y bienes culturales indígenas 258
V. Propuesta normativa 259
VI. Breve balance 264

CONCLUSIONES Y BALANCE GENERAL 267

I. Derecho internacional privado: necesidad y utilidad de sus aproximaciones y herramientas. 267

II. Un cambio con significación: del lugar de ubicación al lugar de origen 268
III. Bienes culturales indígenas: repensar el origen y atender a una deuda pendiente 269
IV. Mirando hacia adelante: retos y algunas cuestiones abiertas 269

Anexo 271

Fuentes de información 283

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

INTRODUCCIÓN

I. La relación entre derecho internacional privado y bienes culturales

Este libro[1] trata sobre la relación entre la protección de los bienes culturales y el derecho internacional privado, particularmente en lo que respecta a la posibilidad de repatriación o restitución internacional de estos bienes. La necesidad de ocuparse de la repatriación o restitución internacional de los bienes culturales es justificada usualmente a partir de las dimensiones monetarias que ha alcanzado su tráfico ilícito. Se ha afirmado que el tráfico ilícito de bienes culturales a nivel mundial ocupa el tercer lugar después del tráfico ilícito de armas y de drogas,[2] y que puede llegar a representar 10,000 millones de dólares estadounidenses al año.[3] Estas estimaciones, sin embargo, no son unánimes, y se ha considerado que no pueden ser más que conjeturas,[4]

[1] Resultado de un proyecto de investigación financiado por la Universidad de Antioquia y por el *Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht*. El libro fue parcialmente escrito en la Biblioteca del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo. La autora agradece especialmente al profesor doctor Volker Wiese por haberla alentado a escribir este libro.

[2] Al respecto se puede consultar: Askerud, P. y Clément, É. (1997), *Preventing the Illicit Traffic in Cultural Property, A Resource Handbook for the Implementation of the 1970 UNESCO Convention*, París, Unesco Cultural Patrimony Division, p. 7; Brodie, N., Doole, J. y Watson, P. (2000), *Stealing History: The Illicit Trade in Cultural Material*, Londres, ICOM UK, Museums Association, p. 16; Waring, J. (2005), "Underground Debates: The Fundamental Differences of Opinion that Thwart UNESCO's Progress on Fighting the Illicit Trade in Cultural Property", *Emory International Law Review*, 19, 227-304, p. 234; Ochoa Jiménez, M. J. (2011), *Der Schutz materieller Kulturgüter in Lateinamerika: universelles, regionales und nationales Recht*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, p. 22. Véase también, Elmenhorst, L. y Wiese, V. (2018), *KGSG – Kulturgüterschutzgesetz, Kommentar*, Múnich, C. H. Beck, pp. 2 y 3.

[3] Symeonides, S. (2005), "A Conflict-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38, 1177-1198, p. 1178; Moore, J. (1988), "Enforcing Foreign Ownership Claims in the Antiquities Market", *Yale Law Journal*, 97, pp. 466-487.

[4] Symeonides, S. (2005), *A Conflict-of-Law Rule…, cit.*, p. 1178; Elmenhorst, L. y Wiese, V. (2018), *KGSG – Kulturgüterschutzgesetz..., cit.*, pp. 2 y 3. También se puede consultar: Durney, M. (2013), "Reevaluating Art Crime's Famous Figures", *International Journal of Cultural Property*, 20(2), 221-232.

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

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

razón por la cual actualmente se realizan estudios movidos por la necesidad de establecer cifras confiables.[5]

No obstante, existen estimaciones ya bastante preocupantes en cuanto a la magnitud de las consecuencias de la extracción ilícita de bienes culturales de sus lugares de origen. En el caso latinoamericano, se ha indicado, en general, que solamente en México más de 10,000 sitios arqueológicos prehispánicos fueron saqueados entre 1999 y 2006.[6] Las piezas saqueadas pasan a alimentar el mercado internacional, al que también llegan piezas no auténticas. En el caso español, por ejemplo, se ha indicado que la venta, controlada por carteles del narcotráfico, de falsificaciones de piezas prehispánicas, por cada una de las cuales se paga entre 150 y 5,000 euros, representa más del 90% del mercado nacional de este tipo de piezas, cifra que asciende a 99% en el mercado *on-line*.[7] Tomando esto en cuenta, no parece acertado hacer depender de la existencia de cifras exactas las acciones para controlar el tráfico ilícito de esta clase de bienes.

Más allá de las estimaciones numéricas o monetarias del saqueo y tráfico ilícito de bienes culturales, la importancia del tema es incuestionable dado el valor cultural e histórico de estos bienes. El movimiento internacional de bienes culturales tiene ciertamente ventajas, pues facilita la transferencia de ideas entre culturas, lo que es vital para el desarrollo intelectual y espiritual de la humanidad. Sin embargo, las desventajas que conlleva su movimiento descontrolado e ilícito son enormes.[8] El empobrecimiento cultural que esto puede acarrear ha hecho que se plantee que el saqueo

[5] En Alemania, esto está siendo hecho por la Stiftung Preussischer Kulturbesitz (SPK), institución que fue creada para preservar y enriquecer las colecciones pertenecientes al antiguo Estado de Prusia, y tiene a su cargo diecinueve museos y colecciones de objetos culturales (*https://www.smb.museum/en/about-us/profile.html* [29/11/2019]). El Proyecto ILLICID es realizado por la SPK, junto con el Fraunhofer-Institut für Sichere Informationstechnologie y el Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften. Véase Elmenhorst, L. y Wiese, V. (2018), *KGSG – Kulturgüterschutzgesetz..., cit.*, p. 3. Más información disponible en: *https://www.smb.museum/en/whats-new/detail/nationales-forschungsprojekt-illicid-will-illegalen-handel-mit-kulturgut-in-deutschland-untersuchen.html* (29/11/2019).

[6] Bokova, I. (2013), "Poner coto al tráfico ilícito de bienes culturales", en Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos* (pp. 1-18), México, UNAM, p. 3.

[7] Se ha indicado además que "las mafias que manejan el mundo de las falsificaciones también roban piezas originales de museos y edificios religiosos de América Latina", disponible en: *https://elpais.com/cultura/2018/12/14/actualidad/1544782639_608240.html* (18/12/2018).

[8] O'Keefe, P. y Prott, L. (1989), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 3, Movement, Londres y Edimbrgo, Butterworths, pp. 8-11.

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

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

y el tráfico ilícito de bienes culturales sean vistos incluso como "crímenes contra la identidad de los pueblos".[9] Combatirlos responde a la necesidad de preservar los bienes culturales, no sólo en sí mismos, sino también en su contexto físico y cultural.[10]

Lo anterior implica, además de la repatriación o restitución internacional propiamente, la prevención de extracciones y traslados clandestinos, y, en el caso de que éstas hubieran ocurrido, la necesidad de conocer su ubicación actual. En concreto, las cuestiones que surgen alrededor de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales se traducen en preguntas que tienen que ver con el fundamento de la propiedad o posesión de estos bienes; por ejemplo, si se trata de razones históricas, adquisición legal, adquisición en el marco de un conflicto armado o de una ocupación colonial, etcétera. Los mecanismos legales que pueden ser aplicados a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales pueden ser de diversa naturaleza, aunque todos tienen en común que pueden apoyar la lucha contra el movimiento internacional ilícito de esos bienes. Los más conocidos entre dichos mecanismos son los que tienen lugar mediante la infracción de normas que han sido desarrolladas para fortalecer los controles en las aduanas o son ejecutadas mediante operaciones policiales[11] o en el marco de procesos penales.[12]

En este complejo contexto, la diversidad entre tales mecanismos es amplia. En efecto, los mecanismos legales que pueden entrar en juego en torno a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales pueden ser nacionales, al estar en normas jurídicas constitucionales o legales, por ejemplo, o pueden ser internacionales, al encontrarse en tratados u otros instrumentos de derecho internacional público. Pueden, por

[9] Bokova, I. (2013), "Poner coto al tráfico ilícito…", *cit.*, pp. 1 y 2.

[10] Merryman, J. H. (1989), "The Public Interest in Cultural Property", *California Law Review*, 77(2), 339-364, p. 356. Al respecto, decía Merryman lo siguiente: "Todo objeto cultural es, en cierta medida, parte de un contexto más amplio del que extrae y al que agrega significado. Separado de su contexto, «descontextualizado», el objeto y el contexto pierden significación. En caso extremo, el objeto se vuelve anónimo, un huérfano sin indicación confiable de su origen, su significado, su lugar y función como parte de algo". Véase también Ochoa Jiménez, M. J. (2011), *Der Schutz materieller Kulturgüter..., cit.*

[11] Para conocer mejor algunos de los numerosos casos en este sentido, se puede consultar información disponible en: *https://traffickingculture.org/encyclopedia/case-studies/* (16/05/2020).

[12] Un estudio desde el punto de vista de la existencia de redes criminales se puede ver en Campbell, P. (2013), "The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage", *International Journal of Cultural Property*, 20(2), 113-153. Véase también Manacorda, S. y Chappell, D. (eds.) (2011), *Crime in the Art and Antiquities World. Illegal Trafficking in Cultural Property*, Nueva York, Springer.

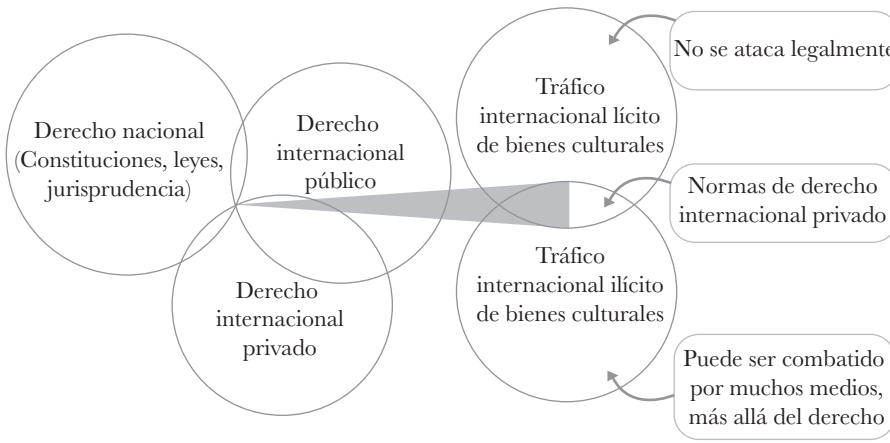
DR © 2021.
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

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

otra parte, estar incluidos en normas jurídicas administrativas, como las que regulan la exportación o importación de estos bienes,[13] o en normas jurídicas penales, como las que castigan el robo de bienes que han cruzado las fronteras del Estado,[14] o en normas jurídicas civiles, como las que regulan la transmisión de los bienes. Entre los diversos aspectos mencionados, es este último el que entra directamente dentro del alcance del derecho internacional privado.

A lo anterior se suma el hecho de que los mecanismos legales para la repatriación o restitución internacional de bienes culturales pueden interrelacionarse con mecanismos que funcionan más allá de lo establecido legalmente, como pueden ser los de naturaleza política, entre los que cuentan negociaciones diplomáticas entre gobiernos. Adicionalmente, el tráfico ilícito de bienes culturales no se manifiesta siempre y necesariamente como tal, sino que puede actuar también entrelazado con situaciones lícitas.

La complejidad esbozada en las líneas precedentes puede ser representada a través del siguiente gráfico:



Sin desconocer la existencia de tal complejidad, debemos subrayar que este libro se centra en el tema de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, observándolo desde la perspectiva del derecho internacional privado. Conviene, no obstante, no perder de vista que, como puede observarse en el gráfico, el derecho internacional privado es uno de los

[13] Véase el capítulo decimosegundo.

[14] Por ejemplo, la National Stolen Property Act en los Estados Unidos (véase el capítulo decimosegundo).

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

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

medios jurídicos a través de los cuales puede tener lugar la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, pero no es el único.

II. La situación en América Latina

A diferencia de lo que puede observarse en países de destino de bienes culturales, en América Latina no ha sido muy discutido el rol del derecho internacional privado en relación con el movimiento internacional de bienes culturales. Ello podría ser explicado por el hecho de que los países latinoamericanos son preponderantemente origen y no destino del movimiento internacional de bienes culturales, en especial los de ciertos tipos (arqueológicos, etnológicos o etnográficos), así como también de abundantes obras de arte religioso de origen colonial y republicano. Pero esta razón no es suficiente por sí misma. Más relevante al parecer es el hecho de que no existe mucha información sobre los bienes culturales que habiendo dejado sus lugares originarios en países de América Latina se encuentran en otros países, ni sobre la forma en que ello ha ocurrido. Esto se podría explicar al pensar en la falta de transparencia que acompaña al carácter ilícito del tráfico de bienes culturales, aunque aún hace falta disponer de más información al respecto.

Este libro tiene una perspectiva latinoamericana, por varias razones. En primer lugar, el libro trata la repatriación o restitución internacional de bienes culturales explicando problemas y conceptos fundamentales cuya comprensión es imprescindible para encarar las variadas aristas que pueden llegar a presentarse al observar esta temática. Esto parte del hecho de que la relación entre el derecho internacional privado y los bienes culturales necesita ser estudiada a mayor profundidad en nuestra región, y que es necesario disponer de más literatura especializada. En este sentido, al escribir esta obra se ha tenido en mente en especial a estudiantes, investigadores y profesores del área jurídica, pero también a personas que se desenvuelven en las áreas de la antropología y la arqueología, así como a funcionarios que deben actuar en dichas áreas, quienes comparten intereses y curiosidades en torno a la temática tratada. Tal vez es demasiado ambicioso pensar que el libro sea completamente accesible y útil para un público tan variado, pero se pone a disposición confiando en que puede servir como una herramienta que puede también ser usada en diferente medida y ser adaptada a objetivos concretos.

En segundo lugar, el libro expone casos que han sido decididos en diferentes países envolviendo bienes originarios de países latinoamericanos,

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

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

casos éstos que constituyen hitos en el desarrollo de la temática a nivel internacional. Estos casos se refieren básicamente a bienes arqueológicos o etnográficos, y no a otros bienes, como objetos de arte colonial y republicano o a pinturas u otras obras de arte más recientes. Una circunstancia que subyace tras estos casos es que el sujeto que reclama la repatriación o restitución internacional es generalmente el Estado de origen.

En tercer lugar, la obra considera las particularidades de las situaciones jurídicas relacionadas con la repatriación o restitución internacional de bienes valiosos para las culturas de los pueblos indígenas. Se plantea la posibilidad de atender, en el marco del derecho internacional privado, a la diversidad cultural y, derivada de ella, a la diversidad jurídica existente al interior de nuestros pueblos latinoamericanos, así como también a ciertos derechos de los pueblos indígenas que los Estados de la región se han obligado a respetar.

El libro se propone, finalmente, ofrecer insumos conceptuales, teóricos y dogmáticos para la discusión dentro de la academia, en el área jurídica y en áreas afines al tema, como la antropología y la arqueología. Se espera que dichos insumos sean útiles, además, en la toma de decisiones específicas y en el diseño de políticas y normativas (legales o administrativas) dentro de cada uno de los países latinoamericanos, así como en la región en su conjunto o en el plano internacional.

III. Planteamiento del problema

Los derechos que una persona extranjera tenga, en cuanto propietaria, sobre un bien que se encuentra en Perú, España o Colombia, son regidos por las normas que regulan la propiedad en los ordenamientos jurídicos peruano, español o colombiano, respectivamente. Esto, que a primera vista podría parecer "normal" u "obvio", en realidad es así porque en cada uno de esos países existe una norma de derecho internacional privado que ordena que así sea. Dicha norma establece que las situaciones jurídicas privadas internacionales que versan sobre derechos relativos a bienes (derechos reales) están sujetas al ordenamiento jurídico del Estado en el cual los bienes en cuestión se encuentran ubicados, razón por la que se le denomina *lex rei sitae*. La regla *lex rei sitae* se usa por lo general para indicar la ley aplicable a los derechos reales que versan tanto sobre bienes inmuebles como sobre bienes muebles. Lo mismo ocurre con la regla conforme a la cual los tribunales del lugar de la ubicación de los bienes son los competentes para conocer de esos casos. Esta última regla se conoce como *forum rei sitae*. Generalmente, el problema jurídico de

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

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

fondo que subyace al tema del que trata este libro se encuentra conectado con la existencia de esas dos reglas.

En cuanto a los bienes inmuebles, el uso de estas reglas no representa normalmente mayores dificultades. Pero, a diferencia de lo que ocurre con los bienes inmuebles, la ubicación de otras clases de bienes puede no resultar tan fácil. Es evidente, por ejemplo, que los bienes muebles pueden, en principio, trasladarse sin gran dificultad de un país a otro.[15] Por ello, en relación con los derechos sobre bienes muebles, además de la regla *lex rei sitae*, también es concebible el uso de otras soluciones legales para determinar qué ordenamiento jurídico debe regir los derechos sobre bienes que han sido trasladados de un país a otro. En algunos países latinoamericanos, por ejemplo, se han incorporado en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales normas que se distancian de la regla *lex rei sitae* para los casos relativos a derechos reales sobre ciertos bienes muebles.[16] En este panorama es posible usar la regla *lex originis*, según la cual se aplica el ordenamiento jurídico del lugar del cual proviene originariamente el bien en cuestión; es decir, del lugar donde dicho bien se encontraba al momento de la ocurrencia de un hecho jurídico relevante, como puede ser, por ejemplo, su remoción ilícita. Como se verá en este libro, este último tema ha sido ampliamente

[15] Esta característica esencial de los bienes muebles es la que da origen a la figura del derecho internacional privado que se conoce como "conflicto móvil", es decir, el cambio en el ordenamiento jurídico aplicable que se produce con el cambio de ubicación del bien. Véase Jayme, E. (1994), "Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht", en Dolzer, R., Jayme, E. y Mußgnug, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg (pp. 35-52), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, p. 35. Sobre cómo puede resolverse esto normativamente, véase, por ejemplo, el Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889, artículo 30, "El cambio de situacion de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisicion. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situacion para la adquisicion ó conservacion de los derechos mencionados". Y el artículo 31, "Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes de conformidad á la ley del lugar de su nueva situación, despues del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente".

[16] En algunos países de América Latina puede apreciarse esto en relación con bienes muebles objeto de garantías mobiliarias. En Colombia, por ejemplo, véase la Ley 1676 de 2013, artículo 83, "La ley aplicable a la constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución será la del Estado en el que se encuentre el bien objeto de la garantía mobiliaria.

Si el bien garantizado suele utilizarse en más de un Estado, la ley aplicable será la del Estado en el que se encuentre el garante.

Si el bien garantizado es objeto de inscripción en un registro especial, la ley aplicable será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción esté el registro".

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

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

debatido en relación con la repatriación o restitución internacional de bienes culturales.

Sin embargo, el uso de la regla *lex rei sitae* ha sido tradicionalmente preferido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos en todo el mundo.[17] La razón para ello se suele hacer recaer en la seguridad jurídica que esta regla ofrece,[18] por ser cierta y predecible,[19] pues el ordenamiento jurídico del lugar de ubicación, que es el que dicha regla ordena aplicar, es conocido por los funcionarios públicos que tienen que aplicarlo.[20] Asimismo, se resalta la protección que dicha regla ofrece a los adquirentes de buena fe.[21] Algunos autores subrayan, además, que debido a la relevancia económica, social y política del derecho de propiedad, en la regla *lex rei sitae* se reflejan intereses soberanos del Estado en cuyo territorio el bien se encuentra,[22] que prevalecen frente a los intereses de los particulares, circunstancia ésta que se hace más evidente en relación con los bienes inmuebles que con los muebles.[23]

Sin embargo, tratándose de casos de bienes culturales trasladados ilícitamente de un país a otro, la regla *lex rei sitae* resulta ser más bien accidental y fácilmente manipulable.[24] A lo anterior ha de sumarse que los objetos culturales tienen una naturaleza especial y un gran valor,[25] que trascienden

[17] Niboyet, J. P. (1951), *Principios de derecho internacional privado*, México, Editora Nacional, p. 484.

[18] Herrán Medina, Á. (1959), *Compendio de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, p. 224; Niboyet, J. P. (1951), *Principios de derecho internacional…, cit.*, p. 486; Symeonides, S. (2016), *Choice of Law*, New York, Oxford University Press, p. 584. Symeonides considera que el argumento de la seguridad jurídica aplica solo en relación con inmuebles.

[19] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, p. 584.

[20] Martiny, D. (2012), "Lex Rei Sitae as Connecting Factor in EU Private International Law", *IPrax*, 2, 119-133, p. 122.

[21] Delgado, C. *et al*. (2007), *Introducción al derecho internacional privado*, tomo II, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 251.

[22] Pérez, E. (2001), "El denominado estatuto real", en Abarca, A., González, J., Guzmán, M. (coord.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Madridl, UNED, p. 267; Bonnemaison, J. L. (2013), *Curso de derecho internacional privado…, cit.*, p. 295.

[23] Junker, A. (2017), *Internationales Privatrecht*, Múnich, C. H. Beck, p. 362.

[24] Jayme, E. (2005), "Ein internationaler Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten um Kunstwerke", en Grupp, K. y Hufeld, U. (eds.), *Recht – Kultur – Finanzen, Festschrift für Reinhard Mußgnug* (pp. 517-524), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, p. 517.

[25] Fincham, D. (2008), "How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property", *Columbia Journal of Law and the Arts*, 32, 111-150; Krischok, H. (2016), *Der rechtliche Schutz des Wertes archölogischer Kulturgüter*, Gotinga, V&R unipress; Wiese, V. (2010), "Der Bedeutungswandel der Situs-Regel im Internationalen Sachenrecht der Kulturgüter", en Odendahl, K. y Weber, P. (coord.), *Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht* (pp. 83-100), Baden-Baden, Nomos Verlag; Jayme, E. (1994), "Diskussion", en Dolzer, R., Jayme, E.

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

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

los intereses que en ellos puedan tener el Estado o los particulares, individualmente considerados. Por ello, las ventajas del uso de la regla *lex rei sitae* enunciadas arriba han de ser observadas de manera diferente cuando los bienes cuya repatriación o restitución internacional es debatida son objetos de arte, objetos arqueológicos o antigüedades de cualquier tipo con un valor científico, histórico o cultural.

Se debe observar, asimismo, que las leyes de protección de patrimonio cultural de países latinoamericanos establecen el deber de los Estados para esforzarse por lograr la repatriación o restitución de los bienes culturales que han dejado su territorio ilícitamente. Normas que contemplan dicho deber se encuentran, por ejemplo, en las legislaciones de Bolivia,[26] Colombia,[27] Honduras,[28] México[29] y Perú.[30]

Para comprender mejor lo descrito hasta ahora, pensemos en un caso ocurrido en el ámbito colombiano: el caso relativo a la colección Quimbaya, decidido en 2017 por la sentencia SU-649/17 de la Corte Constitucional de Colombia.[31] En 1890, en la región colombiana del Quindío, fueron encontradas 430 esculturas de oro de la cultura Quimbaya, que tenían entonces una antigüedad aproximada de dos mil años. En 1893, el presidente

---

y Mußgnug, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg (pp. 123-146), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, p. 144.

[26] Según la ley especial boliviana, el Museo Nacional de Etnografía y Folklore y el Instituto Boliviano de Cultura y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto realizarán acciones y campañas necesarias para la recuperación de objetos o colecciones de material antropológico y etnológico de valor histórico cultural que se encuentren en el extranjero (Decreto Supremo 21951, 1988, art. 8).

[27] El art.11 de la Ley 397 de 1997 establece que el Ministerio de Cultura y otras instituciones públicas realizarán los esfuerzos para repatriar los bienes de interés cultural extraídos ilegalmente.

[28] De conformidad con el art. 51 de la Ley de Patrimonio Cultural, Decreto 220-1997, de 1997, el Poder Ejecutivo ejercerá las acciones legales necesarias que conduzcan a la recuperación de los bienes del patrimonio cultural, cuando los mismos estén en poder de otros países o particulares en el extranjero.

[29] En el art. 16 de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos de 1972 se encuentra que el Instituto Nacional de Antropología e Historia promoverá la recuperación monumentos arqueológicos de especial valor para la nación mexicana, que se encuentran en el extranjero.

[30] De acuerdo con el art. 35 de la Ley sobre Patrimonio Cultural de 2004, las embajadas, consulados y representaciones permanentes en el exterior están obligadas a informar al Ministerio Público y al organismo competente la existencia o exhibición de bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación.

[31] Corte Constitucional de Colombia. SU-649/17, 19 de octubre de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos.

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

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

de Colombia donó 122 de esas esculturas a la reina María Cristina de España. Esta donación ha sido vista como ilegal, debido a que no fue aprobada por el Congreso de la República de Colombia, lo que era necesario de acuerdo con el derecho colombiano vigente en ese entonces. Hoy las esculturas se encuentran en el Museo de América, en Madrid. El caso fue llevado ante la Corte Constitucional de Colombia en un proceso de tutela frente a la vulneración de derechos fundamentales. La Corte Constitucional decidió reafirmando la obligación que tiene el gobierno colombiano de realizar las actuaciones necesarias para que las 122 esculturas de oro sean devueltas. En este contexto, el gobierno tendría varias posibilidades para lograr su repatriación o restitución.

La primera posibilidad que se tendría es acudir a la negociación diplomática con el gobierno extranjero. Esta posibilidad, que se encuentra en la sentencia de la Corte Constitucional sobre el caso Quimbaya, fue subrayada también en la sentencia adoptada igualmente en Colombia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en 2017,[32] que se refiere a la repatriación de 35 estatuas de las culturas de San Agustín y Nariño, que se encuentran en el Museo Etnológico de Berlín. En esta oportunidad se decidió que el Ministerio de Relaciones Exteriores colombiano debe "establecer canales de comunicación, acuerdos multilaterales y mecanismos de cooperación" con el gobierno alemán. Asimismo, se afirmó que corresponde al presidente, orientar las gestiones diplomáticas necesarias que permitan la entrega de dichos objetos. La segunda posibilidad es la que ofrecen los mecanismos especiales desarrollados dentro de la Unesco, con lo cual se hace referencia, en particular, a los mecanismos del Comité Intergubernamental de la Unesco para el Fomento del Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita.[33] Y la tercera posibilidad se refiere, finalmente, a acudir a los tribunales españoles, en cuyo caso habrán de aplicarse las reglas del derecho internacional privado. El tema sobre el que trata este libro se relaciona principalmente con esta última alternativa.

En el caso de la colección Quimbaya, la Corte Constitucional de Colombia consideró una doctrina propia del derecho internacional público[34]

[32] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección A, expediente 25000234100020160089 2-00, 14 de septiembre de 2017. M. P. Luis Manuel Lasso Lozano.

[33] Este Comité fue creado por la Conferencia General de la UNESCO. 20a. reunión de 1978. Resolución 4/7.6/5. Más información sobre este Comité: *http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/restitution-of-cultural-property/intergovernmental-committee/historical-background/*.

[34] La Corte Constitucional se refiere a la aplicación de la teoría de la intertemporalidad. Véase sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, SU-649/17, 19 de octubre, 2017.

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

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

para sustentar la validez y, consecuentemente, la aplicabilidad de los dos tratados internacionales más relevantes sobre el tema, que son la Convención de la Unesco de 1970 sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales (Convención de la Unesco de 1970) y el Convenio de Unidroit de 1995 sobre los Bienes Robados o Exportados Ilícitamente (Convenio de Unidroit de 1995). Sin embargo, la Corte soslaya el obstáculo que representa el hecho de que la aplicabilidad de dichos tratados internacionales sólo podría ser indirecta, pues no puede decirse que haya unanimidad, desde las perspectivas de los diferentes ordenamientos jurídicos, en torno a la aplicabilidad directa de estos tratados a un caso como el de la colección Quimbaya, dada la imposibilidad de aplicar estas normas a hechos acaecidos hace más de un siglo. El principio de irretroactividad de la ley, como se sabe, es un principio jurídico de aplicación general, que se encuentra incluido en los mencionados tratados: el Convenio de Unidroit de 1995 lo contiene en su artículo 10 y la Convención de la Unesco de 1970, en su artículo 7. Otro foco problemático se refiere a la necesidad del reconocimiento de las sentencias nacionales en el país extranjero donde los bienes se encuentren y, por tanto, donde la sentencia habría de ser ejecutada, ya que los efectos de las sentencias se limitan al territorio del Estado cuyos tribunales las han adoptado.[35]

En este panorama, si se piensa en acudir a los tribunales extranjeros, se han de considerar las normas vigentes de derecho internacional privado del ordenamiento jurídico del respectivo país. En los casos de España y Alemania, por ejemplo, esto implica considerar normas del sistema europeo y del ordenamiento jurídico nacional de cada uno de esos países. En este orden de ideas, en primer lugar, los tribunales del país extranjero respectivo tendrían que ser competentes para conocer del caso relativo a la restitución de los bienes culturales de que se trate. Ello sería posible según la regla *forum rei sitae*,[36] que dispone que la competencia corresponde a los tribunales del

[35] A pesar de las significativas distancias entre un caso y otro, este último punto hace que la decisión comentada se acerque la decisión de Corte Suprema di Cassazione italiana a favor de la devolución a Italia de la estatua de origen griego conocida como "Victorious Youth" o "Fano Bronze", que fue adquirida en los años setenta del siglo XX por el Museo J. Paul Getty Museum de Los Ángeles, Estados Unidos. Más información sobre este caso en el sitio web ArThemis del Art-Law Centre de la Universidad de Ginebra: *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/victorious-youth-2013-italy-v-j-paul-getty-museum*.

[36] Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, art. 7.4: "Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: […] si se trata de una acción civil, basada en el derecho de propiedad, dirigida a recuperar un bien cultural según se define en el artículo 1,

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

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

Estado en el cual se encuentre el bien. La pregunta sobre cuál sería el derecho aplicable para resolver el fondo de un caso referido a derechos reales es respondida por la otra regla del derecho internacional privado que mencionamos arriba, es decir, la regla *lex rei sitae*, según la cual el ordenamiento jurídico que habrá de aplicarse en casos de derechos sobre bienes será el del país donde los bienes se encuentren ubicados.[37] Normalmente, las reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae* coinciden en la práctica, es decir, que las normas materiales que deben aplicarse para resolver el fondo de controversias relativas a derechos reales son las del Estado cuyos tribunales son competentes. Esto podría ocurrir en los casos que comentamos.[38]

Sin embargo, como se mostrará en este libro, tanto desde una perspectiva de *lege lata* como desde una de *lege ferenda*, así como también tomando en cuenta la jurisprudencia producida por casos resueltos por diversos tribunales nacionales, actualmente no puede considerarse que esté fuera de toda discusión que los casos relativos a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales deban siempre resolverse con aplicación de las mencionadas reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae*.

IV. Algunas aclaraciones sobre términos usuales

Los bienes culturales pueden ser entendidos de una manera amplísima, abarcando la infinita variedad de manifestaciones de la cultura. Tales bienes hacen parte del patrimonio cultural e incorporan una manifestación de la cultura que los seres humanos han heredado de sus antepasados.[39] Así, son bienes culturales las obras de arte, las obras arquitectónicas, los paisajes rura-

---

punto 1, de la Directiva 93/7/CEE, e incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda […]".

[37] En América Latina es posible encontrar decisiones judiciales que no distinguen adecuadamente entre la regla *lex rei sitae*, que es una regla de conflicto que indica la ley aplicable, y la regla *forum rei sitae*, que es una regla atributiva de competencia judicial internacional. Como ejemplo de lo indicado, véase Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Auto AC7803-2016. Radicación 11001-02-03-000-2015-03168-00. 16 de septiembre de 2016.

[38] Véase, por ejemplo, el art. 10 del Código Civil español: "1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen.

La misma ley será aplicable a los bienes muebles […]".

[39] Nafziger, J. y Paterson, R. (eds.) (2014), *Handbook on the Law of Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 1.

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

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

les, la religión, las artesanías o el lenguaje. Las manifestaciones culturales no tienen, entonces, necesariamente un soporte físico. La diversidad inherente a las expresiones culturales ha hecho de su determinación y denominación jurídicas una tarea compleja. Esto es cierto en la formulación de las legislaciones nacionales, y, muy especialmente, en la adopción de normas internacionales, proceso en el que participan diversos Estados cuyos representantes propugnan el uso de sus respectivas definiciones y terminologías jurídicas.[40]

El tema al que se dedica este libro gira en torno a manifestaciones culturales corporales que se encuentran representadas en objetos, en su mayoría muebles, puesto que es en relación con ellos que se discuten las posibilidades legales para su repatriación o restitución internacional. Para hacer referencia a dichos objetos culturales, en la presente obra se usará mayormente la expresión "bienes culturales". Esta expresión, usada por primera vez en el plano internacional en la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado,[41] se encuentra también en los tratados internacionales más importantes en cuanto a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales: la Convención de la Unesco de 1970 y el Convenio de Unidroit de 1995, a los que nos referiremos más adelante (véase capítulo segundo).[42] Sin embargo, debe resaltarse que, como se podrá apreciar a lo largo del libro, las definiciones legales de "bienes culturales", al igual que las de conceptos como "patrimonio cultural", pueden variar, pues cada instrumento normativo —sea nacional, supranacional, regional o internacional— que esté destinado a proteger los bienes culturales debe definir los objetos que cubre.[43] Estas definiciones pueden ser más o menos inclusivas, dependiendo de ciertas circunstancias, como las particularidades culturales, históricas, o incluso geográficas de la región, país o comunidad, así como también por el alcance del instrumento legal respectivo, el contexto político en el que ha sido adoptado o las diferencias entre los intereses en juego y el peso que se otorga a cada uno de ellos.

---

[40] Boguslavsky, M. (1994), "Der Begriff des Kulturguts und seine Rechtliche Relevanz", en Dolzer, R., Jayme, E. y Mußgnug, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg (pp. 3-13), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, p. 5.

[41] *Ibidem*, p. 5.

[42] En otros tratados de la Unesco, como la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972, se usa la expresión "patrimonio cultural".

[43] Siehr, K. (2005), "Protection of Cultural Property. Reforms and Developments in the Member States of the European Union and in Some Other Countries", en Schneider, E. C. y Schneider, R. M. (eds.), *Cultural Property Protection* (pp. 77-96), Berlín, Berliner Wisseschafts-Verlag, p. 77.

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

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

En este libro son relevantes, además, los conceptos "repatriación" o "restitución", para cuya identificación se pueden usar también otros términos, como "devolución" o "retorno". En la literatura, estos términos pueden ser entendidos de manera intercambiable[44] o puede ocurrir que alguno de ellos sea utilizado con preferencia a otros, mientras que existen ciertos contextos en los que esos términos no pueden ser usados indistintamente. Un ejemplo de esto se encuentra en el Convenio de Unidroit de 1995, que usa el término "restitución" para el proceso en relación con los bienes culturales robados (capítulo II), y el término "devolución" para el proceso que se refiere a los bienes culturales exportados ilícitamente (capítulo III). De allí que en este libro se hará referencia cuando corresponda a la terminología utilizada en los respectivos instrumentos legales. Sin embargo, de manera general, se usarán los términos "repatriación" o "restitución", agregando el adjetivo "internacional", puesto que observaremos dicho fenómeno en esta dimensión.

Como se indicará oportunamente (véase el capítulo tercero), en el derecho internacional privado, estos aspectos de terminología legal son esenciales, puesto que la inclusión de cierta situación dentro de una definición jurídica predeterminada es paso previo a la determinación del tribunal competente y del ordenamiento jurídico que el mismo debe aplicar.[45]

V. Estructura del libro

Los quince capítulos que componen este libro pueden ser agrupados en cuatro bloques temáticos. El primer bloque temático está integrado por los capítulos primero y segundo, y se refiere a algunas cuestiones generales. En este sentido, por una parte, el capítulo primero se propone exponer de manera clara y sucinta cómo funciona el derecho internacional privado, y cómo éste se ocupa de resolver, por un lado, los denominados "conflictos de jurisdicción"; es decir, la necesidad de determinar los tribunales de qué país tienen competencia para decidir sobre un caso de repatriación o restitución internacional de bienes culturales, y, por otro lado, los denominados "conflictos de leyes", o sea, la necesidad de determinar cuáles son las leyes que los tribunales deberán aplicar para resolver ese tipo de casos. Por otra parte, en el capítulo segundo se expone el marco normativo internacional que se ha

[44] Sobre los términos usados frecuentemente, véase Prott, L. (ed.) (2009), *Witnesses to History. Documents and Writings on the Return of Cultural Objects*, París, Unesco Publishing, pp. xxi-xiv.

[45] Boguslavsky, M. (1994), *Der Begriff des Kulturguts und seine Rechtliche Relevanz…*, *cit.*, p. 9.

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

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

creado específicamente para tratar el tema de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales fuera del contexto de conflictos armados. Se tratan, así, la Convención de la Unesco de 1970 y el posterior desarrollo del Convenio de Unidroit de 1995. Aunque no veremos con detenimiento las normas diseñadas específicamente para el contexto de conflictos armados, en este capítulo se tendrá oportunidad de mencionar algunas de dichas normas que encontramos en el derecho internacional humanitario. Una protección diferente es la que ha ofrecido el derecho penal internacional, consolidado a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,[46] marco en el cual tuvo lugar el caso Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi,[47] en el que se decidió que la destrucción de edificios con profunda significación cultural en Timbuktu causó sufrimiento tanto a todo el pueblo de Mali como a la comunidad internacional. Debemos señalar, no obstante, que un ámbito bastante conocido en el cual tiene lugar la aplicación del derecho internacional privado para la restitución de bienes culturales es el de las obras de arte que fueron expoliadas por el régimen nazi, que ha sido profusamente estudiado por la academia jurídica alemana.[48] Esto explica el hecho de que, si bien observaremos cómo el derecho internacional privado funciona en relación con la repatriación o restitución internacional de bienes culturales enfocando este tema desde el punto de vista de los países latinoamericanos, serán frecuentes a lo largo de todo el libro las referencias a la doctrina y a la normativa alemanas.[49]

---

[46] Documento A/CONF.183/9, del 17 de julio de 1998, en vigor desde el 1 de julio de 2002.

[47] Situation in the Republic of Mali in the Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. No. ICC-01/12-01/15. 17 de agosto de 2017. Trial Chamber VIII. Judge Raul C. Pangalangan, Presiding Judge Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua, Judge Bertram Schmitt. Public Reparations Order.

[48] En relación con esto, es interesante tomar en cuenta que en abril de 2019 se comenzó en la Universidad de Bonn, bajo la dirección de Matthias Weller, una investigación sobre la práctica internacional de restitución del arte expliado por los nazis: *https://www.jura.uni-bonn.de/professur-prof-dr-weller/research-project-restatement-of-restitution-rules/*.

Este proyecto tiene por objeto realizar un estudio y análisis jurídico comparativo y exhaustivo de la práctica internacional en materia de restitución y establecer normas abstractas y consideraciones de justicia para la adopción de decisiones. Se pretende realizar un "Restatement sobre restitución del arte confiscado por el nazismo", que ofrecerá bases de argumentación para quienes tienen que decidir sobre las restituciones o elaborar recomendaciones. Véase Weller, M. y Dewey, A. (2019), Warum ein "Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art?" Das Beispiel "Fluchtgut" (The example of 'Flight goods'), Kunst und Recht - KUR, 6, 2019, 170-178.

[49] Revisar las referencias al final del libro.

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

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

El segundo bloque temático se centra en el conflicto de jurisdicción que puede presentarse en situaciones jurídicas internacionales relativas a derechos sobre bienes, así como en la regla usualmente aplicada para resolver estos conflictos. A estos temas se dedican los capítulos tercero a sexto. Se comienza exponiendo este tema de manera general en el capítulo tercero, donde se explica la regla según la cual los casos de derecho internacional privado relativos a bienes de cualquier clase se deciden por los tribunales del lugar donde los bienes se encuentran (*forum rei sitae*). Se explica cómo dicha regla está presente en los sistemas de derecho internacional privado de la región latinoamericana y en otros países. En el capítulo cuarto se exponen regulaciones específicas que aplican la regla que acaba de mencionarse (*forum rei sitae*) a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. Estas regulaciones se encuentran en el Convenio de Unidroit de 1995 y en un reglamento de la Unión Europea. En el capítulo quinto se exponen las discusiones en torno a la necesidad de que en materia de repatriación o restitución internacional de bienes culturales se establezca legalmente la competencia de los tribunales del lugar de origen (*forum originis*) de tales bienes, en vez de los tribunales del lugar de su ubicación. Este bloque temático cierra explicando, en el capítulo sexto, las problemáticas existentes en torno a algunos temas concretos particularmente relevantes para resolver conflictos de jurisdicción: la prescripción de las acciones y la inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

Los capítulos séptimo a undécimo se refieren a un tercer bloque temático, que gira en torno al conflicto de leyes, es decir, la necesidad de determinar cuál será el ordenamiento jurídico que los tribunales aplicarán para resolver un caso concreto. En el capítulo séptimo se explica la forma en que el ordenamiento jurídico aplicable a los casos de derecho internacional privado relativos a derechos reales está determinado por la regla según la cual se debe aplicar el ordenamiento jurídico del lugar donde los bienes se encuentren (*lex rei sitae*), que ha sido adoptada en los países de América Latina, así como en otros países. Como se verá, la aplicación a rajatabla de la regla que acaba de indicarse ha sido cuestionada tratándose de casos relativos a la repatriación a restitución internacional de bienes culturales. En este sentido, para dejar de aplicarla a dichos casos se ha discutido el uso de ciertos mecanismos legales propios del derecho internacional privado: cláusulas de escape, ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha y autonomía de la voluntad, a los cuales se dedica el capítulo octavo. Además de los mecanismos tratados en el capítulo anterior, existe la posibilidad, como se muestra en el capítulo noveno, de hacer uso del orden público, que es una figura desarrollada en el derecho internacional para proteger los

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

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

valores básicos mínimos de una comunidad jurídica determinada, entre los que cuentan aquellos valores que se encuentran atados a los bienes de naturaleza cultural. Por otra parte, es posible que se creen normas especiales para los casos relativos a la repatriación a restitución internacional de bienes culturales, que ordenen la aplicación de las leyes del país de origen (*lex originis*) de los bienes de esa clase. En el capítulo décimo se presentan las propuestas que han sido desarrolladas en esa dirección, y en el capítulo undécimo se puede observar la manera como la aplicación de las leyes del país de origen de los bienes culturales ha sido, de hecho, incluida en algunas legislaciones.

El cuarto y último bloque temático, compuesto por los capítulos decimosegundo a decimoquinto, se dedica, de manera más especial que los anteriores bloques temáticos, al tema de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales desde la perspectiva latinoamericana. En este sentido, el capítulo decimosegundo se dedica a exponer las normas sobre protección del patrimonio cultural de los países de América Latina, enfocándose en los tres aspectos regulados en ellas que tienen mayor relevancia desde el derecho internacional privado, debido a que es a la posibilidad del reconocimiento y aplicación de esos tres aspectos a lo que generalmente se alude cuando se habla de la aplicación de las leyes del país de origen (*lex originis*) de los bienes culturales. Los tres aspectos a los que hacemos referencia son i) la propiedad del Estado, ii) la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de estos bienes, y iii) la prohibición de exportación. El capítulo decimotercero muestra un conjunto de siete casos emblemáticos de repatriación o restitución internacional de bienes culturales originarios de América Latina, que fueron decididos por tribunales de los Estados Unidos, Italia y Canadá. Podrá observarse que en tales casos ha jugado un papel destacado la posibilidad de aplicación de las leyes de los países de origen, en particular las que regulan la protección de patrimonio cultural. Los capítulos decimocuarto y decimoquinto se centran en la consideración especial que en el contexto latinoamericano merecen los bienes culturales originarios de pueblos indígenas. Se considera en estos capítulos que normas nacionales de países latinoamericanos y normas internacionales —en especial normas sobre derechos humanos— reconocen el hecho de que, tratándose de bienes culturales originarios de pueblos indígenas y usados por éstos con fines religiosos o culturales, ha de prevalecer el interés de dichas pueblos en acceder a ese tipo de bienes.[50] En este senti-

[50] Wyss, M. P. (1996) "Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter. Überlegungen zu einem kulturpolitischer Odre public", en Fechner, F., Oppermann, T. y Prott, L

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

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

do, el capítulo decimocuarto expone las normas existentes en relación con ese tema, mientras que el capítulo decimoquinto cierra el libro ofreciendo una propuesta desde el derecho internacional privado, mediante la cual se plantea una solución normativa que considere los intereses y derechos de los pueblos indígenas en torno a la restitución de los bienes culturales sobre los que recaen tales intereses y derechos.

(eds), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes. Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht* (pp. 201-223), Berlín, Duncker & Humblot, p. 205.

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

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

Primera parte

CUESTIONES CONCEPTUALES PRELIMINARES

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

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

Capítulo primero

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN POCAS PALABRAS

El derecho internacional privado es una materia jurídica compleja. No suele ser fácil comprender la manera como esta se aproxima, tanto en términos teóricos como técnico-legales, a ciertos problemas que ocurren en la realidad. Sin embargo, es relativamente fácil dilucidar el problema de fondo que se encuentra en la base de las situaciones de las que se ocupa el derecho internacional privado. Esta materia trata de hacer frente a algunas de las consecuencias que se derivan de, por un lado, la movilidad de personas, bienes y capitales más allá de las fronteras de los Estados (o, dicho de otra forma, la permeabilidad de las fronteras nacionales propia de las sociedades abiertas contemporáneas),[1] y, por otro lado, de la diversidad jurídica que existe en el mundo. En relación con esto último, la perspectiva que ha asumido el derecho internacional privado ha estado centrada principalmente, como puede presumirse, en la diversidad jurídica que se origina de la diversidad de Estados (cada uno de los cuales tiene su propio orden jurídico nacional) y organizaciones de integración regional que éstos han conformado, como la Unión Europea o la Comunidad Andina de Naciones (cada una de las cuales tiene a su vez un orden jurídico supranacional propio). Considerando lo que hemos indicado, este capítulo ofrece, *grosso modo*, los rasgos básicos del derecho internacional privado que han de tenerse en mente para comprender el contenido de este libro.

I. De qué se ocupa el derecho internacional privado

Las situaciones de las que se ocupa el derecho internacional privado son situaciones regidas por el derecho privado que contienen, por lo menos, un elemento relevante jurídicamente que las conecta con, por lo menos, un or-

[1] Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, Bogotá, Legis.

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

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

denamiento jurídico extranjero.[2] En relación con el tema del que se ocupa este libro, puede pensarse, por ejemplo, en un ciudadano italiano que viaja a Ecuador, compra allí algunas piezas prehispánicas a un comerciante de antigüedades y luego transporta las piezas a Italia.[3] En esta situación, además de los elementos de extranjería que saltan a la vista (diversidad de nacionalidad de comprador y vendedor y traslado de las piezas de un país a otro), se presentan aspectos relativos a la transmisión de los derechos sobre dichas piezas, aspectos estos que están regidos por el derecho privado. La regulación de este tipo de situaciones mediante el derecho privado, así como la presencia en ellas de elementos de extranjería y, en consecuencia, su vinculación con un derecho extranjero, hacen que se les denomine "situaciones jurídicas privadas internacionales".[4]

Al derecho internacional privado también se le llama derecho conflictual, porque en las situaciones jurídicas privadas internacionales se pueden producir dos tipos de "conflictos". Estos son, en primer lugar, los "conflictos de jurisdicción", que no es más que la necesidad de determinar cuál es el Estado cuyos tribunales son competentes para conocer y decidir sobre una situación jurídica privada internacional. Y, en segundo lugar, los "conflictos de leyes" que nacen de la falta de claridad que en un principio existe sobre cuál es el ordenamiento jurídico aplicable a una situación de ese tipo, y de la necesidad de determinar dicho ordenamiento para proceder a su aplicación.[5]

---

[2] Al respecto, se puede consultar: Álvarez Londoño, L. y Galán Barrera, D. (2001), *Derecho internacional privado (parte general)*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana; Bonnemaison, J. L. (2013), *Curso de derecho internacional privado*, Caracas, Vadell Hermanos; Caicedo Castilla, J. (1967), *Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis; Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2015), *Derecho internacional privado*, vol. I., 15a. ed., Madrid, Comares, Cock Arango, A. (1952), *Tratado de derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia; Herrán Medina, Á. (1959), *Compendio de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis; Mantilla Rey, R. (1982), *Apuntes de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis; García Matamoros, L. y Aljure Salame, A. (coords.) (2016), *Teoría general del derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad del Rosario.

También puede observarse la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado, art. 1: "La determinación de la norma jurídica aplicable para regir *situaciones vinculadas conderecho extranjero*, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte.

En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno" (resaltado fuera del texto).

[3] Ecuador vs. Danusso. Trib. Turín, 25 Mar. 1982 (véase capítulo decimosegundo).

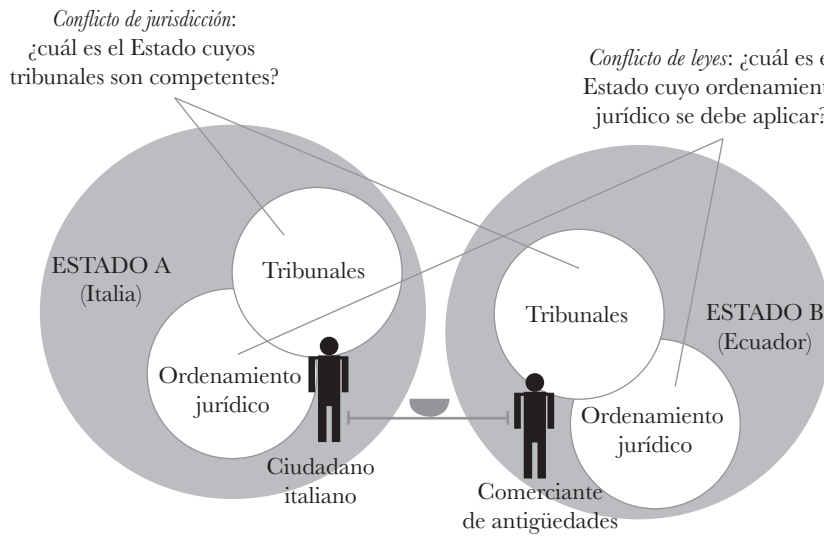
[4] Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2015), *Derecho internacional privado…*, *cit.*

[5] Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. y Carrillo, P. (2019), "La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia", *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 91-120.

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

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

A continuación, se muestra gráficamente la explicación anterior, considerando el ejemplo indicado:



SITUACIÓN JURÍDICA PRIVADA INTERNACIONAL

De acuerdo con la concepción del derecho internacional privado más extendida, además de los "conflictos de jurisdicción" y los "conflictos de leyes", el derecho internacional privado se ocupa también de la "cuestión del reconocimiento".[6] Con esto último se alude a la necesidad de reconocimiento, para la consecuente ejecución, de sentencias adoptadas por tribunales extranjeros. A la relevancia de esta cuestión en relación con la repatriación o restitución internacional de bienes culturales tendremos oportunidad de referirnos cuando nos adentremos en los conflictos de jurisdicción en relación con esta temática (véanse los capítulos tercero y siguientes).

Las normas del derecho internacional privado pueden ser nacionales, al encontrarse en códigos, leyes, reglamentos, etcétera, o pueden ser internacionales, al encontrarse en tratados internacionales u otras fuentes del derecho internacional público. También pueden ser normas supranacionales, al encontrarse en instrumentos normativos creados en el marco de procesos

[6] Peari, S. (2018), *The Foundation of Choice of Law. Choice and Equality*, Oxford University Press, p. vxi. En el mismo sentido, se puede ver Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2015), *Derecho internacional privado…, cit.*

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

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

de integración regional.[7] Pero, en definitiva, cada Estado es en gran medida autónomo para determinar cómo se deben resolver en su territorio los casos de derecho internacional privado.

Ahora bien, las normas jurídicas que componen el derecho internacional privado pueden ser elaboradas, básicamente, desde dos perspectivas metodológicas: la perspectiva conflictual y la perspectiva material.

II. Perspectiva conflictual

Las normas de derecho internacional privado que han sido elaboradas aplicando el método conflictual reciben el nombre de *normas de conflicto*. Estas normas pueden ser normas de conflicto de jurisdicción o normas de conflicto de leyes. La perspectiva conflictual presupone, en general, la existencia de ciertas circunstancias. Una de ellas es la diversidad entre los ordenamientos jurídicos nacionales (o eventualmente supranacionales). Otra circunstancia consiste en el hecho de que las normas jurídicas, al igual que ocurre con las decisiones judiciales, tienen un alcance territorial, es decir, sus efectos tienen lugar dentro de los límites territoriales de un Estado o eventualmente un grupo de Estados. Además, la perspectiva conflictual del derecho internacional privado presupone la ausencia de normas unificadas en el plano internacional. Tras tales circunstancias subyace, no obstante, la idea de que la participación de los Estados en la comunidad de naciones implica el previo reconocimiento de que los casos que involucran elementos extranjeros pueden tener consecuencias en más de una jurisdicción.[8]

Desde la perspectiva conflictual, las normas de derecho internacional privado pueden servir a la solución de conflictos de jurisdicción o a la solución de conflictos de leyes.

1. *Conflictos de jurisdicción*

Cuando las normas de derecho internacional privado se dirigen a la solución de conflictos de jurisdicción, dichas normas establecen la competencia de los tribunales para conocer y decidir sobre determinadas situaciones jurí-

[7] Por ejemplo, la Unión Europea u otras organizaciones de integración regional, como la Comunidad Andina de Naciones.

[8] Mills, A. y Thoma, I. (2017), "Public Policy (Ordre Public)", en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, p. 1453.

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

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

dicas privadas internacionales, por lo que la doctrina se refiere a ellas como "normas atributivas de competencia judicial internacional".[9] Para atribuir dicha competencia, las normas de este tipo utilizan un determinado *elemento atributivo de competencia judicial internacional*, es decir, un aspecto fáctico; por ejemplo, el domicilio del demandado[10] o el lugar de cumplimiento del contrato.[11]

Hay que tener en cuenta que estas normas, aun en el caso de que estén dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, funcionan en el plano internacional. Esto quiere decir que dichas normas indican el "lugar" (aludiendo generalmente a Estado) cuyas autoridades (por lo general, tribunales) son competentes para conocer y decidir sobre determinadas situaciones jurídicas privadas internacionales; esto es, situaciones regidas por el derecho privado y vinculadas con más de un ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que las normas jurídicas tienen un alcance territorial, que llega hasta donde llegan las fronteras del Estado; en consecuencia, cuando las normas atributivas de competencia están incluidas en normas jurídicas internas de un Estado, solo atribuyen competencia a las autoridades de *ese* Estado, y cuando están incluidas en un tratado internacional, sólo atribuyen competencia a las autoridades de los *Estados que han ratificado* el tratado.

Una vez aplicadas estas normas, la distribución de la competencia judicial dentro del ámbito nacional, así como los demás aspectos procesales que deben determinarse para conocer y decidir sobre una situación en concreto, se rigen por el derecho procesal aplicable al interior del Estado cuyos tribunales son competentes.

Las normas atributivas de competencia judicial internacional son, pues, normas procesales internacionales. En este contexto, es relevante considerar figuras propias del derecho procesal internacional, como el *forum shopping*[12] o

[9] Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2015), *Derecho internacional privado…, cit.*

[10] Por ejemplo, art. 4.1 del Reglamento (UE) 1215/2012.

[11] *Ibidem*, art. 7.1.

[12] El *forum shopping* consiste en la posibilidad que tiene el actor de escoger entre los tribunales de varios Estados, todos competentes, aquel que le sea más ventajoso. Schack lo entiende como "el aprovechamiento sistemático de la competencia internacional existente en varios Estados para obtener una ventaja jurídica o fáctica". Esta ventaja puede derivar del proceso en sí mismo o del ordenamiento jurídico que se aplicaría para resolver la situación. Sin embargo, como aclara el mismo autor, el *forum shopping* no supone ningún tipo de simulación o manipulación dolosa por parte del actor, ni tampoco la existencia de un acuerdo de elección de foro entre las partes. El *forum shopping* vendría a ser solamente el ejercicio de un derecho del cual dispone el actor. Véase Schack, H. (2017), *Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht*, 7a. ed., Múnich, C. H. Beck, p. 97.

No obstante, sin dejar de reconocerse el carácter legítimo que en principio tiene, el *forum shopping* es criticado, ya que "resulta condenable y digno de ser combatido si una o más de

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

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

el *forum non conveniens*,[13] al igual que otros aspectos relevantes desde el punto de vista procesal, como la prescripción de las acciones y la inmunidad de jurisdicción y de ejecución (véase el capítulo sexto).

2. *Conflictos de leyes*

Ahora bien, cuando las normas atribuyen competencia a los tribunales para conocer de una cierta materia, no necesariamente ordenan a esos tribunales que para resolver el fondo de la situación privada internacional de que se trate apliquen la *lex fori*. Se le llama *lex fori* (ley del foro) al ordenamiento jurídico del Estado del cual hace parte el tribunal que está conociendo de un caso. El ordenamiento jurídico que el tribunal debe aplicar para resolver el fondo de una situación jurídica privada internacional es indicado por las normas de conflicto de leyes, que es un tipo específico de

---

las opciones en favor del actor constituyen foros exorbitantes o si de cualquier otra manera la defensa queda comprometida". Véase Fernández Arroyo, D. (s. f.), Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana, recuperado de *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_ 2006_Diego_P_Fernandez_Arroyo.pdf, pp. 301-302*.

[13] El *forum non conveniens* alude a la posibilidad, establecida en algunos ordenamientos jurídicos, de que los tribunales nacionales dejen de ejercer la competencia que tienen para decidir sobre una determinada materia en un caso concreto si consideran que la situación puede ser resuelta de mejor manera por los tribunales de otro Estado. Esta figura nace en el derecho escocés y logra su mayor desarrollo en la actualidad en los Estados Unidos. Véase Schack, H. (2017), *Internationales Zivilverfahrensrecht…, cit.*

Aplicado en relación con casos ocurridos en el contexto latniamericano, el *forum non conveniens* ha demostrado tener efectos negativos. Como señala Fernández Arroyo, el *forum non conveniens* "no es ni bueno ni malo en abstracto, sino que depende de cómo y para qué se lo utiliza, [pero] está siendo cada vez más controvertido en relación con algunas controversias que se plantean en el ámbito interamericano. En particular me refiero a los supuestos de algunos daños masivos sobre las personas y/o el medioambiente producidos por empresas norteamericanas en países latinoamericanos. Los damnificados se encuentran con que cuando intentan accionar ante el juez competente del domicilio del demandado, éste suele declararse «foro no conveniente» a solicitud de los abogados de las empresas, obligando a aquéllos a presentar las demandas ante los jueces del lugar de producción del daño (foro concurrente) y a cargar, en consecuencia, con los defectos y limitaciones que pueda tener allí la administración de justicia". Fernández Arroyo, D. (s. f.), *Aspectos esenciales de la competencia…, cit.*

Además de la bibliografía citada por Fernández Arroyo, se puede ver el siguiente artículo de Steinitz, que plantea los problemas del *forum non conveniens* en el caso de las comunidades locales ecuatorianas contra Chevron Texaco: Steinitz, M. (2014), "The Case for an-International Court of Civil Justice", *Stanford Law Review*, 67, 75-83.

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

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

normas que se dedican propiamente a resolver los conflictos de leyes.[14] Un elemento esencial de las normas de conflicto de leyes son los denominados *factores de conexión*.[15] Por ejemplo, cuando una norma de conflicto de leyes declara como aplicable el ordenamiento jurídico del lugar del domicilio de un sujeto[16] o el ordenamiento jurídico del lugar del cumplimiento del contrato,[17] esa norma está utilizando como factor de conexión el domicilio o el cumplimiento del contrato, respectivamente. Estos pueden ser los mismos aspectos fácticos usados por las normas que atribuyen competencia, pero esos aspectos cumplen en las normas de conflicto de leyes una función diferente a la que cumplen en las normas que atribuyen competencia. En las normas de conflicto de leyes, éstos cumplen la función de indicar el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la situación.

Como puede observarse, la solución que el derecho internacional privado da a los conflictos de leyes lleva implícita la posibilidad de aplicar normas que hacen parte del ordenamiento jurídico de un Estado distinto de aquel del cual hacen parte los tribunales que están conociendo del caso, es decir, la posibilidad de aplicar un ordenamiento jurídico extranjero como fundamento jurídico o legal de la decisión que se tomará, y no meramente como *hecho* usado como prueba dentro del proceso.[18]

En este orden de ideas, cada norma de conflicto de leyes puede ser formulada de manera que el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la

---

[14] Generalmente, se está haciendo referencia a esta última clase de normas cuando se utiliza, a secas, la expresión "normas de conflicto".

[15] Este elemento de la norma de conflicto de leyes puede recibir diferentes denominaciones; por ejemplo, "elemento vinculante", "puntos de conexión", "punto de conexión o vinculación" o "punto de contacto".

[16] Por ejemplo, véase art. 1 del Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889: "La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio".

[17] Por ejemplo, véase art. 1 del Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889: "La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente" y art. 33: "La misma ley rige:

a) Su existencia;
b) Su naturaleza;
c) Su validez;
d) Sus efectos;
e) Sus consecuencias;
f) Su ejecución;
g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea".

[18] Abundantes páginas se han dedicado a lo largo de la historia del derecho internacional privado para discutir sobre la aplicación del derecho extranjero en tanto hecho o en tanto derecho propiamente. En este libro, debemos contentarnos con saber que lo que se menciona se encuentra en el meollo de la discusión.

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

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

situación sea el mismo ordenamiento jurídico del cual hace parte dicha norma. Esto podría ocurrir hipotéticamente, por ejemplo, si una ley de Bolivia contiene una norma de conflicto de leyes que establece que se debe aplicar el ordenamiento jurídico boliviano a los casos relativos a bienes que se encuentran en Bolivia. Las normas así formuladas se denominan "normas de conflicto de leyes unilaterales". También puede ocurrir que, por el contrario, la norma de conflicto de leyes permita que se aplique un ordenamiento jurídico extranjero. Por ejemplo, si la norma de conflicto de leyes boliviana estableciera que se debe aplicar el ordenamiento jurídico del lugar donde se encuentren los bienes, independientemente de que se encuentren o no en Bolivia. Estas normas de conflicto de leyes reciben la denominación de "normas de conflicto de leyes bilaterales".[19]

La posibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico de otro país ha traído de la mano la necesidad de que en el derecho internacional privado se desarrollen figuras jurídicas específicas que ayudan a determinar en qué medida es posible aplicar las normas de un ordenamiento jurídico extranjero, como son las figuras del *reenvío*[20] o el *orden público internacional* (sobre este último, véase capítulo noveno).[21]

---

[19] Bogdan, M. (2012), *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, La Haya, Hague Academy of International Law, pp. 79-87.

Las normas de conflicto de leyes "bilaterales" han sido también denominadas "multilaterales". La distinción entre las normas de conflicto de leyes "unilaterales" y "bilaterales" se inserta en la discusión entre los métodos "unilateralista" y "multilateralista" expuesta clara y detalladamente en Symeonides, S. (2008), *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 365-369.

[20] Para comprender la figura del *reenvío*, puede pensarse en el siguiente escenario. Supongamos que para resolver una situación jurídica internacional en materia de derechos reales se debe aplicar una norma de conflicto de leyes que ordena que se aplique el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación de los bienes, y los bienes se encuentran en un país extranjero. Hay dos alternativas principales: 1) aplicar directamente el ordenamiento jurídico del país extranjero o 2) ver si ese ordenamiento jurídico contiene una norma de conflicto de leyes que regule el mismo supuesto de hecho de la situación. En la alternativa (2) la norma de conflicto puede ordenar: a) igualmente, que se aplique la ley del lugar de la ubicación, o b) que se aplique un tercer ordenamiento jurídico, por ejemplo, el del lugar donde el bien ha sido registrado. El reenvío tendría lugar si la situación se resuelve dentro de la alternativa (2)(b). Véase Sonnentag, M. (2017), "Renvoi", en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 1537-1545.

[21] Como veremos más adelante (véase capítulo noveno), la figura del *orden público internacional* ha sido desarrollada en el derecho internacional privado como una excepción que puede aplicarse para dejar sin efecto dentro de un Estado determinado las leyes o sentencias extranjeras, cuando se considere que estas van en contra de la moralidad o el orden social de dicho Estado. Así, el orden público internacional es diferente del orden público estrictamen-

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

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

III. Perspectiva material

Por otra parte, el derecho internacional privado puede también encargarse de las situaciones jurídicas privadas internacionales sin recurrir a las normas de conflicto. Esto es posible desde una perspectiva *material*, es decir, estableciendo en el plano internacional una regulación directa, que puede ser más o menos completa, sobre una determinada materia en la que tienen lugar situaciones jurídicas privadas internacionales. De esta forma, las situaciones jurídicas privadas internacionales en la materia respectiva son resueltas de la misma manera en todos los Estados que hacen parte de un tratado internacional[22] o de un proceso de integración regional.[23] A este proceso se le denomina "unificación del derecho privado".[24] La unificación del derecho privado es una tendencia que ha ido en aumento paulatinamente, pero hasta ahora ha llegado a concretarse sólo en cierta medida y en ciertas materias, como ha ocurrido, por ejemplo, en contratación internacional[25] o en propiedad intelectual.[26] La unificación del derecho privado, así vista, no es una tarea sencilla. Una característica importante de estas normas consiste en que, una vez adoptadas, serán directamente aplicables por las autoridades nacionales,[27] lo que implica que en cierto sentido se produzca una especie de

---

te interno, pues este último no se dirige a las situaciones jurídicas privadas internacionales y actúa principalmente como un límite a la libertad contractual. Véase Thoma, I. (2017), "Public Policy (Ordre Public)", en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, p. 1453.

[22] Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o Convención de Viena de 1980.

[23] Por ejemplo, la Unión Europea u otras organizaciones de integración regional americanas, como la Comunidad Andina de Naciones.

[24] Al lado de la unificación, tiene lugar la armonización, que implica la obligación de los Estados de *adaptar* sus ordenamientos jurídicos a ciertas reglas.

[25] Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o Convención de Viena de 1980.

[26] Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (o Acuerdo ADPIC) y Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones en materia de propiedad intelectual.

[27] Es conveniente tener en cuenta que ha existido un desarrollo paralelo de normas que no son creadas a través de un proceso jurídico-formal previamente determinado por los Estados. Estas normas, que pueden considerarse de origen privado, pueden ser aplicadas para la solución de situaciones jurídicas privadas internacionales, no sólo mediante mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje, sino también mediante tribunales, de manera uniforme en diferentes Estados. Estas normas se han desarrollado principalmente en materia de comercio internacional (destaca, por ejemplo, el uso de los Incoterms establecidos por la Cámara de Comercio Internacional).

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

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

sesión de soberanía de los Estados, que tendría lugar cuando éstos se someten al respectivo tratado internacional o proceso de integración regional. La consecución de la unificación del derecho privado implica, por otro lado, hacer frente a la diversidad no sólo legal, sino también política entre los diferentes Estados.

IV. Breve balance

Ambas perspectivas del derecho internacional privado —tanto la perspectiva conflictual como la perspectiva material— son relevantes en este libro. No obstante, se otorga una mayor atención a las soluciones relativas a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales que podemos encontrar desde la perspectiva conflictual. La razón para ello es que, específicamente en materia de bienes culturales, como también ocurre en materia de bienes en general, la unificación del derecho privado es prácticamente inexistente. No obstante, en este libro se considera también la perspectiva material.

Como veremos más adelante, en la segunda mitad del siglo XX se inició un proceso para proteger los bienes culturales que condujo un sistema de derecho internacional privado unificado. Este sistema, que gira en torno a la restitución y devolución de bienes culturales robados o exportados ilícitamente, se encuentra en el Convenio de Unidroit de 1995. Este Convenio, como se verá en el siguiente capítulo, ofrece una solución unificada, que se refiere, sobre todo, a aspectos relevantes desde un punto de vista procesal, es decir, a problemas relativos a los conflictos de jurisdicción que pueden presentarse en esta materia. Es de anotar, por otra parte, que las discusiones sobre la repatriación o restitución internacional de bienes culturales se refieren comúnmente a la aplicación, en los países de destino, de las normas que los países de origen han creado para proteger esa clase de bienes, que son normas materiales. De allí que también nos referiremos a las normas de este tipo que encontramos en los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latinoamericanos (véase el capítulo decimosegundo).

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

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

Capítulo segundo

DE LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1970 AL CONVENIO DE UNIDROIT DE 1995

I. Convención de la Unesco de 1970

Los inicios del marco normativo internacional que contemporáneamente regula de manera más directa la repatriación o restitución internacional de bienes culturales (que consta básicamente de los dos tratados internacionales que trataremos en este capítulo), se pueden ubicar a inicios del siglo XX.[1] En 1933, el Comité Internacional sobre Cooperación Intelectual realizó una propuesta para la adopción de un tratado internacional con alcance universal que regulara el tema de la repatriación o restitución internacional de objetos culturales que hubieran sido robados, o transferidos o exportados ilícitamente. Esta propuesta, que fue presentada ante la Sociedad de Naciones, pretendía proteger los patrimonios culturales nacionales. Sin embargo, no fue bien recibida por los Estados miembros, por dos razones fundamentales: por un lado, se pensó que su implementación implicaría serias dificultades legales y, por otro lado, preocupaba el hecho de que perturbaría el comercio internacional.[2] No obstante, a partir de ese momento se prepararon varias versiones de un proyecto de tratado sobre la materia que tuviera alcance universal, es decir, que todos los países del mundo pudieran hacer parte de él. El proyecto fue discutido en varios momentos hasta 1939, cuando el estallido de la Segunda Guerra Mundial detuvo las discusiones.[3] Finalizada la guerra, esas discusiones se retomaron y se desarrollaron especialmente en el marco de la Unesco, ins-

[1] Nos referiremos al marco normativo que aplica en los llamados "tiempos de paz", sin referirnos de manera específica a las normas que aplican a situaciones ocurridas en "tiempos de guerra", es decir, a la repatriación o restitución de bienes culturales que se origina por extracciones en contextos de conflicto armado.

[2] Documento Unesco UNESCO/CUA/115, p. 2.

[3] Documento Unesco UNESCO/CUA/115, pp. 2 y 3. Con anterioridad, había sido preparado por la Unión Panamericana un tratado sobre la protección de bienes muebles de valor histórico que fue adoptado en 1935 —el llamado Pacto Roerich, al cual nos referiremos más adelante— cuya aplicación en la práctica no había tenido lugar.

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

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

titución creada en 1946 como el organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas en materia de educación, ciencia y cultura.

Durante las décadas de los años cincuenta y sesenta se adoptaron dos recomendaciones en el marco de la Unesco.[4] La primera es de 1956, y establece los principios internacionales que deberían aplicarse a las excavaciones arqueológicas. La segunda recomendación es de 1964, y se refiere a las medidas encaminadas a prohibir e impedir la exportación, la importación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales. Esta última recomendación es el resultado de la resistencia de los Estados miembros de la Unesco a adoptar un tratado que se refiriera a los problemas relacionados tanto con la exportación como con la importación y la venta ilícitas de bienes culturales, cuya discusión había sido propuesta por las delegaciones de Perú y México[5] en la undécima sesión de la Conferencia General de la Unesco, celebrada en 1960.[6]

No obstante, México continuó insistiendo en su propuesta en torno a la idea de adoptar un tratado sobre el tema, a partir de lo cual la Asamblea General de la Unesco autorizó en 1968 la preparación de un borrador de tratado basado en el control nacional de importaciones y exportaciones. La Secretaría General de la Unesco preparó, en efecto, dos borradores, pero éstos no fueron adoptados. Finalmente, el tratado fue preparado por un comité especial de expertos gubernamentales, que estuvo coordinado por el jefe de la delegación mexicana[7] y fue adoptado poco tiempo después bajo el título de Convención de la Unesco sobre las Medidas que deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, en la décimo sexta sesión de la Conferencia General de la Unesco, celebrada el 14 de noviembre de 1970, y entró en vigor el 24 de abril de 1972. La Convención de la Unesco de 1970 surge en un contexto poscolonial, y busca asegurar que los bienes culturales robados o exportados ilícitamente desde sus países de origen puedan regresar a éstos.[8]

---

[4] Las recomendaciones no son vinculantes, pero tienen el fin de influir dentro de los Estados fijando líneas de conducta en las materias que tratan. Documento Unesco UNESCO/CUA/123, 1963, p. 4. Véase Ochoa Jiménez, M. J. (2011), *Der Schutz materieller Kulturgüter...*, *cit.*, p. 41.

[5] Nafziger, J. (2013), "The 1970 Unesco Convention: Insights, Circumspections, and Outlooks", en Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos* (pp. 211-228), México, UNAM, p. 211.

[6] Documento Unesco UNESCO/CUA/115, p. 1.

[7] Nafziger, J. (2013), *The 1970 Unesco Convention…*, *cit.*, p. 213.

[8] Siehr, K. (2009), "Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens von 1970 in Deutschland aus der Sicht der Wissenschaft", en Weller, M., Michael, P. (eds.), *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz. Tagungsband der Zweiter Heidelberger Kunstrechtstag am 5. und 6. September 2008*,

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

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

En el artículo 2 de la Convención, los Estados parte "reconocen que la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes". Además, los Estados parte "se comprometen a combatir esas prácticas con los medios de que dispongan, sobre todo suprimiendo sus causas, deteniendo su curso y ayudando a efectuar las reparaciones que se impongan". En ese orden de ideas, en el artículo 3, los Estados parte declaran ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones de la Convención.

Actualmente, la Convención de la Unesco de 1970 está en vigor para ciento cuarenta Estados. Puede decirse que la incorporación a la Convención, ya sea mediante ratificación, aceptación o declaración de sucesión, ha sido sostenida en el tiempo. Durante la década 1970-1980 ingresaron a ella cuarenta y dos Estados; veintitrés Estados lo hicieron en la década siguiente; en la década 1990-2000 ingresaron veinticinco Estados, y durante la década 2000-2010, veintiocho Estados. Desde 2010 han comenzado a hacer parte de ella veintiún Estados. No obstante, más allá del número de Estados que hacen parte de esta Convención, es importante preguntarse sobre cuál ha sido su impacto.

En tal sentido, se puede decir que la Convención ha originado, por una parte, desarrollos legislativos en el plano nacional. Esto puede verse como un impacto positivo, particularmente tratándose de Estados parte a donde son trasladados numerosos bienes de este tipo para ser comerciados o transferidos. Sin embargo, esto tiene diferentes matices. Como se ha indicado, el artículo 2 de la Convención de la Unesco de 1970, al igual que el artículo 13, contiene un compromiso de los Estados parte para actuar "con los medios de que dispongan". Esto conduce a que la Convención no sea directamente aplicable por las autoridades dentro de los Estados parte; sin embargo, exige que dichos Estados establezcan medidas legales internas

Baden-Baden, Nomos, p. 79. Véase también artículo 7, párrafo b) ii), de la Convención de la Unesco de 1970. En el mismo sentido, véase los estatutos del Comité Intergubernamental de la Unesco para Fomentar el Retorno de los Bienes Culturales a sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita, art. 3: "[…] 2. Podrá ser objeto de una petición relativa a la restitución o al retorno por parte de un Estado Miembro o Miembro Asociado de la UNESCO de todo bien cultural que tenga una significación fundamental desde el punto de vista de los valores espirituales y el patrimonio cultural del pueblo de un Estado Miembro o Miembro Asociado de la UNESCO, y *que haya sido perdido como consecuencia de una ocupación colonial o extranjera* o de resultas de una apropiación ilícita […]" (resaltado fuera del texto).

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

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

para transponer dicha Convención en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, pero los deja libres para decidir cómo lo realizarán.[9] Por supuesto, ello ha sido realizado de muy diversas formas, tanto en la letra como en la práctica, lo que ha resultado en muchos casos en limitaciones a las obligaciones adquiridas bajo la Convención.[10]

Por ejemplo, en Estados Unidos fue adoptada en 1983 la ley de transposición de la Convención de la Unesco de 1970 (*Cultural Property Implementation Act*).[11] Después de un largo proceso de discusiones entre los diferentes interesados, esta ley se adoptó respondiendo a las preocupaciones del comercio de antigüedades.[12] La ley impide la importación de bienes culturales que se encuentren en peligro, a consecuencia de pillajes arqueológicos o etnológicos, siempre que sean originarios de Estados que hayan firmado un tratado bilateral con los Estados Unidos. Para poder firmar un tratado de ese tipo, los Estados de origen deben ceñirse a determinados requisitos establecidos en la ley, cuyo cumplimiento es evaluado por un comité especial. Además, cada uno de estos tratados bilaterales tiene una duración de cinco años, y se refiere únicamente a ciertos bienes, que se encuentran especificados en un anexo del respectivo tratado bilateral. Estados Unidos ha celebrado estos tratados con varios países latinoamericanos: Belice, Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Perú, y de otras regiones del mundo: Bulgaria, Camboya, China, Chipre, Egipto, Grecia, Italia, Libia y Mali.[13]

---

[9] Siehr, K. (2009), "Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens…", *cit.*, p. 79.

[10] Nafziger, J. (2013), *The 1970 Unesco Convention…*, *cit.*, p. 220.

[11] Convention on Cultural Property Implementation Act. Partial text of Public Law 97-446 [H.R. 4566], 96 Stat. 2329, approved January 12, 1983; as amended by Public Law 100-204 [H.R. 1777], 101 Stat. 1331, approved December 22, 1987. Esta ley implementa especialmente el artículo 9 de la convención de la Unesco de 1970, que afirma: "Todo Estado Parte en la presente Convención, cuyo patrimonio cultural se encuentra en peligro, a consecuencia de pillajes arqueológicos o etnológicos podrá dirigir un llamamiento a los Estados interesados. Los Estados Parte en la presente Convención se comprometen a participar en cualquier operación internacional concertada en esas circunstancias, para determinar y aplicar las medidas concretas necesarias, incluso el control de la exportación, la importación y el comercio internacional de los bienes culturales de que concretamente se trate. Mientras se transmita el establecimiento de un acuerdo, cada Estado interesado tomará disposiciones provisionales, en cuanto sea posible, para evitar que el patrimonio cultural del Estado peticionario sufra daños irreparables".

[12] Kaye, L. M. (2013), "The Fight Against the Illicit Trafficking of Cultural Property: Best Practices in the United States of America", en Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos* (pp. 175-210), México, UNAM, p. 176.

[13] Todos los acuerdos bilaterales celebrados por el gobierno de los Estados Unidos en el marco de la Cultural Property Implementation Act se encuentran disponibles en: *https://eca.state.gov/cultural-heritage-center/cultural-property-advisory-committee/current-import-restrictions*.

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

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

En Europa, por su parte, además de normas unificadoras[14] (Reglamento 3911/92, reemplazado por el Reglamento 116/2009), se han adoptado sobre este tema normas armonizadoras[15] (Directiva 93/7, reemplazada por la Directiva 2014/60), que son aplicables entre los Estados miembros de la Unión Europea. En Alemania, las normas europeas han sido el motor de las leyes nacionales para la protección del patrimonio cultural,[16] como la ley sobre devolución de bienes culturales (*Kulturgüterrückgabegesetz*), del 18 de mayo de 2007.[17] Esta ley transpone no sólo la Convención de la Unesco de 1970, sino también normas armonizadoras europeas. En Suiza[18] se ha seguido un modelo similar al de los Estados Unidos en cuanto a la celebración de tratados bilaterales específicos, que son aplicables a una lista de categorías de los bienes culturales de cada uno de los dos Estados que se encuentran protegidos por el respectivo tratado bilateral.[19] Suiza ha firmado tratados de este tipo con varios países cuyos objetos culturales son ampliamente codiciados en el mercado internacional, como Italia, Grecia, Egipto, Chipre y China, incluyendo países latinoamericanos como Colombia, Perú y México.[20]

Por otra parte, la Convención de la Unesco de 1970 —o, más bien, el hecho de contar ésta con un alcance limitado— dio lugar a que se creara una nueva normativa internacional, destinada a cumplir con los mismos fines generales, pero a través de mecanismos diferentes. Aunque la Convención de la Unesco de 1970 tiene una perspectiva de derecho público, pues se dirige especialmente a actuaciones de los Estados, la aplicación de

---

Véase Ochoa Jiménez, M. J. (2011), *Der Schutz materieller Kulturgüter…, cit.*, p. 42; Siehr, K. (2009), *Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens…, cit.*, pp. 80-82.

[14] La unificación implica que la regulación es la misma en todos los Estados y que las normas unificadas son directamente aplicables en ellos.

[15] La armonización implica la obligación de los Estados, de adaptar sus ordenamientos jurídicos a ciertas reglas que se establecen en los instrumentos normativos armonizadores.

[16] Elmenhorst, L. y Wiese, V. (2018), *KGSG – Kulturgüterschutzgesetz..., cit.*, p. 3.

[17] Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 93/7/EWG des Rates über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern (Kulturgüterrückgabegesetz - KultGüRückG), vom 15. Oktober 1998 (BGBl. I S. 3162).

[18] La Ley de Transferencia de Bienes Culturales (*Kulturgütertransfergesetz*), del 26 de junio de 2003 (art. 7), y el Reglamento de dicha Ley (*Kulturgütertransferverordnung*), del 13 de abril de 2005. Véase Siehr, K. (2009), *Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens…, cit.*, p. 82.

[19] Renold, M. A. (2009), "Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens von 1970 in Deutschland in der Schweiz: Das Beispiel der internationalen bilateralen Vereinbarungen", en Weller, M. y Michael, P. (eds.), *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz. Tagungsband der Zweiter Heidelberger Kunstrechtstag am 5. und 6. September 2008*, Baden-Baden, Nomos, p. 302; Siehr, K. (2009), *Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens…, cit.*, p. 83.

[20] Más información disponible en: *https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/kulturerbe/kulturguetertransfer/bilaterale-vereinbarungen.html* (29/11/2019).

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

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

algunas de sus disposiciones afectaba el área del derecho privado, especialmente mediante su referencia a los poseedores de buena fe, en el artículo 7, párrafo b ii).[21] Tomando en cuenta esto, y las diferencias que desde el punto de vista del derecho privado pueden existir en los diversos sistemas jurídicos nacionales, la Unesco recurrió al Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) a principios de los años ochenta.

El Unidroit, que había sido parte de la Sociedad de Naciones, ya tenía experiencia en la protección de bienes culturales en el contexto de conflictos armados, en particular en el marco de normas de derecho internacional humanitario, pues en los años cincuenta había trabajado junto con la Unesco en el proyecto que desembocó en la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, aprobada el 14 de mayo de 1954 y su Protocolo, que fue adoptado simultáneamente.[22] Con la Convención de La Haya de 1954 se buscaba salvar las limitaciones de las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907[23] y del Pacto de Washington de 1935 para la Protección de las Instituciones Artísticas y Científicas y de los Monumentos Históricos (conocido como Pacto Roerich),[24] que habían

[21] Convención de la Unesco de 1970, art. 7, párrafo b ii): "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 después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados, a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. Las peticiones de decomiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática. El Estado requirente deberá facilitar, a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición de decomiso y restitución. Los Estados Parte se abstendrán de imponer derechos de aduana, u otros gravámenes, sobre los bienes culturales restituidos con arreglo al presente artículo".

Véase Reichelt, G. (1994), "Die Vereinheitlichung des privatrechtlichen Kulturgüterschutzes nach dem UNIDROIT-Vertragsentwurf 1990", en Dolzer, R., Jayme, E. y Mußgnug, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg (pp. 67-81), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, pp. 68 y 69.

[22] El segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado fue adoptado el 26 de marzo de 1999. Sobre la contribución de Unidroit en el desarrollo de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954, véase Giardini, G. (2018), "The Principle of International Restitution of Cultural Property in the 1954 Hague Convention: The Unidroit Contribution", *Uniform Law Review*, 23, 42-80.

[23] Convención de La Haya de 1899 relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre y Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de la Convención de La Haya de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales.

[24] Este tratado es llamado así porque su impulsor fue el artista ruso Nicolas Roerich. Véase Estrella Faría, J. Á. (2013), "Unesco, Unidroit y la Restitución de Bienes Culturales", en Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos* (pp. 19-34),

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

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

derivado de discusiones que tuvieron lugar antes y después de la Primera Guerra Mundial, para proteger el patrimonio cultural mueble e inmueble en el contexto de conflictos armados.[25] Estos tratados se refieren a la protección de bienes culturales públicos y privados, pero esta protección no constituye su objetivo único o principal.

Vale la pena mencionar que el Pacto Roerich, que se adoptó en el marco de la Séptima Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo, Uruguay, fue el primer tratado dedicado especialmente a la protección del patrimonio cultural en contextos de conflicto armado, y es, además, el primer tratado regional dedicado a esta temática. Este tratado establece que los beligerantes deberán respetar y proteger "los monumentos históricos, los museos y las instituciones dedicadas a la ciencia, al arte, a la educación y a la conservación de los elementos de cultura" (artículo 2), y a tal fin establece una bandera que sirve para identificarlos (artículo 3). Pero, teniendo un alcance regional, este Pacto aplica sólo a los siguientes Estados americanos que lo ratificaron entre 1935 y 1937: Brasil, Chile, Colombia, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, México, Estados Unidos y Venezuela, mientras que lo han firmado, sin haberlo ratificado aún: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.[26] Sin embargo, el Pacto Roerich no se refiere a la restitución o devolución de bienes culturales, tema que sí fue incluido en las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907,[27] como lo ha-

México, UNAM, p. 20. Véase también, párrafo cuarto del Preámbulo de la Convención de La Haya de 1954.

[25] En cuanto a la protección del patrimonio cultural en el contexto del derecho internacional humanitario, deben tenerse en cuenta, además de los tratados mencionados, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Asimismo, es de indicar la existencia del memorando de entendimiento del 9 de febrero de 2016 celebrado entre la Unesco y el Comité Internacional de la Cruz Roja, en el que se refiere, siempre en una situación de conflicto armado, a la protección de colecciones de bienes culturales muebles, al decir en el art. 1, núm. vi, que el Comité Internacional de la Cruz Roja "puede ayudar en el rescate de específicos bienes culturales en situación de riesgo inminente, por ejemplo, facilitando la evacuación de colecciones y/o la prestación de suministros y equipamientos necesarios para llevar a cabo las medidas de salvaguardia de emergencia". Véase O'Keefe, R., Péron, C., Musayev, T. y Ferrari, G. (2019), *Protección de los bienes culturales. Manual militar*, Buenos Aires, UNESCO/Ministerio de Defensa, p. 55.

[26] Según el art. 7 del Pacto Roerich, la Unión Panamericana actúa como depositario, función que fue asumida posteriormente por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. El estado de firmas y ratificaciones se encuentra disponible en: *http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/c-3.html* (29/11/2019).

[27] Arts. 53, 54 y 56 de la Convención de La Haya de 1899 relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre; arts. 53, 54 y 56 del Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la

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

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

bía sido anteriormente en tratados de paz[28] y en tratados bilaterales más recientes.[29] La Convención de La Haya de 1954 vino, entonces, a superar las debilidades de las normas internacionales existentes hasta el momento (convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 y Pacto Roerich). Sin embargo, por influencia de Estados Unidos y del Reino Unido, la Convención no incorporó la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, tema que fue relegado, aunque con recelo, a un protocolo facultativo.[30]

II. Convenio del Unidroit de 1995

El Unidroit comenzó a tratar la repatriación o restitución internacional de bienes culturales en tiempos de paz —es decir, fuera de contextos de conflicto armado y, más específicamente, en consideración de las particularidades propias de las normas de derecho privado, que es el ámbito al cual nos referimos en este libro— en el marco de su programa de trabajo para 1987-1989. A tal efecto, creó un grupo de estudio compuesto por expertos de países exportadores e importadores de bienes culturales.[31] Estos trabajos del Unidroit desembocaron

---

Guerra Terrestre de la Convención de La Haya de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales.

[28] Ya en el Tratado de Westfalia, firmado en Münster en 1648, art. CXIV. Véase Prott, L. (2009), *Witnesses to History…, cit.*, p. 2.

[29] Por ejemplo, el Tratado entre la República Federal de Alemania y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre Buena Vecindad, Asociación y Cooperación de 1990, art. 16, segundo párrafo. Disponible en: *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/baldin-collection-2013-kunsthalle-bremen-germany-and-state-hermitage-museum-russia-1/treaty-between-the-federal-republic-of-germany-and-the-union-of-soviet-socialist-republics-on-good-neighbourliness-partnership-and-cooperation-9-november-1990/view*.

La restitución o devolución de bienes culturales se incluyó en leyes nacionales creadas en ese contexto, como la Ley Federal sobre Bienes Culturales Trasladados a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) como resultado de la Segunda Guerra Mundial y ubicados en el territorio de la Federación Rusa, adoptada en 1997. El texto de la Ley está disponible en: *http://www.lostart.de/Content/07_Publikationen/DE/SpoilsOfWar/Spoils%20of%20War%204.pdf?__blob=publicationFile&v=3*.

[30] Protocolo de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, aprobada el 14 de mayo de 1954, I.3: "Cada una de las Altas Partes Contratantes se compromete a devolver, al término de las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio anteriormente ocupado, los bienes culturales que se encuentren en el suyo, si dichos bienes han sido exportados en contravención del principio establecido en el párrafo primero. En ningún caso los bienes culturales podrán retenerse a título de reparaciones de guerra". Véase Prott, L. (2009), *Witnesses to History…, cit.*, p. 11; Giardini, G. (2018), *The Principle of International Restitution of Cultural Property…, cit.*, p. 42.

[31] Ochoa Jiménez, M. J. (2011), *Der Schutz materieller Kulturgüter…, cit.*, p. 46.

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

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

en el Convenio sobre los Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, adoptado el 24 de junio de 1995.

El Convenio del Unidroit de 1995 no ofrece soluciones desde la perspectiva conflictual del derecho internacional privado, sino que lo hace desde una perspectiva material unificadora.[32] Tampoco se enfoca este Convenio en el problema de la propiedad sobre los bienes culturales.[33] Aunque la propiedad de ciertos bienes culturales ha sido tratada por un comité de expertos creado a iniciativa de la Unesco y el Unidroit, de estos trabajos no ha resultado un tratado internacional, sino un conjunto de disposiciones modelo en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos (véase el capítulo decimosegundo).[34] Lo relativo al derecho de propiedad sobre dichos bienes tiene que ser resuelto, entonces, mediante la aplicación de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte; esto es, de sus propias normas de derecho internacional privado.[35]

El Convenio del Unidroit de 1995 se orienta, eso sí, a la consideración de dos aspectos que, de forma general, se desprenden de la protección del derecho de propiedad: primero, que el legítimo propietario pueda obtener la restitución de una cosa de la que ha sido desposeído sin su consentimiento, y, segundo, que quien haya adquirido una cosa de quien parece ser su legítimo propietario goce de protección.[36] En este orden de ideas, el Convenio del Unidroit de 1995 establece una normativa uniforme que regula las reclamaciones internacionales encaminadas a la restitución de bienes culturales robados o a la devolución de bienes culturales exportados ilícitamente. Las normas que incorpora el Convenio del Unidroit para regular dichas reclamaciones, que no se aplican a situaciones jurídicas originadas dentro del territorio de un Estado parte o reclamaciones puramente nacionales,[37] serán tratadas más adelante (véase el capítulo cuarto).

El Convenio del Unidroit de 1995 se encuentra en vigor para cincuenta Estados. Al igual que en el caso de la Convención de la Unesco de

[32] Reichelt, G. (1994), "Diskussion", en Dolzer, R., Jayme, E. y Mußgnug, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg (pp. 123-146), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, p. 130.

[33] Esto ha sido considerado como el mérito fundamental del Convenio. Calvo Caravaca, A. L. (2004), "Private International Law and the Unidroit Convention of 24 June 1995 on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects", en Mansel, H.-P., Kronke, H. y Pfeiffer, T. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, Sellier European Law Publishers, p. 90.

[34] Documento de la Unesco CLT-2011/CONF.208/COM.17/5 París, 1 de julio de 2011.

[35] Calvo Caravaca, A. L. (2004), *Private International Law…, cit.*, p. 90.

[36] Estrella Faría, J. Á. (2013), *Unesco, Unidroit y la restitución de bienes culturales…, cit.*, p. 23.

[37] Calvo Caravaca, A. L. (2004), *Private International Law…, cit.*, p. 91.

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

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

1970, puede decirse que las ratificaciones y adhesiones a dicho Convenio se han producido de una forma sostenida. Antes de 2000, había entrado en vigor para once Estados, en la década siguiente entró en vigor para veinte Estados, y desde 2010 hasta ahora han ingresado a él diecinueve Estados. Además, nueve Estados más lo han firmado, aunque no lo han ratificado aún. No obstante, en comparación con la Convención de la Unesco de 1970, el Convenio de Unidroit de 1995 se ha encontrado con una mayor resistencia. Esta resistencia no ha provenido de los países de origen, como los países latinoamericanos, aunque allí se han levantado voces críticas de ciertos aspectos, como los relativos a la manera como el Convenio regula la protección de los poseedores actuales.[38] La resistencia ha tenido lugar, más bien, entre los países de destino de bienes culturales. Una razón fundamental para ello descansa en el hecho de que, como se ha indicado antes, el Convenio del Unidroit de 1995 incorpora normas de derecho internacional privado unificadoras, que son directamente aplicables por los tribunales nacionales de los Estados que lo hayan firmado y ratificado, tal como ocurre con las leyes nacionales dictadas por los órganos legislativos del respectivo Estado.

El hecho de que el Convenio del Unidroit de 1995 tenga una perspectiva de derecho privado no implica que no tenga incidencias en el derecho público. Considérese, por una parte, que el Convenio del Unidroit es en sí mismo un tratado internacional, es decir, un instrumento de derecho internacional público, y, por otra parte, que en cada Estado la función judicial (incluyendo normas procesales, organización del aparato jurisdiccional, etcétera) entra dentro de la esfera del derecho público. La perspectiva de derecho privado del Convenio del Unidroit tampoco implica que éste apunte a que los bienes culturales sean protegidos sólo por su valor económico, pues el objetivo del Convenio del Unidroit de 1995 gira en torno a establecer "un cuerpo mínimo de normas jurídicas comunes con miras a la restitución y a la devolución de los bienes culturales entre los Estados contratantes, a fin de favorecer la preservación y protección del patrimonio cultural en interés de todos" (párrafo cuarto del preámbulo). Ello se hace con miras a contribuir a la lucha contra el tráfico ilícito, aunque sin perjudicar el comercio legal de bienes culturales ni impedir que los artistas puedan comerciar con sus obras internacionalmente.[39]

[38] Alva Guerrero, B. (2013), "El Comité Subsidiario: propuesta de futuras tareas", en Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos* (pp. 35-44), México, UNAM, pp. 43 y 44.

[39] Convenio del Unidroit de 1995, art. 7, párrafo 1 a) y b).

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

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

Los bienes culturales protegidos por ambos tratados son definidos de forma similar en cada uno de ellos, aunque en la Convención de la Unesco de 1970 se exige la designación expresa por parte de cada Estado parte,[40] exigencia ésta que no figura en el Convenio de Unidroit de 1995. La razón de esto último se encuentra, precisamente, en el enfoque de derecho privado que prevalece en el Convenio de Unidroit.[41] Aunque de ello podría con facilidad deducirse que la Convención de la Unesco es más restrictiva, en realidad el sistema de categorías que adoptan ambos tratados (la Convención de la Unesco en su artículo 1 y el Convenio de Unidroit en su anexo) deja de lado bienes culturales que merecerían ser protegidos por los sistemas creados en ambos instrumentos.

Comparación entre la Convención de la Unesco de 1970 y el Convenio de Unidroit de 1995[42]

	Convención de la Unesco de 1970	*Convenio de Unidroit de 1995*
Contenido	Formulación de principios para la protección internacional de bienes culturales Disposiciones mínimas para evitar el tráfico ilícito de bienes culturales	Unificación de los requisitos para: – restitución de bienes culturales robados – devolución de bienes culturales exportados ilícitamente
Derecho público/ privado	Principalmente derecho público	Derecho privado, aunque también derecho público
Aplicabilidad	No es directamente aplicable	Directamente aplicable Necesita ciertas normas de transposición (procedimentales y orgánicas)
Posibilidad de renuncia	No admite	No admite

[40] Convención de la Unesco de 1970, art. 1, primer párrafo.

[41] Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), "El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995", en Fernández Liesa, C., Prieto, J., Vacas Fernández, F. y Zapatero, P. (eds.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid, Colex, p. 162.

[42] Parcialmente basado en Raschèr, A. (2000), *Kulturgütertransfer und Globalisierung*, Baden Baden, Nomos Verlag, pp. 151 y 152.

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

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

Cantidad de Estados que han ratificado, aceptado o notificado sucesión[43]	140	50
Alcance material	Aplicable a todos los bienes culturales que entran en una categoría del art. 1 (definición general) Principio establecido en el art. 7, b, ii: objetos inventariados, que son parte de una colección.	Los mismos bienes que Unesco 1970 Restitución de bienes culturales robados o excavados ilícitamente Devolución de bienes culturales exportados ilícitamente, en relación con los cuales se cumplan los requisitos del art. 5.3.
Alcance temporal	Irretroactividad	Irretroactividad
Alcance personal	Obliga a los Estados parte	Bienes robados: pueden ser reclamados por el *propietario* (Estado u otro sujeto) Bienes exportados ilícitamente: solo pueden ser reclamados por *Estados parte*

III. Breve balance

Ni la Convención de la Unesco de 1970 ni el Convenio del Unidroit de 1995 agota, cada uno en su respectivo ámbito, la protección que pueda otorgarse a los bienes culturales frente al tráfico ilícito internacional. Esto es bastante claro en ambos casos. En el caso de la Convención de la Unesco de 1970, se pone de manifiesto en la circunstancia de que para ser plenamente efectiva requiere de normas nacionales,[44] y en el caso del Convenio del Unidroit de 1995, en el hecho de que éste, al no legitimar cualquier actividad ilícita que se llevara a cabo antes de su entrada en vigor o que quedara excluida de su aplicación, no limita el derecho de un Estado o de otra persona a presentar, fuera del marco del Convenio, una demanda de restitución o de

[43] Actualizado al 22/08/2019.

[44] Convención de la Unesco de 1970, art. 2.

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

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

devolución de un bien robado o exportado ilícitamente antes de su entrada en vigor.[45] Sin embargo, sin dejar de considerar sus respectivos límites, ambos tratados configuran un marco jurídico con consecuencias importantes en el plano internacional. Por un lado, han venido a establecer reglas de juego bastante claras sobre lo que es lícito y lo que no lo es en el movimiento internacional de bienes culturales y sobre cómo han de resolverse situaciones jurídicas privadas internacionales surgidas a partir de actuaciones ilícitas sobre bienes culturales. Por otro lado, la Convención de la Unesco de 1970 y el Convenio del Unidroit de 1995 incluyen principios jurídicos que deben ser observados por todos los Estados, y, en general, han formado un ambiente que no existiría sin ellos.[46] Ambos tratados pueden ser vistos como "las dos caras de una misma moneda", como lo ha expresado Sánchez Cordero, para quien el Convenio de Unidroit de 1995 era una consecuencia natural de la Convención de la Unesco de 1970,[47] y han contribuido a configurar un orden público internacional en esta materia, que ha sido relevante en la resolución de diversos casos (véanse los capítulos noveno y decimotercero).

Tomando en cuenta el marco normativo compuesto por estos dos tratados, se puede ver que no es cierta la creencia extendida en los últimos años por quienes piensan que la perspectiva conflictual del derecho internacional privado ha perdido toda vigencia. En relación con la materia que se trata en este libro, el Convenio del Unidroit de 1995 demuestra que, ciertamente, han tenido lugar trasformaciones que han conducido a una cierta unificación normativa internacional en materia de bienes culturales. Pero al mismo tiempo se puede ver a través de ese mismo convenio que esa unificación no abarca a todos los países, pues sólo 50 Estados lo han ratificado hasta ahora. En este sentido, continúa siendo necesario considerar las discusiones que tienen lugar desde la perspectiva conflictual del derecho internacional privado, lo que se acentúa respecto de los países que no han ratificado el Convenio de Unidroit de 1995 y en relación con los temas no regulados en él. Mientras no ocurra una unificación internacional completa del derecho aplicable al movimiento internacional de bienes culturales, continuarán siendo necesarias las soluciones que ofrece la perspectiva conflictual del derecho internacional privado.

---

[45] Convenio de Unidroit de 1995, art. 10, párrafo 3.

[46] En particular, sobre el papel de la Convención de la Unesco de 1970, véase Bokova, I. (2013), *Poner coto al tráfico ilícito…*, *cit.*, p. 7.

[47] Declaraciones de Jorge Sánchez Cordero recogidas en el Informe Explicativo de las Disposiciones modelo Unidroit/Unesco en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos, disponible en: *https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/model-provisions*.

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

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

SEGUNDA PARTE

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

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

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

Capítulo tercero

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL PAÍS DONDE SE ENCUENTRAN LOS BIENES

I. La calificación como punto de partida

Al confrontarnos con situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a bienes, es decir, referidas a derechos reales, es necesario determinar ante todo si la situación jurídica se refiere a derechos reales propiamente o a otra materia, como pueden ser, por ejemplo, contratos, matrimonio o sucesiones. Asimismo, es menester saber de qué clase de bien se trata; por ejemplo, si es un bien mueble o inmueble (cuestión esta que no es siempre sencilla; piénsese, por ejemplo, en los frescos). Establecer cuál ha de ser el ordenamiento jurídico que se aplicará para resolver esas cuestiones, y resolverlas conforme a dicho ordenamiento jurídico, recibe en el derecho internacional privado el nombre de "calificación". También se llama calificación a la subsunción de la situación de hecho en las normas de derecho internacional privado, especialmente en las normas de conflicto.[1] En otras palabras, mediante la calificación se realiza la acción de "determinar la naturaleza jurídica de una relación de derecho", como afirma Larrea Holguín,[2] quien destaca que

> …las definiciones de instituciones jurídicas, que se encuentran frecuentemente en las leyes, tienen por objeto facilitar esta labor… Otras veces, no hay definiciones; pero la calificación se verifica de todos modos, examinando si una relación dada reúne los requisitos exigidos por la ley para configurarse como tal o cual institución.

Calificar es una tarea que puede ser difícil,[3] pero que es fundamental en un proceso, pues a través de ella el tribunal ante el cual se interpone la

[1] Söhngen, M. (2006), *Das Internationale Privatrecht von Peru. MPI Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 162*, Tubinga, Mohr Siebeck, p. 38.

[2] Larrea Holguín, J. I. (1962), *Manual de derecho internacional privado ecuatoriano*, Quito, La Prensa Católica, p. 94.

[3] Martiny, D. (2012), *Lex Rei Sitae as Connecting Factor…*, *cit.*, p. 119.

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

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

demanda, primero, determina si tiene competencia para decidir sobre la situación, y, segundo, puede dilucidar cuál es el ordenamiento jurídico que debe aplicar para resolver el fondo del caso. En este orden de ideas, la calificación puede ser decisiva, ya sea para resolver conflictos de jurisdicción o para resolver conflictos de leyes (véase el capítulo primero).

Para ilustrar esta cuestión en relación con los conflictos de jurisdicción en materia de repatriación o restitución internacional de bienes culturales, se puede mencionar un caso que fue decidido por la Cour de Cassation de Francia en 1988.[4] En este caso se debatió la competencia de los tribunales franceses para conocer de una demanda de restitución de unos frescos que habían sido desprendidos de una capilla secularizada ubicada en Francia, y que se encontraban en ese momento en un museo de Ginebra, en territorio suizo. Para ello era necesario calificar los frescos como bienes muebles o inmuebles, pues los tribunales franceses podían tener competencia sólo si se consideraban inmuebles. Tanto el tribunal que conoció en primera instancia, Tribunal de Grande Instance de Perpiñán, como la Cour d'Appel de Montpellier, habían decidido que los tribunales franceses eran competentes, al considerar que los frescos eran "inmuebles por destinación" (artículos 524-525, Código Civil), y que esa ficción jurídica era compatible con la protección de dichos bienes. Sin embargo, la Cour de Cassation decidió que los frescos, una vez desprendidos, eran bienes muebles, por lo que eran competentes los tribunales del lugar de domicilio del demandado, en aplicación de un tratado bilateral que había sido celebrado entre Francia y Suiza.[5]

En América Latina, la doctrina del derecho internacional privado ha tratado la calificación en relación con los conflictos de leyes en materia de derechos reales considerando, en general, dos vías posibles: a) calificar de acuerdo con la *lex rei sitae*, es decir, aplicando el ordenamiento jurídico del país en cuyo territorio se encuentra el bien, o b) calificar según la *lex fori*; esto es, atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado del tribunal que está

[4] Hacemos referencia al caso conocido como "Casanoves Freques", Cass. Ass. L. 15.4.1988, D.S. 1988, j. 325. Véase Reichelt, G. (1989), "Kulturgüterschutz und Internationales Verfahrensrecht", *IPrax*, 4, 254 y 255, p. 254.

[5] Reichelt, G. (1986), "Kulturgüterschutz und internationales…", *cit.*, p. 74; Reichelt, G. (1986), "Kulturgüterschutz und internationales…", *cit.*, p. 255; Stoll, H. (1994), "Sachenrechtliche Fragen des Kulturgüterschutzes in Fällen mit Auslandsberührung", en Dolzer, R., Jayme, E. y Mußgnug, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, p. 56.

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

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

conociendo el caso.[6] En Colombia, por ejemplo, donde no existe norma alguna sobre esta cuestión, la doctrina ha favorecido la aplicación de la ley del lugar de la ubicación del bien. Esta posición ha sido sostenida considerando que es acorde con el Tratado de Montevideo de 1889 sobre derecho civil internacional,[7] aunque en éste no haya una regulación expresa sobre la calificación en materia de bienes. En este sentido, según la doctrina colombiana, esta cuestión tendría que ser decidida mediante aplicación de la ley del lugar donde el bien se encuentre (*lex rei sitae*) y no de conformidad con el ordenamiento jurídico del país del tribunal (*lex fori*).[8] En la doctrina ecuatoriana se defiende también la aplicación de la *lex rei sitae* considerando el amplio ámbito de aplicación del artículo 15 del Código Civil de Ecuador[9] y tomando en cuenta que esa regla es la que se aplica a los conflictos de leyes, a los cuales van muy unidos los conflictos de calificación.[10] En esa dirección se ha regulado en otros países latinoamericanos. Así, por ejemplo, se puede observar en el artículo 8 de la Ley de Introducción al Código Civil de Brasil.[11] Este artículo ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que tratándose de un bien situado en territorio brasileño se aplicará el derecho brasileño, pero si el bien se encuentra en el extranjero, la calificación se realizará aplicando el ordenamiento jurídico extranjero; es decir, el ordenamiento del lugar de la ubicación del bien, siempre que con ello no se contraríe el orden público brasileño.[12]

---

[6] Se puede plantear la posibilidad de otras alternativas, como la ley del lugar donde ha nacido el derecho en cuestión. Véase Herrán Medina, Á. (1959), *Compendio de derecho…*, *cit.*, p. 225.

[7] A este respecto, se pueden ver, en relación con el derecho colombiano, Herrán Medina, Á. (1959), *Compendio de derecho…*, *cit.*, p. 225, y, en cuanto al derecho peruano, Delgado, C., Delgado, M. y Candela, C. (2007), *Introducción al derecho…*, *cit.*, p. 251.

[8] Herrán Medina, Á. (1959), *Compendio de derecho…*, *cit.*, p. 225.

[9] Código Civil de Ecuador, art. 15: "Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

Pero los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas".

[10] Larrea Holguín, J. I. (1962), *Manual de derecho internacional…*, *cit.*, pp. 182-184.

[11] Ley de Introducción al Código Civil de Brasil, art. 8: "Para calificar los bienes y regular las relaciones que los conciernen, se aplicará la ley del país en el que se encuentren".

[12] Tenorio, O. (1955), *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de1942)*, 2a. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, p. 314. En el Código Bustamante, para realizar las clasificaciones y calificaciones jurídicas de los bienes, se hace referencia a la ley territorial, en lugar de mencionarse expresamente la ley del lugar de la ubicación de los bienes (arts. 112 y 113).

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

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

En cualquier caso, como hemos indicado, la calificación será realizada por el tribunal ante el cual se acuda a los fines de reclamar la repatriación o restitución. Y es relevante no sólo como paso previo a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, sino, antes de eso, como paso previo a la determinación de la competencia de ese mismo tribunal, que será el que eventualmente decidirá sobre el caso. Tratándose de derechos reales, este tribunal será, como regla general, aquel del lugar donde se encuentra el bien, o conjunto de bienes, en virtud de la regla *forum rei sitae,* a la que ya hemos hecho referencia, y que explicaremos con más detalle a continuación.

II. Por qué la regla *forum rei sitae*

Los casos referidos a situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a bienes culturales se caracterizan por implicar diferentes ordenamientos jurídicos. De esta forma, implican la necesidad de escoger cuál será el Estado ante cuyos tribunales se demandará la repatriación o restitución internacional de un bien, o conjunto de bienes, de naturaleza cultural. En este panorama, vendrá a la mente de la mayor parte de los litigantes no sólo la pregunta sobre cuál tribunal tendría competencia para conocer del caso, sino también la pregunta sobre cuál jurisdicción será la mejor para la parte que se está representando.[13]

Hemos visto (véase capítulo primero) que en el derecho internacional privado existen normas que se ocupan de los conflictos de jurisdicción, es decir, normas mediante las cuales se atribuye competencia a los tribunales de determinado país para conocer y decidir sobre situaciones jurídicas privadas internacionales. Si se trata de acciones relativas a derechos reales, es decir, derechos relativos a bienes, será aplicable la regla *forum rei sitae*, según la cual para conocer y decidir sobre dichas situaciones son competentes los tribunales del país en el cual los bienes se encuentren ubicados.

La cuestión del reconocimiento de la regla *forum rei sitae* ha venido de la mano de la manera como ha sido respondida históricamente la otra pregunta importante en este tipo de casos, que se refiere a cuál debe ser el ordenamiento jurídico aplicable para decidir las situaciones jurídicas internacionales relativas a bienes. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que, por un

[13] Anglim, J. (2004), "Crossroads in the Great Race: Moving Beyond the International Race to Judgment in Disputes Over Artwork and Other Chattels", *Harvard International Law Journal*, 45(1), 239-301, p. 239. Esta libertad para elegir la jurisdicción ante la cual se demandará es lo que se conoce en derecho internacional privado como *forum shopping* (véase el capítulo primero).

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

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

lado, los factores de conexión usados para indicar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable y, por otro lado, los elementos atributivos de competencia judicial internacional, sobre la que se basa la competencia de los tribunales para decidir las situaciones relativas a los bienes inmuebles y a los muebles, han cambiado con el tiempo a diferentes ritmos. Estos cambios han tenido su origen en Europa, y han repercutido en el derecho internacional privado de los países de América Latina.

Antes del siglo XVIII, la cuestión del ordenamiento jurídico aplicable a situaciones privadas internacionales relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles se resolvía por el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación de los bienes, mientras que aquellas relativas a derechos reales sobre bienes muebles se regían por el ordenamiento jurídico del domicilio del propietario.[14] En cuanto a la competencia judicial, históricamente los tribunales del país de la ubicación de los bienes inmuebles han sido competentes para conocer de las acciones sobre situaciones relativas a esta clase de bienes, mientras que, en casos relativos a bienes muebles, lo han sido los tribunales del domicilio del demandado. De esta manera, en casos relativos a bienes muebles, siendo demandado el propietario, coincidían la competencia de los tribunales del lugar del domicilio del demandado y el ordenamiento jurídico aplicable.[15]

Posteriormente, en cuanto al ordenamiento jurídico aplicable, tanto las situaciones privadas internacionales relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles como aquellas relativas a derechos reales sobre bienes muebles pasaron a ser regidas por el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación de los bienes (véase el capítulo séptimo). Sin embargo, en cuanto a la competencia judicial, todo siguió igual que antes: los tribunales del país de

[14] Joseph Story sostenía en sus *Commentaries*, publicados por primera vez en 1834, que estos bienes debían regirse por el ordenamiento jurídico del domicilio (*lex domicilii*) del propietario. Véase Story, J. (1846), *Commentaries on The Conflict of Laws, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 3a. ed. Boston, Charles and Brown, pp. 636 y 637.

En el ámbito latinoamericano, esta solución se adoptó en el Código Civil de la República Argentina de 1869, donde se mantiene en gran medida en su actual Código Civil y Comercial (véase Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, sancionada el 1o. de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre del mismo año). También el Código Civil del Estado de Antioquia, en Colombia, que data de 1864, establecía que los derechos y obligaciones relativos a los bienes muebles se regían por las leyes del Estado o país de domicilio o residencia su dueño (art. 13), mientras que la regla *lex rei sitae* se aplicaba solamente a situaciones relativas a derechos sobre inmuebles (art. 12). Véase Código Civil del Estado Soberano de Antioquia, Expedido por la Asamblea Constituyente, Edición oficial, 1864.

[15] Fuentes Camacho, V. (1993), *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, Ed. Beramar, p. 144.

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

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

la ubicación de los bienes inmuebles son competentes para conocer de las acciones sobre situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a bienes inmuebles, mientras que para las situaciones relativas a derechos reales sobre bienes muebles sigue rigiendo la competencia de los tribunales del domicilio del demandado.[16]

En este sentido, en el caso de una demanda relativa a derechos sobre bienes muebles, si el demandado tiene consigo dichos bienes, o si éstos se encuentran en el mismo país de su domicilio, no se presentarán mayores problemas. Sin embargo, pueden surgir problemas si los bienes se encuentran en un país distinto de aquel en el cual el demandado está domiciliado. Esto puede observarse de la mano del caso referido a las monedas griegas, resuelto en Alemania por el *Oberlandesgericht Schleswig* en 1989.[17] El Estado griego era propietario legal de un conjunto de monedas antiguas que fueron excavadas y exportadas ilícitamente. Para poder demandar al ciudadano griego que había excavado ilegalmente las monedas, Grecia debía decidir si hacerlo en Alemania, pues las monedas se encontraban en una casa que aquél tenía en el estado alemán de Schleswig-Holstein, o en Grecia, donde el ciudadano griego se encontraba domiciliado.[18] En este caso se podía acudir a los tribunales de cualquiera de los dos países, de acuerdo con las normas de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales de Grecia y de Alemania, razón por la cual se presenta la figura conocida como *forum shopping*. Con el nombre de *forum shopping* se identifica en el derecho internacional privado a la situación en la cual es posible recurrir a los tribunales de diferentes Estados, puesto que los tribunales de cualquiera de ellos serían competentes de acuerdo con los ordenamientos jurídicos nacionales respectivos.

Obsérvese que este tipo de problemas, que se pueden presentar desde un punto de vista práctico, tienen que ver con la necesidad de facilitar que las decisiones de los tribunales sean efectivas. Recordemos que las sentencias —al igual que las leyes— tienen alcance territorial, de manera que si la sentencia es adoptada por un tribunal de un Estado diferente de aquel en el que se encuentra el bien, dicha sentencia deberá ser reconocida por este último Estado antes de que pueda ser ejecutada. Esto se puede referir tanto

[16] Fuentes Camacho, V. (1993), *El tráfico ilícito internacional…, cit.*, p. 144.

[17] OLG Schleswig-Holstein 10.2.1989, NJW 1989, 3105. IPRspr. 1989 Nr. 75. Véase Siehr, K. (2014), "Das Forum rei sitae in der neuen EuGVO (Art. 7 Nr. 4 EuGVO n.F.) und der internationale Kulturgüterschutz", en Witzleb, N., Ellger, R., Mankowski, P., Merkt, H. y Remien, O. (eds.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70*, Geburtstag, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 837-850. Véase también Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation. Turning Rights into Claims*, Berlín, De Gruyter, p. 340.

[18] Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…, cit.*, p. 838.

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

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

a decisiones sobre medidas cautelares como a las decisiones que ponen fin al proceso.[19] Ciertamente, existen normas nacionales o internacionales que pueden facilitar la ejecución de medidas cautelares[20] o el reconocimiento y ejecución de sentencias que han sido adoptadas por tribunales extranjeros.[21] Sin embargo, recurrir a esas normas implica procedimientos adicionales, que se traducen en esfuerzo, tiempo y dinero. Además, esta posibilidad no siempre existe. Si se dispone, por ejemplo, solamente de tratados internacionales, debe tenerse en cuenta que éstos únicamente son aplicables a situaciones jurídicas privadas internacionales que hayan tenido lugar después de su entrada en vigor y, en cualquier caso, sólo en relación con Estados que los hayan ratificado.

Es así como en tiempos recientes se ha desarrollado la tendencia de que en las situaciones de ese tipo referidas a bienes muebles, al igual que ocurre en las situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a bienes inmuebles, tanto la competencia judicial internacional como el ordenamiento jurídico aplicable sean determinados por el lugar donde los bienes se encuentran ubicados.[22] Como se verá más adelante, esto se encuentra expresamente, por ejemplo, en la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 e, implícitamente, en el Código de Derecho Internacional Privado de Panamá de 2015.

III. La regla *forum rei sitae* en América Latina

En América Latina, la atribución de competencia internacional para conocer y decidir sobre casos relativos a derechos reales (conflicto de jurisdicción) se encuentra regulada en menor medida que el asunto referido a la ley aplicable (conflicto de leyes), aunque existen normas específicas en algunos ordenamientos. Tales normas, cuando regulan la competencia para conocer de acciones relativas a situaciones jurídicas privadas internacionales concernientes a derechos reales, han sido formuladas de manera diversa. En medio de dicha diversidad, es posible distinguir varias formas a través de las cuales la regla *forum rei sitae*, es decir, la regla según la cual son competentes los tribunales del

[19] Fuentes Camacho, V. (1993), *El tráfico ilícito internacional…, cit.*, 143; Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, p. 187.

[20] A este respecto se puede ver como ejemplo la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (art. 2).

[21] Por ejemplo, véase la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (art. 1).

[22] Fuentes Camacho, V. (1993), *El tráfico ilícito internacional…, cit.*, p. 144.

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

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

Estado en el cual se encuentran ubicados los bienes, se ha incorporado en las legislaciones nacionales.

1) *En un artículo que incluye expresamente bienes inmuebles y muebles.* En Venezuela, según de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 (artículo 40, párrafo 1), los tribunales venezolanos tienen jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial cuando se refieran a la disposición o a la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio venezolano. Los mismo se establece en cuanto a las acciones relativas a universalidades de bienes cuando los bienes que formen parte integrante de la universalidad se encuentren situados en el territorio de Venezuela (artículo 41, párrafo 2).
2) *En un artículo que no distingue expresamente entre inmuebles y muebles.* La solución que se encuentra en el Código de Derecho Internacional Privado de Panamá de 2015 (artículo 60) es distinta a la de la legislación especial venezolana. La solución panameña ha consistido en consagrar, de manera general, la competencia de los tribunales panameños para conocer de las acciones derivadas de derechos reales sobre bienes situados en su territorio. Esta formulación general implicaría que la regla *forum rei sitae* aplica tanto para acciones referidas a situaciones jurídicas privadas internacionales en materia referidas a bienes inmuebles como a aquellas relativas a bienes muebles. En ese sentido, el resultado en la práctica viene a ser el mismo que deriva de la ley de Venezuela.
3) *En diferentes artículos distinguiendo entre inmuebles y muebles.* El Código Civil y Comercial de Argentina de 2014 incluye en su artículo 2664 la regla *forum rei sitae* para los casos relativos a bienes inmuebles. Sin embargo, el artículo 2665 dicta que para los casos referidos a bienes registrables son competentes los jueces del Estado en el que fueron registrados los bienes, mientras que el artículo 2666 consagra que en el caso de bienes no registrables son competentes los jueces del domicilio del demandado, siendo también posible que conozcan los jueces del lugar de situación de los bienes. Por su parte, la Ley de Derecho Internacional Privado de República Dominicana de 2014 (artículo 11, párrafo 1) establece que los tribunales dominicanos son competentes con carácter exclusivo en lo relativo a derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en territorio dominicano, mientras que el artículo 16 de la misma Ley consagra la competencia de dichos tribunales, de manera no exclusiva, en acciones relativas a bienes muebles que se encuentren en territorio dominicano al momento de la deman-

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

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

da. Al establecer expresamente la exclusividad de la competencia de sus tribunales en materia de bienes inmuebles, la Ley dominicana está excluyendo la posibilidad de que en ese país se reconozcan sentencias dictadas por tribunales extranjeros en esa materia.

4) *Ausencia de norma especial.* Las normas que integran la regla *forum rei sitae* que hemos expuesto son normas especiales dirigidas a situaciones privadas internacionales relativas a derechos reales. En este sentido, éstas tendrán que prevalecer frente a las normas generales de competencia que no se dirigen específicamente a situaciones internacionales. La situación es distinta en aquellos países de América Latina cuyos ordenamientos jurídicos no contienen normas especiales en relación con situaciones privadas internacionales, como ocurre, por ejemplo, en Colombia. En la medida en que sólo se dispone de las normas generales dirigidas a situaciones nacionales que se encuentran en el Código General del Proceso (artículo 28), estas normas generales son aplicables extensivamente, mediante transpolación, a las situaciones con elementos extranjeros.[23] En este sentido, los tribunales colombianos serán competentes para conocer de acciones relativas a derechos reales en situaciones internacionales cuando los bienes se encuentren en Colombia (Código General del Proceso, artículo 28, núm. 7).[24] No obstante, al no existir normas que atribuyan expresamente competencia para conocer de situaciones privadas internacionales, persiste, en mayor o menor grado, inseguridad jurídica.

IV. La regla *forum rei sitae* más allá de América Latina: el ámbito europeo

Las normas que siguen a continuación no son aplicables en los países de América Latina, sino en los países miembros de la Unión Europea. No obs-

[23] Guerra Hernández, V. (2016), "Conflictos de jurisdicción y competencia en el derecho internacional privado", en García Matamoros, L. y Aljure Salame, A. (eds.), *Teoría general del derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad del Rosario/Legis, pp. 349-376.

[24] Código General del Proceso de Colombia, art. 28, núm. 7: "En los procesos en que se ejerciten derechos reales, en los divisorios, de deslinde y amojonamiento, expropiación, servidumbres, posesorios de cualquier naturaleza, restitución de tenencia, declaración de pertenencia y de bienes vacantes y mostrencos, será competente, de modo privativo, el juez del lugar donde estén ubicados los bienes, y si se hallan en distintas circunscripciones territoriales, el de cualquiera de ellas a elección del demandante".

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

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

tante, son relevantes en caso de que en alguno de esos países deba ser interpuesta una acción por parte de una persona, natural o jurídica, originaria de un país latinoamericano. Además, representan modelos normativos que pueden ser tomados en cuenta en procesos de creación o modificación de normas en los países latinoamericanos.

En el contexto europeo, la regla de la ubicación de los bienes para determinar la competencia judicial internacional se encuentra, como se verá más abajo, en el ámbito nacional en cuanto a acciones que recaen sobre derechos referidos a bienes inmuebles y muebles. En el derecho unificado de la Unión Europea se encuentra en materia de bienes inmuebles (artículo 24, párrafo 1, Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). En cuanto a la competencia para conocer de acciones referidas a derechos reales sobre bienes muebles, no existe norma unificada en el derecho de la Unión Europa, por lo que la cuestión de la competencia se resuelve por el domicilio del demandado. La regla *forum rei sitae* se ha reconocido, sin embargo, en materia de objetos culturales, como se verá más adelante (véase el capítulo cuarto). La inclusión en el derecho unificado europeo de la regla de la ubicación en materia de acciones que recaigan sobre derechos sobre bienes muebles en general ha sido recomendada por la Comisión Europea en el 2010,[25] y más recientemente por el Parlamento Europeo, en el marco de una iniciativa legislativa sobre restitución transnacional de obras de arte y bienes culturales saqueados.[26]

La aplicación de las normas de derecho autónomo (nacional) de los países que hacen parte de la Unión Europea es subsidiaria frente a la aplicación de las normas del derecho europeo unificado.[27] Tomando en cuenta lo dicho más arriba, ello tiene lugar particularmente en relación con acciones relativas a bienes muebles.

---

[25] Sobre este tema se puede consultar Franzina, P. (2011), "The Proposed New Rule of Special Jurisdiction Regarding Rights in Rem in Moveable Property: A Good Option for a Reformed Brussels I Regulation?", *Diritto del Commercio Internazionale*, XXVI (3), 789-809. Véase también European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast), 14 de diciembre 2010, COM (2010) 748 final, art. 5, núm. 3.

[26] Weller, M. (2017), "Study on the European Added Value of Legislative Action on Cross-border Restitution Claims of Works of Art and Cultural Goods Looted in Armed Conflicts and Wars with Special Regard to Aspects of Private Law, Private International Law and Civil Procedure", European Parliamentary Research Service, European Parliament.

[27] Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes…, cit.*, p. 220.

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

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

La Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza establece en sus artículos 97 y 98 la jurisdicción exclusiva de los tribunales suizos para conocer de acciones relativas a derechos sobre bienes inmuebles, mientras que el caso de bienes muebles se atribuye competencia a los tribunales del domicilio o, en defecto de éste, de la residencia habitual del demandado, al mismo tiempo que se otorga competencia también a los tribunales del lugar de la ubicación.

En Alemania, el artículo 23 del Código Procesal Civil (*Zivilprozessordnung* [ZPO]) establece que las demandas contra una persona que no esté domiciliada en ese país serán resueltas por el tribunal en cuya circunscripción se encuentren sus bienes o el objeto del reclamo. Para créditos, se entiende que el lugar donde se encuentra la propiedad es el domicilio del deudor, y si el crédito está asegurado con una cosa, el lugar donde la cosa se encuentra. Según el artículo 24, para conocer de las acciones en el caso de bienes inmuebles, tiene competencia exclusiva el tribunal en cuyo distrito se encuentra el bien.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de España,[28] mediante el artículo 22 (a), también otorga competencia exclusiva a los tribunales españoles para conocer de las pretensiones relativas derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España. Y en su artículo 22 *quinquies* (f) les atribuye competencia para conocer de las acciones relativas a derechos reales sobre bienes muebles si éstos se encontraran en territorio español al tiempo de la interposición de la demanda.

El Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, por su parte, regula en su artículo 85 la jurisdicción internacional con respecto de los derechos *in rem* en relación con activos. Los tribunales belgas tienen jurisdicción para conocer de acciones de estos derechos respecto de bienes si éstos están localizados en Bélgica o si se estima que están allí por hacer parte de un conjunto de bienes que tienen las conexiones más estrechas con su territorio.

También puede anotarse que el Código de Derecho Internacional Privado de Bulgaria[29] dispone, en su artículo 12, que los procesos relacionados con propiedades inmuebles situadas en territorio búlgaro, por motivos como ejecuciones o medidas de aseguramiento o derechos patrimoniales sobre las mismas, deben ser conocidos exclusivamente por los tribunales

[28] Se puede consultar Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes…*, *cit.*, p. 220; Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S. (1996), *Curso de derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, pp. 263 y ss.

[29] Amended, SG No. 59/2007.

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

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

y autoridades búlgaras. También tienen jurisdicción en acciones relativas a derechos *in rem* sobre bienes muebles cuando están situados en Bulgaria.

V. Breve balance

Como puede observarse, en la mayoría de las legislaciones nacionales expuestas se atribuye competencia a los tribunales del Estado respectivo cuando los bienes de cualquier clase, incluidos muebles, se encuentren allí. En estas normas se ha ido concretizando una uniformidad en relación con el uso de la situación del bien como elemento atributivo de competencia en situaciones relativas a derechos reales. La razón principal se relaciona con el aseguramiento de la ejecución de las sentencias.

No es extraño que, como lo hacen, por ejemplo, las normativas suiza, búlgara, alemana o española, se declare *ex lege* la competencia exclusiva para conocer de acciones que se refieren a derechos que recaen sobre bienes inmuebles. La competencia exclusiva en materia de bienes inmuebles se encuentra también a nivel europeo en el artículo 24, párrafo 1, del Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012,[30] relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Esto ocurre igualmente en el contexto latinoamericano, como hemos visto, en la Ley de Derecho Internacional Privado de República Dominicana. Una consecuencia que conlleva la declaración de competencia exclusiva es la posibilidad de denegación del reconocimiento, por parte del Estado que la contempla, de la decisión que haya sido adoptada por un órgano jurisdiccional de otro Estado. Expresamente encontramos esto en el artículo 45, párrafo e (ii),[31] en concordancia con el artículo 24, párrafo 1, del mencionado Reglamento.

[30] Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2012, art. 24, núm. 1: "Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación:

1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito".

[31] Según este artículo, a solicitud de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de decisiones que hayan sido adoptadas en contravención del señalado art. 24, núm. 1.

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

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

Capítulo cuarto

LA REGLA *FORUM REI SITAE* Y LOS BIENES CULTURALES

Como se mostrará más adelante, existen en América Latina, al igual que en el resto del mundo, normas especiales para la protección de los bienes culturales (véase el capítulo decimosegundo). Sin embargo, no existe una jurisdicción internacional de protección que se destine a la aplicación de esa clase de normas,[1] como sí existe en otras materias.[2] Como se mostrará en seguida, en normas regionales (en la Unión Europea) e internacionales (en el Convenio de Unidroit de 1995) ha sido establecida la regla *forum rei sitae* para situaciones relativas a repatriación o restitución internacional de bienes culturales. Esto también se encuentra a nivel nacional, en el artículo 98a de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, que se remite al artículo 9 de la Ley de Transferencia de Bienes Culturales,[3] artículo este que se refiere a las demandas de

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

[2] Una jurisdicción internacional existe, por ejemplo, en la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (art. 8).

[3] Ley de Transferencia de Bienes Culturales de Suiza, art. 9: "Quien posea bienes culturales importados ilícitamente en Suiza, puede ser demandado para su repatriación por el país desde el cual los bienes culturales fueron exportados ilícitamente. En particular, la demanda del país debe mostrar que el patrimonio cultural es de gran importancia para su patrimonio cultural y fue importado de manera ilícita.

2. El tribunal puede suspender la ejecución de la repatriación hasta que la propiedad cultural ya no esté en peligro durante la repatriación.

3. La demanda presentada en el país conlleva los costos de las medidas necesarias para asegurar, mantener y repatriar los bienes culturales.

4. Las reclamaciones de repatriación por parte de un estado están sujetas a un plazo de prescripción de un año después de que sus autoridades sepan dónde y con quién se encuentra el bien cultural, a más tardar, 30 años después de la exportación ilícita del bien cultural.

5. Quien adquiere bienes culturales de buena fe y debe devolverlos, tiene un reclamo de compensación al momento de la repatriación, orientado al precio de compra, así como los gastos necesarios y útiles para proteger y mantener los bienes culturales.

6. La demanda del estado debe pagar la indemnización. La persona que debe devolver los bienes culturales retiene el derecho de retención de los mismos hasta que se pague la compensación" (traducción propia).

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

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

repatriación basadas en acuerdos.[4] El artículo 98a de la Ley suiza establece, en efecto, lo siguiente: "El tribunal del domicilio o del domicilio social del demandado o el tribunal del lugar donde se encuentra el bien cultural tiene jurisdicción para conocer de acciones de recuperación en el sentido del artículo 9 de la Ley de Transferencia de Bienes Culturales del 20 de junio de 2003".[5]

También en el proyecto de ley de Serbia[6] se encuentra la regla *forum rei sitae* para situaciones relativas a la restitución internacional de bienes culturales, en el artículo 124, párrafo 6, que dice: "Un tribunal serbio tendrá jurisdicción en los procedimientos de reivindicación de bienes culturales muebles si se encuentra en Serbia en el momento de iniciar el procedimiento".[7]

A continuación, mostraremos cómo se encuentra contemplada la regla *forum rei sitae* en el Convenio del Unidroit de 1995, para pasar luego a observar cómo ha sido incluida en el Reglamento (UE) No. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

I. La regla *forum rei sitae* en el Convenio del Unidroit de 1995

El Convenio del Unidroit de 1995 es aplicable solamente a demandas de carácter internacional, como lo indica su artículo 1. Este Convenio no ofrece claridad sobre qué debe entenderse por "demandas de carácter internacional",[8] pero puede decirse que con ello se está haciendo referencia a que en el momento de la demanda el bien cultural se encuentre en un país distinto del país de origen,[9] o que en algún momento haya cruzado las fronteras del Estado de

[4] Se refiere a los acuerdos contemplados en el art. 7 de la misma Ley: "Para la protección de intereses culturales y de relaciones exteriores y para asegurar el patrimonio cultural, el Consejo Federal puede celebrar tratados internacionales con los Estados contratantes sobre la importación y repatriación de bienes culturales (acuerdos)…" (traducción propia).

[5] Traducción propia.

[6] New Private International Law Act of the Republic of Serbia (Draft). Véase Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 3717 y ss.

[7] Traducción propia.

[8] Kurpiers, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht - Grenzüberschreitende privatrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von abhanden gekommenen und unrechtmässig ausgeführten Kulturgütern*, Fráncfort, Peter Lang, p. 117.

[9] Calvo Caravaca, A. L. (2004), *Private International Law…, cit.*, p. 91; Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…, cit.*, p. 159.

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

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

origen, independientemente del lugar donde se encuentre al momento de la demanda. Esta última aclaración es necesaria tomando en cuenta que, como ocurrió en el caso *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.*,[10] el bien cultural puede ser robado en un país, trasladado y vendido a un adquirente de buena fe en otro país, y finalmente introducido nuevamente en el país donde había sido robado para ser vendido allí.

Uno de los objetivos de la unificación que trae consigo el Convenio del Unidroit de 1995 es que reduce la posibilidad del *forum shopping* en los casos de bienes culturales que han sido robados o exportados ilícitamente.[11] En este sentido, el Convenio del Unidroit de 1995 contiene una regla *forum rei sitae* específica, que rige entre los Estados que hayan firmado y ratificado el Convenio, para las demandas internacionales de restitución o de devolución de bienes culturales que hayan sido robados o exportados ilícitamente después de su entrada en vigor.[12] Esta regla, como veremos más adelante, está contenida en el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio.

Para entrar en el ámbito de aplicación del Convenio del Unidroit de 1995 y, entre otras cosas, poder recurrir a la competencia que su artículo 8, párrafo 1, otorga a los tribunales del Estado de la ubicación del bien cultural, es necesario que se cumplan ciertas condiciones. Estas condiciones son distintas para la demanda regulada en el capítulo II (para la restitución de un bien cultural robado) y la demanda regulada en el capítulo III (para la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente), como veremos en seguida.

---

[10] Winkworth v Christie, Manson & Woods Ltd., [1950] 2 Weekly Law Reports 937 (Ch. D.). Véase Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes…*, *cit.*, p. 130. Caso citado también en Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…*, *cit.*, p. 160; Siehr, K. (1998), *The Protection of Cultural Property: The 1995 Unidroit Convention and The ECC Instruments of 1992/93 Compared*. RDU, 1998 2/3, pp. 672 y 673; Renold, M. A. (2013), "The International Protection of Cultural Heritage: Questions of Private International Law and of Legal Harmonization", en Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos* (pp. 297-307), México, UNAM, p. 299.

[11] Beck, C. (2005), *Die Rückgabe gestohlener und rechtswidrig ausgeführter Kulturgüter nach del UNIDROIT-Übereinkommen 1995 und das deutsche Internationales Privatrecht*, Entlebuch, Huber Druck, p. 124.

[12] Art. 10: "1) Las disposiciones del Capítulo II se aplicarán a un bien cultural que haya sido robado después de la entrada en vigor del presente Convenio con respecto al Estado en el que se presenta la demanda, a condición de que

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

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

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

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

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

1. *Restitución de un bien cultural robado*

Para poder ser considerado como bien cultural robado dentro del marco del Convenio de Unidroit de 1995, el bien de que se trate debe, en primer lugar, entrar dentro de la definición del artículo 2 del Convenio, donde se define como bienes culturales los "bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia". En virtud de ese mismo artículo, el bien cultural debe entrar, además, dentro de una de las categorías enumeradas en el anexo del Convenio. Adicionalmente, debe haber sido robado, es decir, haber sido "obtenido de una excavación ilícita, o de una excavación lícita pero conservado ilícitamente, si ello es compatible con el derecho del Estado donde se ha efectuado la excavación".[13] Asimismo, dada la necesidad de que se trate de una situación internacional, la misma debe tener alguna conexión con un Estado contratante distinto de aquel en el que el objeto se encuentra actualmente. El robo no debe producirse necesariamente en un Estado contratante, pues bastaría con que el objeto se encontrara en un Estado que haga parte del Convenio.[14]

El Convenio de Unidroit de 1995, como aclara Kurt Siehr, es aplicable a los bienes culturales que entran en su ámbito de aplicación no porque sean protegidos como patrimonio nacional por el Estado de origen, sino porque los objetos —más específicamente, los derechos de propiedad sobre los mismos— se ven amenazados por el hecho del robo.[15] Así visto, si bien el Convenio no se dirige a regular directamente el derecho de propiedad sobre los bienes culturales, sí actúa indirectamente en la protección de dicho derecho, independientemente de quién sea su titular.

La demanda de restitución de un bien cultural robado puede ser incoada por cualquier sujeto que sea legítimo propietario o poseedor del objeto, ya se trate de un Estado o de un particular,[16] y puede tratarse también, al menos en principio, de un representante de una comunidad autóctona o tribal.[17] Esto último en particular representa una cuestión que no es nada sencilla. Recientemente, por ejemplo, la capacidad procesal de una comunidad autóctona africana fue debatida en un caso referido a un acuerdo entre el museo Linden de Stuttgart, en Alemania, y el gobierno de Namibia, acuer-

[13] Convenio de Unidroit de 1995, art. 3, núm. 2.
[14] *Ibidem*, art. 10, núm. 1, lit. b.
[15] Siehr, K. (1998), *The Protection of Cultural Property…*, *cit.*, pp. 673-675.
[16] *Ibidem*, p. 675.
[17] Convenio de Unidroit de 1995, art. 3, núm. 8.

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

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

do que tenía por fin la restitución de una biblia y un látigo. Estos objetos tenían significación cultural para el pueblo Nama, por haber pertenecido a Hendrik Witbooi, quien fuera su líder religioso. Aunque el caso ocurre fuera del ámbito del Convenio Unidroit de 1995, es relevante en este contexto, puesto que la Asociación de Líderes Tradicionales Nama solicitó ante el Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg que los objetos fueran devueltos a la asociación y no al gobierno de Namibia. El tribunal alemán consideró que la demanda no tenía relación con las normas constitucionales alemanas y que debía ser resuelta dentro de Namibia.[18] La restitución se realizó finalmente en esa dirección en febrero de 2019.[19]

De cualquier forma, dentro del marco del Convenio de Unidroit de 1995 es importante que la demanda de restitución de un bien robado se interponga después de la entrada en vigor del Convenio en el Estado contratante donde se produjo el robo, o en el Estado contratante donde el bien se encuentre, si

---

[18] Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg. Beschluss. 21.2.2019. 1 VB 14/19. *https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-verfgh/dateien/190221_1VB 14-19_Beschluss.pdf*.

[19] Baden-Württemberg (28 febrero 2019). Witbooi-Bibel und Peitsche an Namibia übergeben. *https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/witbooi-bibel-und-peitsche-an-namibia-uebergeben/* (29/11/2919).

Jayme, E. (2019), *Die Rechtsstellung indigener Völker in Kulturgutverfahren vor deutschen Gerichten*, Symposium Universität Tübingen. Politisches Kollisionsrecht – Sachnormenzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 7 y 8 de junio 2019. Universität Tübingen. Como resalta Erik Jayme, la capacidad procesal de los representantes de los pueblos Nama y Herero no fue un obstáculo en el caso que éstos iniciaron contra Alemania ante un tribunal de Nueva York en reclamo de compensación por el genocidio ejecutado contra sus ancestros en el territorio del actual Estado de Namibia. En este caso, sin embargo, se trataba de una asociación constituida según la legislación estadounidense. El caso llevado en Nueva York es Rukoro *et al.* v Federal Republic of Germany, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 17-00062. Véase The Jakarta Post (2019), Namibia Tribes Appeal US Court Ruling in Genocide Suit, 8 de mayo. Disponible en: *https://www.thejakartapost.com/news/2019/05/08/namibia-tribes-appeal-us-court-ruling-in-genocide-suit.html* (15-08-2019). En este caso "los demandantes… alegaban que… cráneos y otros restos humanos se enviaron al Museo Americano de Historia Natural, y una descripción escrita del genocidio se envió a la Biblioteca Pública de Nueva York". Sin embargo, en la decisión se consideró que "Las transferencias de restos humanos y el relato del genocidio no tenían una conexión «directa» o «inmediata» con las actividades de Alemania en el sudoeste de África" (traducción propia). Véase Stempel, J. (2019), "Lawsuit Against Germany over Namibian Genocide is Dismissed in New York", *Reuters*, 6 de marzo. Disponible en: *https://www.reuters.com/article/us-namibia-genocide-germany/lawsuit-against-germany-over-namibian-genocide-is-dismissed-in-new-york-idUSKCN1QN2SQ* (15-08-2019).

Al observar una decisión como la del Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg se comprende claramente la propuesta que se realiza al final de este libro (veáse capítulo decimoquinto), en torno a la regulación sobre el destino final de los bienes con una relevancia cultural para los pueblos indigenas.

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

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

ha sido robado en un Estado no contratante.[20] Además, la demanda no puede introducirse más allá de los plazos contemplados en el artículo 3, los principales de los cuales son los dos plazos de prescripción que indica el párrafo 3 de dicho artículo. Estos son, en primer lugar, el plazo de tres años desde el momento en que el demandante haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor. Y, en segundo lugar, el plazo máximo de cincuenta años desde el momento en que se produjo el robo. Excepcionalmente, se puede aplicar solamente el plazo de tres años cuando se trate de un bien robado que se encuentre en alguno de los tres supuestos siguientes: 1) que sea parte integrante de un monumento o de un lugar arqueológico identificado,[21] 2) que pertenezca a una colección pública,[22] o 3) que sea sagrado o que revista una importancia colectiva y pertenezca a una comunidad autóctona o tribal y sea utilizado por ella en un Estado contratante para uso tradicional o ritual.[23] Sin embargo, el Estado contratante en el cual se interpone la demanda puede realizar la declaración contemplada en los párrafos 5 y 6 del mismo artículo para que se aplique en estos últimos casos un plazo de prescripción de setenta y cinco años o más. Entre los países latinoamericanos, Ecuador y Guatemala han realizado dicha declaración estableciendo un plazo de setenta y cinco años.[24]

2. *Devolución de un bien cultural exportado ilícitamente*

Para que pueda reclamarse la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente de acuerdo con las normas del Convenio del Unidroit de 1995, al igual que ocurre en el caso de los bienes robados, el bien cultural debe entrar en la definición del artículo 2 del Convenio y en alguna de las categorías del anexo. Pero, adicionalmente, debe estar sujeto a una prohibición de exportación en su Estado de origen,[25] en el momento de su exportación y

[20] Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…, cit.*, p. 164.

[21] Convenio de Unidroit de 1995, art. 3, núm. 4.

[22] *Ibidem*, art. 3, núm. 4, y art. 3, núm. 7: "A los efectos del presente Convenio, por 'colección pública' se entiende 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".

[23] Convenio de Unidroit de 1995, art. 3, núm. 8.

[24] Información disponible en: *https://www.unidroit.org/status-cp* (11-10-2019).

[25] *Ibidem*, art. 5, núm. 1.

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

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

en el momento en el que su devolución es solicitada.[26] Asimismo, no puede tratarse de una obra exportada durante la vida del artista o dentro de los cincuenta años siguientes a su muerte.[27] El Estado requirente debe estar en capacidad de demostrar también, mediante cualquier información de hecho o de derecho,[28] que la remoción del objeto contraviene alguno de los intereses que se encuentran taxativamente indicados en el Convenio:[29] conservación material del objeto o de su contexto, integridad de un bien complejo, conservación de la información, en particular de carácter científico o histórico, relativa al objeto o su utilización tradicional o ritual por una comunidad autóctona o tribal, o, alternativamente, que el objeto tiene una importancia cultural significativa para el Estado,[30] concepto este sobre cuyo contenido no hay mayor especificidad dentro del Convenio.[31]

La demanda de devolución de un bien exportado ilícitamente sólo puede ser introducida por un Estado contratante[32] aunque éste no se considere a sí mismo como propietario,[33] después de la entrada en vigor del Convenio.[34] Ello debe realizarse antes de vencerse el plazo de prescripción de tres años, desde el momento en que el Estado requirente haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor.[35] Y, en cualquier caso, antes de haber transcurrido más de cincuenta años desde alguna de las siguientes fechas: 1) la fecha de la exportación del bien, o 2) la fecha en la que el bien hubiera debido devolverse en virtud de la autorización, en caso de que su exportación hubiera estado autorizada, pero el bien no se haya devuelto.[36]

3. *La regla* forum rei sitae

Todas las cuestiones a las que nos hemos referido tienen que ser decididas por los tribunales del lugar donde el bien se encuentra ubicado, de

[26] *Ibidem*, art. 7, núm. 1, lit. a.
[27] *Ibidem*, art. 7, núm. 1, lit. b.
[28] *Ibidem*, art. 5, núm. 4.
[29] *Ibidem*, art. 5, núm. 3, lit. a-d.
[30] *Ibidem*, art. 5, núm. 3, *in fine.*
[31] Kurpiers, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht…, cit.*, p. 117.
[32] Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…, cit.*, p. 165.
[33] Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage…, cit.*, p. 301.
[34] Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…, cit.*, p. 164.
[35] Convenio de Unidroit de 1995, art. 5, núm. 5.
[36] *Ibidem*, art. 5, núm. 5.

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

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

acuerdo con la regla *forum rei sitae* que el Convenio Unidroit de 1995 incorpora en el párrafo 1 de su artículo 8,[37] que establece lo siguiente:

> Se podrá presentar una demanda fundada en los Capítulos II o III ante los tribunales o ante cualesquiera otras autoridades competentes del Estado contratante en el que se encuentre el bien cultural, así como ante los tribunales u otras autoridades competentes que puedan conocer del litigio en virtud de las normas en vigor en los Estados contratantes.

La demanda, ya sea de restitución de un bien cultural robado o de devolución de un bien cultural exportado ilícitamente, puede hacerse llegar mediante alguna de las siguientes modalidades. Primero, hacerla llegar a los tribunales u otras autoridades competentes directamente (artículo 16, núm. 1, lit. a). Segundo, también es posible que se realice por intermedio de una o varias autoridades designadas por el Estado, quienes transmiten la demanda a los tribunales u otras autoridades competentes del mismo Estado (artículo 16, núm. 1, lit. b). Tercero, por vía diplomática o consular (artículo 16, núm. 1, lit. c). Cuál de estas modalidades es seguida por cada Estado contratante es algo que el mismo Estado determina y declara al momento de comenzar a hacer parte del Convenio.[38] Esta declaración puede ser modificada en cualquier momento por una nueva declaración.[39] Entre los países latinoamericanos, Argentina y Colombia han declarado que se acogen a la vía diplomática o consular, mientras que Bolivia y Brasil han declarado que es posible introducir la demanda directamente ante sus tribunales. Por la opción que consiste en hacerlo por intermedio de una o varias autoridades designadas por el Estado, quienes le transmiten la demanda a los tribunales u otras autoridades competentes, se han decantado Guatemala y Panamá, país éste que ha señalado que si no es posible la vía indicada, hará uso de la vía diplomática o consular. Ecuador declaró que es posible recurrir a cualquiera de las tres modalidades mencionadas, y El Salvador ha indicado que las solicitudes de restitución o devolución de bienes culturales pueden ser presentadas directamente al Ministerio de Relaciones Exteriores.[40]

---

[37] Siehr, K. (1998), *The Protection of Cultural Property…, cit.*, p. 679.

[38] Convenio del Unidroit de 1995, art. 16, núm. 1. Caamiña, C. (2007), *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes…, cit.*, p. 186.

[39] *Ibidem*, art. 16, núm. 3.

[40] Información disponible en: *https://www.unidroit.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1479&catid=281&lang=en* (11-10-2019).

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

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

Como puede observarse, la regla *forum rei sitae* no se ha incluido en el Convenio del Unidroit de 1995 en términos de exclusividad.[41] La norma del artículo 8, párrafo 1, ofrece un foro específico, que se suma a la paleta de opciones de que disponen los particulares o Estados que se encuentren interesados en solicitar la restitución de un bien cultural robado o la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente. Esto se desprende de varias disposiciones del Convenio. En primer lugar, aunque el Convenio no puede ser aplicado retroactivamente, como se desprende de los párrafos 1 y 2 del artículo 10, claramente dice en el párrafo 3 del artículo 10 que

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

En segundo lugar, el párrafo 2 del artículo 8 establece que las partes tienen la posibilidad de "convenir someter el litigio a un tribunal u otra autoridad competente", y contempla la posibilidad de que las partes convengan que el asunto sea resuelto a través de arbitraje.[42] Adicionalmente, incluso si la reclamación se produce dentro del Convenio, no se impide a los Estados contratantes, como señala el artículo 9, párrafo 1, aplicar normas distintas de las del Convenio, que sean más favorables para la restitución o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Esto no significa, no obstante, que los demás Estados contratantes estén obligados a reconocer las decisiones así adoptadas, como aclara el párrafo 2 del mismo artículo: "El presente artículo no deberá interpretarse en el sentido de que crea una obligación de reconocer o de dar fuerza ejecutiva a la decisión de un tribunal o de cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante, que se aparte de lo dispuesto en el presente Convenio".

---

[41] Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes…*, *cit.*, p. 187.

[42] Sobre el uso de arbitraje en el marco del Convenio Unidroit de 1995, se puede ver Shyllon, F. (2000), "The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration", *Uniform Law Review*, 5(2), 219-240; Stamatoudi, I. (2016), "Alternative Dispute Resolution and Insights on Cases of Greek Cultural Property: The J. P. Getty Case, the Leon Levy and Shelby White Case, and the Parthenon Marbles Case", *International Journal of Cultural Property*, 23(4), 433-457.

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

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

Si bien los Estados no se obligan por medio del Convenio a reconocer o dar fuerza ejecutiva a las decisiones adoptadas más allá del Convenio por las autoridades de los Estados contratantes, subsiste la posibilidad de que ello se realice a discreción de dichas autoridades y de acuerdo con su propio ordenamiento jurídico, puesto que, como se ha anotado, la regla *forum rei sitae* no ha sido formulada en el sentido de conferir competencia exclusiva a las autoridades del Estado donde el bien cultural se encuentre ubicado. Si la decisión emana de una autoridad de un Estado distinto de aquel en el que el bien se encuentra, el reconocimiento de dicha decisión por parte de las autoridades del Estado donde el bien se encuentra se hace necesario en términos prácticos, a los fines de la ejecución de dicha decisión que habrá de recaer en el bien en cuestión, el cual es accesible sólo a estas últimas autoridades.

De lo que hemos expuesto puede desprenderse que el Convenio del Unidroit de 1995 no puede aplicarse *de forma directa o inmediata* en numerosas situaciones. No obstante, si la reclamación se produce fuera del Convenio, éste aún puede ser aplicado *de forma indirecta o mediata*. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso *L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève*,[43] cuando un tribunal suizo consideró que las normas del Convenio Unidroit de 1995, al igual que las de la Convención de la Unesco de 1970, expresaban la existencia de un orden público internacional (véase el capítulo noveno), que se encamina a dos fines: primero, luchar contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales, y, segundo, salvaguardar las garantías necesarias para proteger el interés legítimo del poseedor de buena fe.[44]

4. *Adquisición por prescripción y el rol de la buena fe*

Una circunstancia que debe tenerse en cuenta dentro del contexto del Convenio de Unidroit de 1995, y que es de gran importancia práctica, tiene que ver con la adquisición por prescripción y el rol de la buena fe. Al respecto, debe tenerse presente que, en general, existen en el ámbito jurídico dos formas de prescripción: la prescripción extintiva y la prescripción adquisitiva. Ambas formas de prescripción pueden conducir a

[43] Tribunal Federal. L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève. 1 abril 1997. RDU 2006. Citado en Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…*, *cit.*, p. 165.

[44] Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…*, *cit.*, p. 165. En la misma dirección, véase Estrella Faría, J. Á. (2013), *Unesco, Unidroit y la restitución de bienes culturales…*, *cit.*, p. 33.

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

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

que, luego de transcurrido cierto periodo, el poseedor de un determinado bien adquiera el derecho de propiedad sobre el mismo. Pero cada una de estas formas de prescripción actúa de manera diferente. A través de la prescripción del primer tipo, ésta es posible por inacción del propietario, es decir, por el hecho de que el propietario no haya ejercido acción contra el posesor durante un periodo legalmente establecido, no siendo esencialmente relevante si esta persona reúne o no determinados requisitos para poder llegar a obtener la propiedad del bien.[45] Este tipo de prescripción es común en los ordenamientos jurídicos del *common law*, entre los que se encuentran los sistemas jurídicos de países como Inglaterra, Estados Unidos y Canadá.[46]

En los sistemas del *civil law*, entre los que se cuentan los ordenamientos jurídicos de la Europa continental y los latinoamericanos, se encuentra arraigada la segunda forma de prescripción que hemos mencionado: la prescripción adquisitiva. Ésta se contempla en diversas codificaciones como uno de los modos de adquirir la propiedad sobre bienes, ya sea inmuebles o muebles. Como ejemplo, pueden verse los artículos 1897 y siguientes del reciente Código Civil y Comercial de Argentina.[47] Generalmente, para poder adquirir la propiedad de este modo, es importante el transcurso de determinado tiempo durante el cual el poseedor debe cumplir ciertos requisitos establecidos en la ley (como la continuidad y la posesión pacífica y pública). En este punto la buena fe juega un importante papel: si el poseedor ha actuado de buena fe, se le beneficia reduciendo el tiempo durante el cual debe haber estado poseyendo el bien antes de poder adquirir la propiedad legalmente.[48] En el caso argentino, por ejemplo, el artículo 1898 del Código Civil y Comercial establece que en lugar de la regla general del veinte años (artículo 1899), se adquiere la propiedad sobre bienes inmuebles transcurridos diez años y la propiedad sobre bienes muebles transcurridos dos años, cuando, además de cumplirse los demás requisitos legales, se ha poseído el respectivo bien de buena fe.

Ambas formas de prescripción presentan problemas en relación con el movimiento internacional de bienes culturales y las posibilidades de lo-

[45] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law*, Nueva York, Oxford University Press, p. 600.

[46] Anton, M. (2010), *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht*, vol. 2, *Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel*, Berlín, De Gruyter, p. 53.

[47] Código Civil y Comercial de Argentina, art. 1897: "La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley".

[48] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, p. 600.

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

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

grar su devolución o restitución.[49] De forma general, la principal anomalía de la prescripción extintiva es su formalidad: se atiende sólo a la inacción del propietario durante determinado tiempo, y no se ve si el poseedor cumple o no con ciertos requisitos de carácter más sustantivo para poder ser considerado propietario legal. El problema principal de la prescripción adquisitiva se relaciona con el requisito de la publicidad. Este requisito, según el cual el poseedor debe poseer pública y pacíficamente el bien, ha implicado tradicionalmente que la inacción del propietario no pueda estar justificada. Como señala Symeon Symeonides,[50] esta exigencia podía tener sentido antiguamente, cuando el traslado internacional de los bienes no era tan sencillo. Pero actualmente es posible que los bienes sean trasladados de un lugar a otro con mucha facilidad. El bien puede estar siendo poseído por un tercero "públicamente", pero en un lugar tan distante de aquel en el que se encontraba primigeniamente, que el propietario originario puede legítimamente no tener ningún conocimiento de que ello está ocurriendo.

El panorama que hemos expuesto se hace más complejo cuando la buena fe no es sólo un requisito para reducir el plazo de la prescripción adquisitiva, sino que es usada para permitir directamente que el comprador de un bien adquiera el derecho de propiedad incluso sin importar si el vendedor es o no su legítimo propietario. Por ejemplo, según el artículo 932 del Código Civil alemán, "…el adquirente se convierte en propietario incluso si la cosa no pertenece al vendedor, a menos que el adquirente no actúe de buena fe en el momento en que adquiere la propiedad…",[51] aunque la posibilidad de aducir la buena fe en este contexto se limita al establecer que el comprador no actúa de buena fe "si tiene conocimiento o no es consciente debido a una negligencia grave de que el artículo no pertenece al vendedor".[52] La solución alemana busca, además de proteger al adquirente de buena fe, favorecer la libertad de las transacciones sobre los bienes muebles.[53] En relación con el movimiento ilícito internacional de bienes culturales, piénsese en los problemas que esto representa cuando este tipo de normas se encuentran en países en los que, además, se encuentra consagrada la regla *lex rei sitae* para todo tipo de bienes, como ocurre

[49] *Ibidem*, pp. 600 y ss.

[50] *Ibidem*, p. 601.

[51] Traducción propia.

[52] *Idem*.

[53] Schellerer, J. (2016), *Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen. BGB, Kunsthandel, europäisches Privatrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, p. 13.

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

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

en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Este panorama ha sido ampliamente debatido, dicho sea de paso, en el caso de Alemania.

Las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en cuanto a la regulación de la prescripción de la acción es un tema muy importante en la práctica. Esto, que ha sido demostrado en diferentes casos de restitución internacional de bienes culturales, se pone de relieve de manera especial cuando se observa de cara a la posibilidad de adquirir un bien cultural mediante prescripción, cuando medie buena fe del poseedor. Es posible ilustrar la situación a la que estamos haciendo referencia a través del caso decidido por la Court of Appeals, Second Circuit, de Estados Unidos en 1982,[54] sobre la restitución de dos retratos pintados por Albrecht Dürer aproximadamente en 1499, valorados en aproximadamente seis millones de dólares estadounidenses.[55] En 1943, los retratos fueron retirados de un museo en Weimar, Alemania, para protegerlos de los bombardeos durante la guerra, y fueron depositados en un castillo, de donde desaparecieron en 1945. Al año siguiente, los retratos fueron vendidos por un antiguo soldado a un abogado estadounidense llamado Edward Elicofon, quien desconocía al pintor y el valor real de los cuadros. En 1966, un amigo visitó a Elicofon e identificó los cuadros, que se encontraban colgados en una pared de la casa, pues los había visto en un libro sobre obras de arte saqueadas durante la Segunda Guerra Mundial. El hecho se hizo público, y el museo alemán (*Kunstsammlungen zu Weimar*) demandó junto con la República Federal de Alemania a Elicofon, solicitando la restitución de los cuadros. La Court of Appeals, Second Circuit, aplicando el derecho de Nueva York, decidió que los cuadros debían ser devueltos al museo. Esto fue posible porque, de acuerdo con el derecho de Nueva York, la buena fe no tiene efectos en cuanto a la posibilidad de adquirir derecho de propiedad sobre el bien. Adicionalmente, según las normas aplicables en Nueva York, el derecho a la restitución se pierde solamente cuando el mismo no se ejerce inmediatamente después de que le ha sido negada la restitución al poseedor, lo cual ocurrió en el caso que comentamos.[56] Irónicamente, se habría llegado a un resultado muy diferente si para resolver el caso se hubiera aplicado el derecho alemán, según el cual los bienes habrían estado sujetos, básicamente, a las normas del derecho común relativas a derechos

[54] Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon 536 F.Supp. 829 (1981), aff'd, 678 F.2d 1150 (1982).

[55] O'Keefe, P. y Prott, L. (1989), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 3… *cit.*, pp. 421 y 422; Stoll, H. (1994), *Sachenrechtliche Fragen…*, *cit.*, p. 59.

[56] Siehr, K. (2009), *Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens…*, *cit.*, p. 81.

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

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

reales sobre bienes muebles.[57] En consecuencia, se habría aplicado la norma del Código Civil alemán (artículo 937, párrafo 1, BGB) en la que se regula la adquisición de propiedad sobre bienes muebles mediante posesión (prescripción adquisitiva),[58] según la cual

> (1) Cualquier persona que posea una propiedad mueble durante diez años adquiere la propiedad (adquisición por prescripción).
>
> (2) Se excluye la adquisición por prescripción si el adquirente al adquirir la posesión no es de buena fe o si luego descubre que no tiene derecho a la propiedad.[59]

Una reacción frente a problemas asociados a la adquisición del derecho de propiedad por prescripción y la buena fe se encuentra en la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la venta internacional de obras de arte desde el ángulo la protección del patrimonio cultural, adoptada en Basilea en 1991.[60] En esta resolución, que es un instrumento internacional no vinculante, se excluye la posibilidad de que la buena fe sea presumida en situaciones relativas a bienes culturales. En efecto, el artículo 4 establece lo siguiente:

> 1. Si bajo la ley del país de origen no ha habido ningún cambio en el título de la propiedad, el país de origen puede reclamar, dentro de un tiempo razonable, que el bien sea devuelto a su territorio, siempre que demuestre que la ausencia de dicho bien afectaría significativamente su patrimonio cultural.
>
> 2. Cuando las obras de arte pertenecientes al patrimonio cultural de un país hayan sido exportadas desde el país de origen en las circunstancias contempladas en el artículo 1, el titular no podrá invocar presunción de buena fe. El país de origen debe prever que se efectúe una compensación equitativa al titular que haya demostrado su buena fe.
>
> 3. Para los fines del párrafo 2, un tenedor de buena fe es una persona que en el momento en que se adquirió la propiedad no tenía conocimiento de, y no podía esperarse razonablemente que lo tuviera, el defecto en el título de la persona que dispone de tal propiedad, o del hecho de que el bien había sido exportado en violación de las disposiciones del país de origen en la ex-

[57] Strauch, G. (2007), *Rechtsverhältnisse an Kulturgütern im Internationalen Sachenrecht*, Berlín, Wissenschaftlicher Verlag, p. 28.

[58] Siehr, K. (2009), *Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens…*, *cit.*, p. 81; Müller-Katzenburg, A. (1996), *Internationale Standards…*, *cit.*, p. 228.

[59] Traducción propia.

[60] Disponible en: *http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_04_en.pdf* (01-04-2019).

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

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

portación. En caso de donación o sucesión, el titular no podrá disfrutar de un estatus más favorable que el del titular anterior.[61]

La solución normativa en torno a la adquisición por prescripción y el rol de la buena fe que encontramos en el Convenio del Unidroit de 1995 se enfoca en la posibilidad legal existente en algunos ordenamientos jurídicos de que el adquirente de buena fe adquiera del derecho de propiedad incluso sin importar si quien transmite el derecho es o no su legítimo propietario. En efecto, en el Convenio de Unidroit se ha tratado de proteger a ese adquirente que ha actuado de buena fe. En este orden de ideas, el poseedor de buena fe de un bien cultural robado o exportado ilícitamente, que en virtud de la acción ejercida por el propietario originario deba restituirlo o devolverlo, tendrá derecho al pago, en el momento de su restitución o devolución, de una indemnización equitativa. Poseedor de buena fe es el poseedor que no supiera o hubiera debido razonablemente saber que el bien era robado o que había sido exportado ilícitamente y que pudiera demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición (artículo 4, párrafo 1, y artículo 6, párrafo 1).[62]

5. *Más allá de la regla* forum rei sitae *del Convenio del Unidroit de 1995*

Como se ha visto, el Convenio del Unidroit de 1995 contiene limitaciones. Un ejemplo de ello es la definición restringida de bien cultural robado que contiene el artículo 3, párrafo 1, que podría conducir a que, por ejemplo, si el bien ha sido entregado para su restauración y no es devuelto, el propietario originario no puede ejercer la acción que contiene dicho artículo.[63] Se ha dicho que una restricción de ese tipo no estaría acorde con el fin que el Convenio persigue, el cual se dirige a combatir el tráfico ilíci-

[61] Traducción propia.

[62] Sobre el papel de la buena fe en la adquisición de propiedad de bienes culturales, se puede consultar: Schellerer, J. (2016), *Gutgläubiger Erwerb…, cit.*; Fincham, D. (2008), *How Adopting the Lex Originis Rule…, cit.*; Reyhan, P. (2001), "A Chaotic Palette: Conflict of Laws in Litigation Between Original Owners and Good-Faith Purchasers of Stolen Art", *Duke Law Journal*, 50(4), 955-1043; Kono, T. (1994), "Kulturgüterschutz im japanischen IPR unter besondere Berücksichtigung des Gutglaubenserwerbs im japanischen Zivilrecht", en Dolzer, R., Jayme, E. y Mußgnug, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, C. F., Müller Juristischer Verlag, pp. 105-122.

[63] Kurpiers, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht…, cit.*, pp. 116 y 117.

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

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

to.[64] En este sentido, han de tenerse en cuenta las alternativas que existan más allá del Convenio Unidroit de 1995. Entre ellas se encuentra que el propietario originario pueda acudir a los propios tribunales, en lugar de los tribunales del Estado en cuyo territorio el objeto cultural en cuestión se encuentra, de manera que estos tribunales decidan de acuerdo con sus normas nacionales (*lex fori*). Más adelante veremos propuestas doctrinarias para que esto, en la forma de una regla *forum originis*, sea establecido legalmente (véase el capítulo quinto). Esto tendría varias ventajas. Por ejemplo, podría resultar más fácil la determinación de la infracción de las leyes de exportación y, además, no sería necesario demostrar los extremos exigidos por los artículos 5 y 7 del Convenio de Unidroit de 1995,[65] amén del ahorro en términos de tiempo y dinero.

Sin embargo, acudir a los tribunales de un lugar distinto de aquel donde el objeto se encuentra tiene una desventaja desde el punto de vista práctico. Como se ha indicado anteriormente, la regla *forum rei sitae* conlleva la ventaja de asegurar la efectividad en la ejecución de las decisiones, sean éstas relativas a la adopción y ejecución de medidas cautelaras o a la resolución final del proceso. Si la decisión es tomada por los tribunales de un Estado distinto de aquel donde el objeto se encuentra, será necesario que dicha decisión sea reconocida por las autoridades de este último Estado, ya que son éstas las que pueden ejecutarla.[66] Es por esto último que ha sido frecuente que las acciones relativas a situaciones en torno a derechos sobre objetos culturales muebles trasladados internacionalmente se ejerzan ante los tribunales del lugar donde los mismos se encuentran, razón por la cual se ha dicho que la inclusión de la regla *forum rei sitae* en el Convenio del Unidroit de 1995 resultaba acorde con la realidad práctica.[67]

Una última observación que podemos tener en cuenta es que el párrafo 4 del artículo 16[68] ha sido interpretado en el sentido de que las dos acciones que contiene en los capítulos II y III del Convenio, es decir, la demanda de restitución de un bien cultural robado y la de devolución de un bien cultural exportado ilícitamente, son acciones relativas a reclamaciones privadas.[69]

---

[64] *Idem*.

[65] Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes…, cit.*, p. 187.

[66] *Idem*.

[67] Fuentes Camacho, V. (1993), *El tráfico ilícito internacional…, cit.*, p. 145.

[68] Convenio de Unidroit de 1995, art. 16, núm. 4: "Las disposiciones de los párrafos 1 a 3 del presente artículo no derogarán las disposiciones de los acuerdos bilaterales y multilaterales de ayuda mutua judicial en las materias civiles y comerciales que puedan existir entre los Estados contratantes".

[69] Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes…, cit.*, p. 188.

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

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

En este orden de ideas, la actuación del Estado requirente debe entrar dentro de la esfera de sus actos *ius gestionis*, es decir, no debe tener lugar como ejercicio de poder público (*ius imperii*).[70] Así las cosas, también es posible que se recurra, más allá del Convenio del Unidroit de 1995, a normas de origen internacional o supranacional en materia civil y mercantil. En el ámbito europeo, por ejemplo, esta posibilidad ha sido discutida en el marco del Convenio de Bruselas de 1968[71] y el Convenio de Lugano de 1988,[72] ambos referidos a competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.[73]

II. La regla *forum rei sitae* en el Reglamento (UE) 1215/2012

Las normas de la Unión Europea no pueden ser aplicadas en los países que no son Estados miembros de ella. No obstante, estas normas no son irrelevantes para terceros Estados, como los latinoamericanos. En primer lugar, dichas normas representan un modelo normativo —que no necesariamente tiene que ser seguido, pero que es aconsejable conocer— que ha sido creado para hacer frente a problemas que pueden emerger, en general, de situaciones jurídicas privadas internacionales en materia de bienes culturales, y también, en particular, de los conflictos de jurisdicción en casos de repatriación o restitución internacional de esta clase de bienes. Más allá de eso, Estados no miembros de la Unión Europea, o personas naturales o jurídicas originarias de ellos, podrían recurrir a normas europeas atributivas de competencia, para interponer una acción en algún país miembro de la Unión Europea. Esto se puede hacer con base en el párrafo 4 del artículo 7 del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como se indicará en este acápite.

[70] *Ibidem*, p. 189.

[71] El 22 de diciembre de 2000, el Consejo adoptó el Reglamento (CE) 44/2001, que sustituye el Convenio de Bruselas de 1968 en los territorios de los Estados miembros a los que se aplica el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para todos los Estados miembros, excepto Dinamarca. Mediante la Decisión 2006/325/CE del Consejo (3), la Comunidad celebró un acuerdo con Dinamarca para la aplicación de las disposiciones del Reglamento (CE) 44/2001 en Dinamarca.

[72] Revisado por el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 por la Comunidad, Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza.

[73] Weller, M. (2017), *Study on the European added value…*, *cit.*, pp. 38 y ss. Véase también Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes…*, *cit.*, pp. 189 y ss.

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

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

La Unión Europea dispone de varios mecanismos legales para facilitar el retorno de bienes culturales a sus países de origen. Por una parte, el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece, de manera general, que la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional constituye una excepción a la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación y de toda medida de efecto equivalente, como ocurre también de acuerdo con el artículo XX, letra f), del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT),[74] en el cual se inspira la norma europea.[75]

Por otra parte, existen dos cuerpos normativos específicos. En primer lugar, se tiene el Reglamento (CEE) 3911/92 del Consejo, del 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales, que fue sustituido posteriormente por el Reglamento 116/2009 del Consejo, del 18 de diciembre de 2008, sobre la misma materia. En segundo lugar, se encuentra la Directiva 93/7/CEE del Consejo, del 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro,[76] sustituida más tarde por la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de mayo de 2014, relativa a la misma materia (véase capítulo undécimo), que, aunque es diferente del Convenio de Unidroit de 1995, estuvo inspirada por sus trabajos preparatorios.[77]

A las normas anteriores se suma el párrafo 4 del artículo 7 del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El texto del párrafo 4 del artículo 7 de ese Reglamento es el siguiente:

> Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: …si se trata de una acción civil, basada en el derecho de propiedad, dirigida a recuperar un bien cultural según se define en el artículo 1, punto 1, de la Directiva 93/7/CEE, e incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda.

[74] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 39. Véase también Merryman, J. H. (2005), "Cultural Property Internationalism", *International Journal of Cultural Property*, 12, 11-39.

[75] Fuentes Camacho, V. (1993), *El tráfico ilícito internacional…, cit.*, p. 280.

[76] Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…, cit.*, p. 837.

[77] Calvo Caravaca, A. L. (2004), *Private International Law…, cit.*, p. 90.

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

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

La situación de la que parte esta disposición remite al hecho de que la mayoría de los bienes culturales robados que han sido trasladados de un Estado miembro a otro Estado miembro de la Unión Europea pueden ser reclamados por el propietario al poseedor ante los tribunales del domicilio de este último.[78] Generalmente, el poseedor de un bien robado lo tiene consigo, y cuando esto ocurre no hay problemas en relación con el reconocimiento y la ejecución de las decisiones del tribunal que conoce del caso. Sin embargo, puede ocurrir que el bien no se encuentre en el domicilio del poseedor. El párrafo 4 del artículo 7 del Reglamento (UE) 1215/2012 se ocupa de este problema respecto de casos en los que el Estado donde el bien cultural se encuentra es un Estado miembro de la Unión Europea.

El Reglamento (UE) 1215/2012 contiene otras reglas de competencia a las que también sería posible acudir, dependiendo de las circunstancias concretas del caso. Así, por ejemplo, si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, que es el mismo lugar donde se encuentra el bien, el demandante no necesitaría acudir al párrafo 4 del artículo 7, pues la competencia de los tribunales del domicilio del demandado está dispuesta en el artículo 4, párrafo 1, del Reglamento. En cualquier caso, el demandado debe encontrarse domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea. Éste puede ser el poseedor del bien, que lo posee como propio, o un tercero que lo ha adquirido de otra persona a quien ha tenido como propietario. Un ejemplo de esto último se presentó en el caso *City of Gotha vs. Sotheby's and Cobert Finance S. A.*, en el que la ciudad de Gotha, en Turingia, Alemania, demandó a la casa de subasta y al transportador en Londres, Inglaterra, la restitución de una obra del pintor Joachim Wtewael (1566-1638).[79]

Ahora bien, la acción ejercida mediante la demanda debe estar basada en el derecho de propiedad, pues debe ser incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien, de manera que quedan excluidas las demandas basadas en la exportación ilícita del bien.[80] Es así como un Estado podrá interponer una demanda en el marco del párrafo 4 del artículo 7 del Reglamento (UE) 1215/2012 solamente cuando sea el propietario del bien.

Adicionalmente, la demanda debe estar dirigida a recuperar un bien cultural. Este bien cultural debe entrar en la definición en el artículo 1, núm. 1, de la Directiva 93/7/CEE.[81] El párrafo 4 del artículo 7 de la Direc-

[78] Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…*, *cit.*, p. 838.

[79] *Ibidem*, p. 839.

[80] *Ibidem*, p. 341.

[81] Directiva 93/7/CEE, art. 1, núm. 1: "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

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

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

tiva no distingue entre bienes culturales originarios de un Estado miembro de la Unión Europea y bienes culturales originarios de un tercer Estado. Al respecto, como interpreta Kurt Siehr,[82] un Estado que no es miembro de la Unión Europea —usemos Ecuador como ejemplo, como lo hace el mismo autor—[83] puede reclamar la devolución de un bien cultural del cual es propietario ante las autoridades del Estado miembro en el cual se encuentra el bien.

Por otra parte, mediante la demanda se debe ejercer una acción civil. Respecto de este punto, hay que tomar en cuenta las acciones civiles que están contempladas en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de la Unión Europea donde se encuentra el bien, ante cuyos tribunales se interpondrá la demanda. En relación con ello, las disposiciones de los ordenamientos jurídicos nacionales pueden ser diversas, pero lo que tiene que considerarse es la naturaleza civil de la acción.[84] En los ordenamientos jurídicos del *civil law* es posible la acción reivindicatoria, ampliamente conocida en los sistemas latinoamericanos, que se encuentra, por ejemplo, en el artículo 985 del Código Civil alemán. En cualquier caso, al amparo del párrafo 4 del artículo 7 del Reglamento (UE) 1215/2012 no es posible interponer accio-

1) 'bien cultural':

– un bien que esté clasificado, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, como 'patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional', con arreglo a la legislación o a procedimientos administrativos nacionales en el marco del artículo 36 del Tratado, y

– pertenezca a una de las categorías que figuran en el Anexo o, aunque no pertenezca a una de esas categorías, forme parte de:

– colecciones públicas que figuren en los inventarios de museos, archivos y fondos de conservación de bibliotecas.

A efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por 'colecciones públicas' aquellas colecciones que son propiedad de un Estado miembro, de una autoridad local o regional dentro de un Estado miembro o de un organismo situado en el territorio de un Estado miembro que se defina como público según la legislación de dicho Estado miembro, y que pertenezca o esté financiado de forma significativa por dicho Estado miembro o por una autoridad local o regional,

- inventarios de instituciones eclesiásticas".

[82] Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…, cit.*, p. 842.

[83] Kurt Siehr menciona como ejemplo el caso Ecuador vs. Danusso, que se expondrá más adelante (véase capítulo decimosegundo). Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…, cit.*, p. 842.

[84] Puede tratarse, por ejemplo, de una acción delictual, siempre que sea de naturaleza civil, pero sería cuestionable la inclusión de una acción dirigida a la determinación de la propiedad sobre un bien cultural como la que contempla la legislación alemana, pues dicha acción no está "dirigida a *recuperar* un bien cultural". Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…, cit.*, pp. 843 y 844.

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

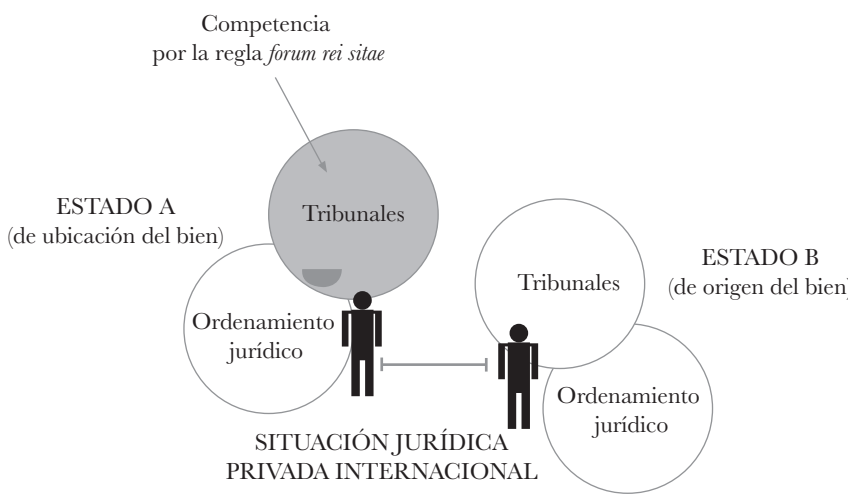
Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en: https://tinyurl.com/27psnm2d

nes de otro tipo, como podrían ser acciones penales o administrativas. No obstante, la posibilidad de acudir a estas acciones queda intacta, tal como se puede extraer de la consideración número 15 del mismo Reglamento, cuando se refiere a los procedimientos que pueden tener lugar en el marco de la Directiva 93/7/CEE.[85]

III. Breve balance

Hemos observado que así como es extendido el uso de la regla *forum rei sitae* en relación con casos relativos a derechos sobre bienes en general (véase el capítulo tercero), dicha regla ha sido reconocida también específicamente en materia de restitución internacional de bienes culturales. Ello se encuentra a nivel internacional en el Convenio de Unidroit de 1995 y a nivel regional en el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. De manera muy general y elemental, la situación puede representarse gráficamente como sigue:

Solución actual a los conflictos de jurisdicción relativos a bienes culturales



[85] Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…, cit.*, pp. 842 y 843.

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

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

Capítulo quinto

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL PAÍS DE ORIGEN DE LOS BIENES CULTURALES

La idoneidad de la regla *forum rei sitae* para situaciones de repatriación o restitución internacional de bienes culturales ha sido cuestionada por varios autores. Entre ellos destacan Erik Jayme y Gerte Reichelt, quienes han propuesto que los tribunales del Estado de origen de los bienes culturales tengan competencia para decidir sobre la repatriación o restitución internacional de los bienes, mediante una regla *forum originis*. En este capítulo trataremos dichas propuestas. Como se verá más adelante (véase el capítulo décimo), estos autores han cuestionado al mismo tiempo la aplicación de la regla del lugar de ubicación de los bienes para decidir sobre el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la situación en tales casos (*lex rei sitae*). Esta última cuestión será analizada con más detenimiento posteriormente (a partir del capítulo séptimo), cuando expongamos el tema referido al ordenamiento jurídico aplicable para resolver el fondo de la controversia en situaciones relativas a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales.

En relación con la atribución de competencia a los tribunales del Estado de origen y la aplicación del ordenamiento jurídico del mismo Estado, en casos relativos a la restitución internacional de bienes culturales, es conveniente acotar que se suele considerar como uno de los aspectos más problemáticos el hecho de que *Estado de origen* y *ordenamiento jurídico de origen* son conceptos poco claros que están abiertos a interpretación. No obstante, también se ha estimado que es allí donde reside la fortaleza de estos conceptos.[1] En este sentido, se sostiene que la determinación del ordenamiento jurídico de origen no puede ser realizada en abstracto, sino tomando en cuenta criterios relevantes del caso, por lo que una regla especial que se aleje de la *lex rei sitae* en favor de la *lex originis* debería contar con dicha inexactitud, debiendo ser lo decisivo el interés de una comuni-

[1] Kienle, F. y Weller, M. P. (2004), "Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR", *IPRax*, 4, 290-294. Armbrüster, C. (2001), "Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland", *NJW*, 2001, pp. 3581-3587.

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

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

dad cultural y jurídica determinada por proteger el bien cultural de que se trate.[2]

I. Planteamiento de Erik Jayme

Erik Jayme parte de explicar la noción de nacionalidad del bien cultural,[3] que sería un aspecto que no sólo debe actuar como factor de conexión para establecer la ley aplicable, sino también como elemento atributivo de competencia que sirva de base a un tribunal para declararse competente.[4] Para describir el concepto de nacionalidad del bien cultural dentro de su planteamiento, Jayme recurre a la protección de los bienes culturales en cuanto bienes nacionales que se encuentran en normas tanto nacionales como internacionales. En este sentido, resalta, por una parte, que en las normas nacionales, generalmente, los bienes culturales son "nacionales" en términos territoriales, de manera que es nacional de un Estado el bien cultural que se encuentre en el territorio de ese Estado. Por otra parte, recuerda que en la Convención de la Unesco de 1970 (artículo 4, lit. a)[5] la nacionalidad de los bienes culturales está asociada a la nacionalidad del creador del bien cultural.[6] Para Jayme, este último caso referido a la nacionalidad del creador tiene que ser considerado sólo cuando el artista tiene un rol relevante para la identidad de la nación.[7] Porque, de cualquier forma, para este autor lo que se debe proteger es la relación especial del bien cultural con la nación de cuya identidad se trate, mediante lo cual se brinda protección a los bienes culturales en sí mismos.

---

[2] Müller-Katzenburg, A. (1996), *Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot.

[3] Jayme usa el término *Kunstwerk* (literalmente, obra de arte), *cfr*. Jayme, E. (1994). *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 37. Pero podría interpretarse que con sus explicaciones está haciendo referencia a "bienes culturales".

[4] Jayme se refiere a un *Anknüpfungspunkt* (literalmente, factor de conexión). No obstante, está haciendo referencia, en realidad, tanto a un *elemento atributivo de competencia* (componente de una norma atributiva de competencia judicial internacional) como a un *factor de conexión* (componente de una norma de conflicto de leyes).

[5] Convención de la Unesco de 1970, art. 4, lit. a: "Los Estados Parte en la presente Convención reconocen que para los efectos de la misma, forman parte del patrimonio cultural de cada Estado los bienes que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

a) bienes culturales debidos al genio individual o colectivo de nacionales de Estados de que se trate y bienes culturales importantes para ese mismo Estado y que hayan sido creados en su territorio por nacionales de otros países o por apátridas que residan en él…".

[6] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, pp. 37 y 38.

[7] *Ibidem*, p. 48.

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

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

Lo anterior incide directamente en situaciones jurídicas regidas por el derecho privado, en la medida en que el catálogo de los bienes culturales protegidos como bienes nacionales contiene bienes que son propiedad de sujetos privados.[8] Las transformaciones en materia de protección de bienes culturales, de las cuales hacen parte las normas nacionales e internacionales, justifican para Jayme que en relación con situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a bienes culturales existan normas de conflicto especiales, para resolver tanto conflictos de jurisdicción como conflictos de leyes, que sean distintas de las que se refieren a los derechos reales en general.[9] Por ello plantea, entonces, la posibilidad de que dichas situaciones no se rijan por el ordenamiento jurídico de la ubicación, sino por el ordenamiento jurídico del lugar de la nacionalidad del bien cultural, el cual configura su "derecho nacional" (*Heimatrecht*) (véase el capítulo décimo).[10]

II. Planteamiento de Gerte Reichelt

En la misma dirección planteada por Jayme, Gerte Reichelt afirma que es posible encontrar un balance entre la existencia del mercado del arte y la protección de los bienes culturales en el ámbito del derecho internacional privado, mediante la existencia de factores de conexión especiales.[11] En este orden de ideas, Reichelt considera que debe existir una "jurisdicción de protección" (*Schutzgerichtsstand*) para los bienes culturales, mediante la cual se establezca la competencia de los tribunales del país de origen de dichos bienes. Para esta autora, la razón se encuentra en que de esta manera se podrían aplicar mejor las normas nacionales sobre patrimonio cultural, que están destinadas a proteger los bienes culturales de cada país.[12] Además, el hecho de que el propietario originario pueda acudir a los tribunales propios, en lugar de los tribunales del Estado en cuyo territorio el objeto cultural se encuentra, facilita la determinación de la infracción de las leyes de exportación, amén

[8] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 40.

[9] Dependiendo del caso concreto, puede entrar en juego la aplicación de otras reglas para la solución de conflictos de leyes, como las referidas a la responsabilidad, ya sea contractual, si existe un contrato, o extracontractual, si no media relación contractual. Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 35.

[10] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 42. Véase también Franke, T. (2012), *Die Nationalität von Kunstwerken*, Berlín, De Gruyter, p. 99.

[11] Reichelt, G. (1994), *Diskussion…, cit.*

[12] Jayme, E. (1994), *Diskussion…, cit.*; Reichelt, G. (1986), "Kulturgüterschutz und internationales Privatrecht", *IPrax*, 2, pp. 73-75.

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

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

del ahorro en términos de tiempo y dinero. Más allá de eso, Reichelt destaca que en un escenario como el que ella plantea se reduciría la posibilidad de un *forum shopping in fraudem legis*, es decir, la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales que puedan resolver la situación de una manera más favorable para el poseedor, lo que podría contravenir las normas destinadas a la protección de los bienes culturales.[13]

Tal vez la crítica más importante que pueda hacerse a propuestas como las de Jayme y Reichelt sea la que se refiere al hecho de que las decisiones que se tomen en una jurisdicción diferente de la del lugar de ubicación del bien tienen que ser reconocidas en esta última jurisdicción para poder ser ejecutadas allí.[14] Frente a la propuesta de Jayme se ha dicho, además, que ésta otorga demasiada atención a los intereses del propietario originario, despreciando la consideración que merecerían los intereses del adquirente de buena fe. A esto Jayme responde, por una parte, que en la actual regulación del movimiento internacional de bienes culturales a lo que se otorga un valor excesivo es a la libertad de comercio y, por otra parte, que la protección del propietario originario va de la mano de la protección de los bienes culturales.[15]

En general, dichas críticas podrían considerarse correctas desde una perspectiva de la actual configuración de las normas aplicables en esta materia, pero habría que considerar que estos planteamientos apuntan a que las discusiones tengan un cariz diferente. En este sentido, éstos ponen en entredicho una aceptación acrítica de las reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae*, al tiempo que cuestionan que la consideración de los derechos del propietario originario, en lugar de encontrarse en el contenido mismo de la norma, sea el resultado de su interpretación.[16] En este último sentido, se alude a casos decididos en la práctica, que demuestran la posibilidad de que las situaciones jurídicas relativas a bienes culturales no se rijan exclusivamente por el ordenamiento jurídico de su ubicación, sino por su derecho nacional[17] (ejemplos en el capítulo decimotercero).

---

[13] Reichelt, G. (1986), *Kulturgüterschutz und internationales…, cit.*

[14] Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…, cit.*, pp. 845 y 846.

[15] Jayme, E. (1994), *Diskussion…, cit.*

[16] *Idem*.

[17] Ejemplos de ello son, en Inglaterra: *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* [1982] 1 Q.B. 349, [1982] 3 WLR (Q.B. and C.A.) 432, [1984] 2 WLR 809. Véase Siehr, K. (2006), "The Beautiful One Has Come – to Return", en Merryman, J. H. (coord.), *Imperialism, Art and Restitution*, Nueva York, Cambridge University Press (pp. 114-134), *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited* [2007] EWHC 705 (QB); [2007] EWCA Civ 1374; [2008] 1 All ER 1177; QB 22 [2009]. Véase Siehr, K. (2015), "Private International

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

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

Los planteamientos de Reichelt y Jayme invitan a pensar que la existencia de una norma que otorgue competencia especial en esta materia a los tribunales del lugar de origen (*forum originis*), junto con la existencia de una norma de conflicto de leyes que ordene aplicar, para decidir sobre el fondo de la controversia, el ordenamiento jurídico del lugar de origen (*lex originis*), sean el punto de partida, es decir, la regla general. Se trata de que, mediante la configuración de tales normas, la balanza se incline hacia el propietario originario, y que, desde allí, si las circunstancias así lo exigieran, se sumen elementos que puedan hacer que, a través de la interpretación de tales normas, la balanza se incline hacia el otro lado, siendo el fin último la búsqueda de un equilibrio.

Por otra parte, estas propuestas ofrecen la ventaja fundamental, desde el punto de vista de los países de origen, de que es más fácil la aplicación de las leyes protectoras del patrimonio cultural del respectivo país si éstas son parte de la ley nacional del tribunal que las aplica (*lex fori*) y no haciendo parte de un ordenamiento jurídico extranjero. Un ejemplo de esto son las sentencias dictadas en Colombia en 2017 en el caso de las estatuas de San Agustín, decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,[18] y en el caso del tesoro Quimbaya, decidido por la Corte Constitucional de Colombia,[19] en las cuales se reafirma el deber que tiene el gobierno colombiano de esforzarse por que esos objetos culturales regresen a Colombia. Pero, en el actual estado de cosas, al basarse este deber en normas que hacen parte del ordenamiento jurídico nacional, sus efectos se circunscriben al ámbito territorial colombiano.

En este sentido, no debe perderse de vista la necesidad, antes anotada, de que las sentencias sean reconocidas y ejecutadas en los países donde se encuentran los bienes. Es por ello que las propuestas expuestas tienen que

---

Law and the Difficult Problem to Return Illegally Exported Cultural Property", *Uniform Law Review*, 20, 503-515; Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…*, *cit.*; en Italia, *Repubblica dell'Ecuador – Casa della cultura ecuadoriana (avv. Bisocchi Visconti, Dodero) contro Danusso (avv. Grande Stevens, Borda), Matta (avv. Crufi) e altri (Tribunale di Torino)*, sentenza 25 marzo 1982. Presidente, Conti – Giudice Rel., Barbuto. Véase *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XVIII, 1982, 625-635; en Estados Unidos, *United States v. Schultz* 333 F.3d 393 (2003), United States of America, Appellee, v. Frederick Schultz, Defendant-Appellant. United States Court of Appeals, Second Circuit. Véase Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law. Cases and Materials*, 3a. ed. Durham, Carolina Academic Press, pp. 678 y ss.

[18] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expediente 25000234100020160089 2-00, sección A, 14 de septiembre de 2017. M. P. Luis Manuel Lasso Lozano.

[19] Corte Constitucional de Colombia. SU-649/17. 19 de octubre de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos.

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

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

observarse como apuntando hacia la necesidad de que las reglas atributivas de competencia que establezcan el *forum originis* sean establecidas en el plano internacional mediante un tratado. La creación de condiciones que permitan lograr el acuerdo entre los diferentes Estados que se requiere para que estas propuestas puedan verse concretizadas en normas internacionales es una tarea aún inconclusa.[20]

Finalmente, sería importante tener en cuenta en este contexto las observaciones que ha hecho Diego Fernández Arroyo en cuanto al uso extendido del *forum non conveniens*[21] en Estados Unidos.[22] Estas observaciones se refieren a casos relativos a daños medioambientales producidos por empresas estadounidenses en territorios de países latinoamericanos, en los que tribunales estadounidenses han decidido en la dirección de que estos sean conocidos y decididos por los tribunales de los países donde han ocurrido los hechos. En general, en tales casos, como en los casos referidos a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, habría que contar con el reto que implica el hecho de que los tribunales de los países de origen sean los que conozcan y decidan, en cuanto que esto podría traer aparejados riesgos atados a la debilidad institucional que aqueja a los países de la región, y, por tanto, la vulnerabilidad frente a presiones de diverso tipo (provenientes, por ejemplo, de *lobbies*).

III. Breve balance

En este capítulo y en el capítulo anterior se han tratado diferentes aspectos relacionados con los conflictos de jurisdicción en situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. En este sentido, se ha observado que la regla *forum rei sitae* ha sido reconocida en materia de restitución internacional de bienes culturales a nivel internacional en el Convenio de Unidroit de 1995 y a nivel regional en el Reglamento (UE) No. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. No obstante, las particularidades de los bienes culturales han

[20] Hay quienes piensan que sería, incluso, imposible. Siehr, K. (2014), *Das Forum rei sitae…*, *cit.*, p. 846.

[21] Sobre el concepto de *forum non conveniens* véase el capítulo primero.

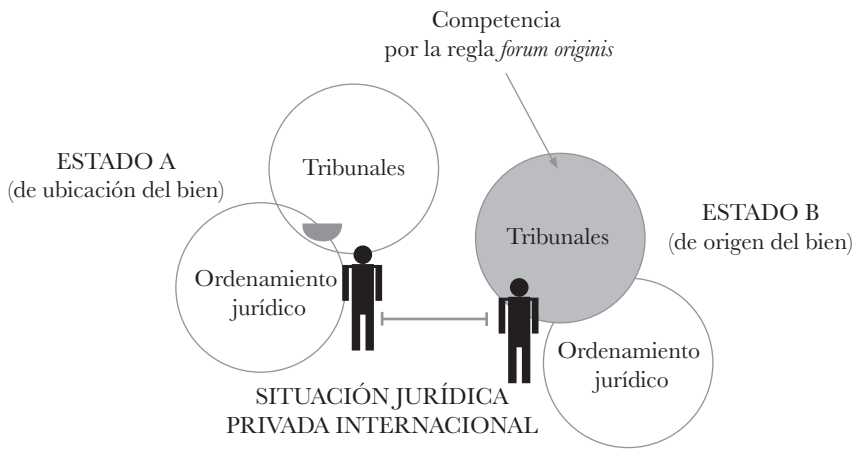
[22] Fernández Arroyo, D. (s. f.), *Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana*, disponible en: *http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fernández%20A.%20def.BIS.pdf* (01-11-2019).

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

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

conducido a que se proponga el reconocimiento legal de la regla *forum originis* para resolver los conflictos de jurisdicción en relación con situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. Estas propuestas implican que los tribunales del Estado de origen de esos bienes estén autorizados para decidir sobre la repatriación o restitución internacional de esta clase de bienes. Como se ha visto, tales propuestas no han prosperado legislativamente hasta ahora, habiéndose concretizado sólo la regulación de la regla *forum rei sitae*, es decir, la regla que atribuye competencia a los tribunales del Estado en el cual el bien cultural se encuentra ubicado. A grandes rasgos, las propuestas a las que aludimos pueden representarse gráficamente de la siguiente manera:

PROPUESTAS DE JAYME Y REICHELT PARA SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN RELATIVOS A BIENES CULTURALES



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

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

Capítulo sexto

OTROS TEMAS RELEVANTES EN RELACIÓN CON LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

En los casos relativos a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, los problemas que se originan a raíz de la diversidad de los ordenamientos jurídicos se hacen evidentes desde diferentes perspectivas. Un aspecto que puede mencionarse es la diversidad que existe entre los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales en cuanto a la protección de los adquirentes o poseedores de buena fe (véase el capítulo cuarto). Bajo ciertos ordenamientos jurídicos es incluso posible que por medio de la buena fe se adquieran bienes que han sido previamente adquiridos de forma ilícita.[1]

En medio de esa diversidad, al momento de decidir ante cuáles tribunales acudir, es particularmente importante tomar en cuenta dos aspectos. Por un lado, hay que considerar la diversidad en cuanto a la prescripción de las acciones que pudieran ser ejercidas por el propietario originario para conseguir la repatriación o restitución internacional de un determinado bien (o conjunto de bienes) de naturaleza cultural.[2] La prescripción de las acciones se refiere al periodo de tiempo durante el cual dichas acciones pueden ser ejercidas. Por otro lado, está el aspecto relativo a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución que ampara a ciertos sujetos (Estados) en determinadas circunstancias. A estos dos aspectos se dedica el presente capítulo.

I. Prescripción de las acciones

Las normas incluidas en el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio de Unidroit de 1995 y en el párrafo 4 del artículo 7 del Reglamento (UE) 1215/2012) tienen en común, como se ha visto (véase el capítulo cuarto), que establecen la regla *forum rei sitae* para situaciones que tienen que ver con la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. Ambas normas son, sin embar-

[1] Jayme, E. (2005), *Ein internationaler Gerichtsstand…*, *cit.*, p. 518.
[2] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…*, *cit.*, p. 35.

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

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

go, diferentes. Una diferencia importante tiene que ver con la naturaleza y el alcance de los instrumentos jurídicos en los que cada una de ellas se encuentra.

Hemos visto que el Convenio de Unidroit de 1995 es un instrumento unificador en cuanto se refiere a las acciones relativas a la acción restitución de un bien cultural robado y a la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente. En efecto, este Convenio intenta crear una regulación comprehensiva sobre dichas acciones que sea igual en todos los países que lo ratifiquen. Es así como, entre otras cosas, este Convenio contiene los plazos de prescripción para cada una de esas acciones. Los plazos de prescripción de la acción restitución de un bien cultural robado se encuentra en los párrafos 3 y 4 del artículo 3:

> 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.[3]

Y los plazos de prescripción de la acción de devolución de un bien cultural exportado ilícitamente se encuentran en el párrafo 5 del artículo 5:

> 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.

[3] El mismo art. 5 permite en su párrafo 5 que los Estados contratantes declaren "que una demanda prescribe en un plazo de 75 años o en un plazo más largo previsto en su derecho". Ese plazo de prescripción se extiende a las demandas presentadas en otro Estado contratante cuando se trate de ciertos bienes culturales que se encuentren en un Estado que ha hecho esa declaración: "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" (Convenio Unidroit de 1995, art. 3, párrafo 5).

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

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

En cuanto al Reglamento (UE) 1215/2012, su alcance unificador es distinto al del Convenio del Unidroit. Más allá de que su alcance territorial se extiende solamente a los Estados miembros de la Unión Europea, este Reglamento, por un lado, no es un instrumento dirigido sólo a temas relativos a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. Por otro lado, el párrafo 4 del artículo 7 de este Reglamento no contiene una unificación en cuanto a la acción que puede ser interpuesta ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda, sino que, como se ha indicado, sólo dice que debe ser una acción civil basada en el derecho de propiedad, y debe estar dirigida a recuperar un bien cultural. Así que, como se mencionó antes, en cuanto a los requisitos específicos de esa acción, entre los que se encuentra el plazo de prescripción, se aplicarán las normas del ordenamiento jurídico nacional del Estado miembro donde se encuentra el bien, que será competente para conocer de la demanda. Tener esto en cuenta es importante, porque los ordenamientos jurídicos nacionales pueden contener diferentes normas procesales en las cuales se encuentren específicamente regulados dichos requisitos.

La misma observación puede ser hecha en relación con la Convención de la Unesco de 1970, pues ésta no contiene norma alguna sobre los plazos de prescripción de las acciones. En un borrador de la Convención preparado en 1969 se incluyó que las acciones de restitución contra quien poseyera un bien perdido, robado o exportado ilícitamente prescribirían a los treinta años desde la fecha del robo, pérdida o importación ilegal. Pero mientras algunos Estados estaban a favor de que se incluyera esa disposición, otros Estados no estaban de acuerdo, y finalmente esta disposición fue eliminada.[4]

II. Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución

En las situaciones en las cuales un Estado es el sujeto requerido, es decir, aquel a quien se demanda la restitución de un bien cultural, se hace relevante la inmunidad de soberanía de este Estado. La inmunidad de soberanía es un principio del derecho internacional público reconocido por todos (o la mayor parte de) los sistemas jurídicos nacionales.[5] Se considera que es una regla

[4] Prott, L. (2013), Study. Consideration of the Draft Operational Guidelines. Subsidiary Committee of the Meeting of States Parties to the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Cultural Property. First session. París, 2 y 3 julio 2013. Documento UNESCO C70/13/1.SC/INF.2/REV2, párrafo 89.

[5] Leyes nacionales que regulan esta materia son, por ejemplo, la State Immunity Act de 1978 (Inglaterra), la Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 (Estados Unidos) o la Foreign

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

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

que hace parte de la costumbre internacional, aunque ello no es aceptado unánimemente para todos los casos.[6] Este principio tiene dos vertientes: la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. La inmunidad de jurisdicción significa, en un sentido absoluto, que un Estado no está sujeto, en contra de su voluntad, a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, lo que quiere decir que éstos no lo pueden juzgar. En un sentido estricto, la inmunidad de jurisdicción observa el tipo de acto gubernamental por el cual el Estado extranjero sería juzgado: un Estado puede ser juzgado en contra de su voluntad si el acto en cuestión tiene una dimensión privada (*iuris gestionis*), pero gozará de inmunidad si ha realizado dicho acto en ejercicio del poder público (*iuris imperii*).[7]

La inmunidad de ejecución es diferente de la inmunidad de jurisdicción. La inmunidad de ejecución se refiere al hecho de que aunque un Estado pueda ser juzgado por un tribunal de otro Estado ello no implica necesariamente que la decisión de ese tribunal podrá ser ejecutada sobre sus bienes.[8] En especial, esto es importante respecto de los bienes que se encuentren en el territorio del Estado donde se ha producido la decisión judicial. Aquí, la doctrina hace también uso de la distinción entre actos *iuris gestionis* y actos *iuris imperii*, pues generalmente se exceptúan de la inmunidad de ejecución los bienes destinados a actos *iuris gestionis*.[9]

Esto último se encuentra en el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptada el 2 de diciembre de 2004, durante la sexagésimo quinta reunión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.[10] Esta Convención se refiere específicamente a la exclusión de las transacciones mercantiles, cuya definición se encuentra en el artículo 2, párrafo 1, iii), que debe ser leído de forma conjunta con el párrafo 2 del mismo artículo. Para determinar qué se entiende por transacción mercantil, este párrafo contiene un

States Immunieties Act de 1985 (Australia). O'Keefe, P. y Prott, L. (1989), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 3…, *cit.*, p. 205.

[6] En el contexto de la inmunidad de ejecución sobre bienes culturales, por ejemplo, Alemania se ha opuesto a la idea de que pueda existir una práctica de los Estados suficientemente generalizada en esta materia. Véase Woudenberg, N. (2012), *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, p. 292.

[7] O'Keefe, P. y Prott, L. (1989), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 3…, *cit.*, p. 205.

[8] *Ibidem*, 206.

[9] *Ibidem*, p. 205.

[10] Resolución A/59/38. Esta Convención es expresión de un compromiso entre las doctrinas absoluta y restrictiva de la inmunidad de jurisdicción. Woudenberg, N. (2012), *State Immunity and Cultural Objects…*, *cit.*, pp. 60 y 61.

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

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

criterio natural, según el cual "se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción", y un criterio teleológico, conforme al cual "se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes… o si, en la práctica del Estado que es parte… tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción".

El alcance del párrafo ha sido discutido por la doctrina con objeto de dilucidar si puede considerarse que incluye relaciones jurídicas referidas a bienes culturales. Nout van Woundenberg muestra cómo varios autores han asumido diferentes posiciones al respecto. Algunos autores han entendido que los préstamos internacionales de bienes culturales deben ser vistos como actos *iuris gestionis*, y otros sostienen que se trata de actos *iuris imperii*. Entre los diferentes planteamientos, destaca el que considera que debe distinguirse entre el Estado que da el bien en préstamo y el Estado que lo recibe. Si el demandado es el Estado que recibe el bien en préstamo, se debe tener en cuenta el criterio natural, con lo cual la balanza se inclinaría a ver el contrato de préstamo como un acto *iuris gestionis* y, por lo tanto, quedaría excluido de la protección que otorga la inmunidad. Pero si el demandado es el Estado que da en préstamo, tienen que observarse las circunstancias particulares de la situación.

Ahora bien, tratándose de un acto dirigido a la compra del bien, el bien no estaría protegido por inmunidad, pues este acto tendría que ser entendido como *iuris gestionis*. No obstante, ello no ocurriría si el acto estuviera dirigido, por ejemplo, a la nacionalización del bien por parte del Estado que otorga el préstamo, puesto que este sería un acto *iuris imperii*, caso en el cual el bien sí debe entenderse cobijado por inmunidad.[11] A la misma conclusión se arriba si se considera que el préstamo es un acto que se realiza con un fin público, no comercial, que se orienta hacia el mutuo entendimiento de la historia cultural de ambos Estados o, incluso, hacia el fortalecimiento de las relaciones diplomáticas bilaterales.[12]

La Ley de Derecho Internacional Privado de Hungría (Ley XXVIII de 2017) contiene una norma interesante para evitar dudas sobre la inmunidad de ejecución basada en el carácter *iuris imperii* de los actos en relación con los bienes culturales. El artículo 85, párrafo 3, establece: "No se puede imponer ninguna ejecución en la propiedad de un Estado extranjero ubicada en Hungría, a menos que… c) la propiedad tenga un propósito distinto de la actividad gubernamental no comercial". Y, a continuación, el párrafo 4 del mismo artículo indica: "Para los fines del párrafo 3), punto c), en particu-

[11] Woudenberg, N. (2012), *State Immunity and Cultural Objects…*, *cit.*, pp. 63-65.
[12] *Ibidem*, p. 65.

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

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

lar… d) bienes pertenecientes al patrimonio cultural o archivos del Estado que no se pretendan enajenar". La misma norma se encuentra en el artículo 443 del Código Civil de Kazajistán.[13]

No obstante, como puede verse, este es un asunto sobre el cual no existe unanimidad. En este escenario, la práctica en muchos países, especialmente en los países que pueden considerarse preponderantemente como destino de bienes culturales, favorece la aplicación del criterio natural, sin consideración de la intención que subyace tras el préstamo.[14] En este orden de ideas, se tiende a exigir, de manera especial, que los bienes culturales sean protegidos de ejecución, de manera que el préstamo se produzca solamente a condición de que exista una garantía de inmunidad de ejecución específica para el bien de que se trate.[15]

La razón de que se exija inmunidad de jurisdicción en el contexto de préstamos internacionales de bienes culturales, de manera particular, es que el Estado que los da en préstamo no puede estar seguro de que sólo sobre la base del carácter *iuris imperii* que puedan tener los actos a los cuales ese tipo de bienes están vinculados, los mismos serán suficientemente protegidos frente a decisiones de los tribunales del otro Estado.[16] Por ello, la existencia de esta figura es vista como un medio para facilitar el intercambio cultural internacional y el acceso del público a los bienes culturales.[17] En este contexto, se ha indicado que la inmunidad de ejecución se refiere a

> …la protección legal que un Estado otorga en su territorio a un objeto prestado por otro Estado en el contexto de una exhibición temporal. El propósito es asegurar el objeto contra cualquier reclamo legal de propietarios o reclamantes anteriores que cuestionan la legitimidad de la propiedad actual. El reclamante aprovecha el hecho de que el objeto se encuentra temporalmente en

[13] Civil Code of the Republic of Kazakhstan General Part dated 27 December 1994, enforced by the Decree of the Supreme Council of the Republic of Kazakhstan No 269- XIII and Special Part dated 1 July 1999, No 409.

[14] La inclusión del criterio teleológico estaba dirigida, de hecho, a brindar más protección a los países en desarrollo. Véase Woudenberg, N. (2012), *State Immunity and Cultural Objects…, cit.*, p. 64, citando los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional al borrador de la Convención.

[15] O'Keefe, P. y Prott, L. (1989), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 3…, *cit.*, p. 206.

[16] Pavoni, F. y Gordley, James (2013), *Enforcing InternationalCultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 95.

[17] Weller, M. (entrevista, 27 diciembre 2017). Welt. Was frühe Bibeltexte und Hitlers Jacke miteinander zu tun haben. Disponible en: *https://www.welt.de/politik/deutschland/article171921233/Streit-ueber-Kunstschau-Was-fruehe-Bibeltexte-und-Hitlers-Jacke-miteinander-zu-tun-haben.html* (29/11/2019).

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

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

> un país diferente con un sistema jurídico diferente y solicita su incautación. La protección ofrecida por la inmunidad de ejecución se otorga por un período específico, es decir, el período de la exposición, extendido por el número de días necesarios para preparar la exposición.[18]

Sin embargo, la protección puede ser brindada no sólo en casos en los cuales se debate la propiedad sobre los bienes culturales en sí mismos.[19] Piénsese, por ejemplo, en la confiscación solicitada por un acreedor de una obligación que no recae de ninguna forma sobre el bien cultural. Esto ocurrió en el caso "Noga", en el que la compañía suiza Noga solicitó la confiscación de una colección de 54 pinturas pertenecientes al museo Pushkin de Moscú, que habían sido expuestas desde junio hasta noviembre de 2005 en la Fundación Pierre Gianadda, cantón de Wallins, Suiza. La colección incluía pinturas de Renoir, Monet, Manet, Degas, Van Gogh y Gaugin.[20] La solicitud de confiscación se basaba en el hecho de que el gobierno ruso tenía una obligación frente a la compañía suiza, originada en un contrato en virtud del cual ésta suministraba alimentos y bienes de consumo a la Federación Rusa a cambio de petróleo, por un valor de 14,000 millones de dólares estadounidenses. La confiscación fue autorizada, aunque finalmente las obras fueron liberadas a través de una decisión del Consejo Federal de Suiza, en la cual se dijo que "en el derecho internacional, los tesoros culturales nacionales son propiedad pública y no están sujetos a confiscación".[21] Como apunta Woudenberg, el gobierno suizo actuó en este sentido movido también por el temor de que una violación tal del derecho internacional tuviera efectos negativos en sus relaciones bilaterales con el gobierno ruso.[22]

Normas sobre inmunidad de ejecución han sido adoptadas en Estados Unidos (1965),[23] el Reino Unido (1978),[24] Singapur (1979),[25] Paquistán

---

[18] Lending to Europe. Recommendations on Collection Mobility for European Museums, p. 15. Disponible en: *https://museumcontact.nl/system/files/field_attachments/vb_lending_to_europe.pdf* (29/11/2019) (Traducción propia).

[19] Woudenberg, N. (2012), *State Immunity and Cultural Objects…, cit.*, p. 3.

[20] *Ibidem*, p. 310.

[21] *Ibidem*, p. 314.

[22] *Idem*. Véase también, Odendahl, K., 2006, "Inmunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter – Eine Analyse der Affäre um die Beslagnahmung der Gemälde aus dem Pushkin Museum in November 2005", *Aktuelle Juristische Praxis*, 10, 1775-1184.

[23] Federal Immunity from Seizure Act, 22 U.S.C. Section 2459, 19 de octubre de 1965.

[24] State Immunity Act, 1978, que implementa la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972.

[25] State Immunity Act No. 19 de 1979.

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

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

(1981),[26] Canadá (1982),[27] Australia (1985),[28] Alemania (1999), Japón (2007)[29] o Israel (2008),[30] y se han adelantado en Finlandia, Hungría, Polonia e Italia.[31] Algunas de estas normas no se refieren específicamente a bienes culturales, pero pueden abarcarlos al hacer referencia a bienes destinados al servicio público.[32] La relevancia que puede llegar a tener el tema que estamos tratando se evidencia en el caso de Alemania, donde la normativa fue modificada para facilitar que el *Altes Museum* de Berlín y la *Bundeskunsthalle* de Bonn realizaran una exposición, que venían planificando desde 1992,[33] de una colección de bienes culturales del *National Palace Museum* de Taipei, cuya propiedad se disputan la República Popular de China y Taiwán.[34] A raíz de este hecho, se introdujo en 1999 el artículo 20 a la Ley para Impedir el Éxodo de Bienes Culturales Alemanes (*Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung*), en el que se establece lo siguiente:

> (1) Si bienes culturales extranjeros se prestan temporalmente para una exhibición en el territorio de la República Federal de Alemania, la autoridad suprema competente del estado federado [*Land*] puede, en consulta con la autoridad federal central, comprometerse legalmente con el prestamista para devolverlo en el tiempo señalado. En el caso de exposiciones organizadas por la Federación o por una entidad legal federal directa, la autoridad competente decidirá sobre la realización de este compromiso.
>
> (2) El compromiso se realizará por escrito antes de que los bienes culturales se introduzcan en el país, utilizando el texto "compromiso legalmente vinculante para el retorno". Este no puede ser retirado o revocado.
>
> (3) El compromiso tendrá el efecto de que ningún derecho de terceros en conflicto sobre los bienes culturales puede ser afirmado en contra del derecho del prestamista a la devolución.

---

[26] State Immunity Ordinance. No. VI de 1981.

[27] State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18; 21 ILM 798 (1982).

[28] Foreign State Immunities Act. No. 196 de 1985.

[29] Act on Civil Jurisdiction. Act No. 24 de 24 de abril de 2009.

[30] Foreign State Immunity Law, Law 5769-2008.

[31] Woudenberg, N. (2010), *Immunity from Seizure: A Legal Exploration*, disponible en: *http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/internal/handbook/Van_Woudenberg_ECM.pdf*.

[32] *Idem*.

[33] *Ibidem*, p. 290.

[34] Exposición "Schätze der Himmelssöhne – Die Kaiserliche Sammlung aus dem Nationalen Palastmuseum, Taipeh", realizada del 21 de november de 2003 al 29 de febrero de 2004, Bundeskunsthalle, Bonn, Alemania. Weller, M. (entrevista, 27 diciembre 2017). Welt. Was frühe Bibeltexte und Hitlers Jacke miteinander zu tun haben. Disponible en: *https://www.welt.de/politik/deutschland/article171921233/Streit-ueber-Kunstschau-Was-fruehe-Bibeltexte-und-Hitlers-Jacke-miteinander-zu-tun-haben.html* (29/11/2019).

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

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

> (4) Las acciones legales para recuperación, embargo preventivo, embargo o incautación serán inadmisibles hasta después de la devolución de los bienes culturales al prestamista.[35]

La inclusión de esta norma obedeció a una exigencia de Taiwán como condición para dar los bienes en préstamo, pues una garantía específica no hubiera sido suficiente protección frente a una eventual reclamación por parte de la República Popular de China, dada la ausencia de reconocimiento de Taiwán como Estado, tanto por parte de Alemania como de los Estados miembros de la Unión Europea.[36] Como puede observarse, la norma transcrita establece que debe existir un "compromiso legalmente vinculante para el retorno", que ha de realizarse por escrito antes de que los bienes culturales se introduzcan en el país, y tiene como efecto que ningún derecho de terceros en conflicto sobre los bienes culturales puede hacerse valer contra el derecho del prestamista a la devolución, así como que las acciones legales para recuperación, embargo preventivo, embargo o incautación serán inadmisibles hasta después de la devolución.

En América Latina, las legislaciones nacionales en materia de patrimonio cultural no se han ocupado, en general, de la inmunidad de jurisdicción ni de la de ejecución de los bienes culturales pertenecientes a Estados extranjeros que son ingresados temporalmente al territorio nacional. Ello puede ser expresión del hecho, antes anotado, de que en América Latina no se observa la movilidad internacional de los bienes culturales en todas sus dimensiones legales, y han sido soslayadas las implicaciones jurídicas que dicha movilidad implica, especialmente de cara a la diversidad entre los ordenamientos jurídicos internos de cada país. Si bien es cierto que las legislaciones sobre patrimonio cultural imponen a los órganos gubernamentales de los Estados el deber de realizar, en el marco de sus competencias, las actuaciones para conseguir el retorno de los bienes que hayan dejado ilegalmente el país. Un ejemplo de esto es el artículo 11, *in fine*, de la Ley General de Cultura de Colombia (Ley 397 de 1997): "…el Ministerio de Cultura y demás instituciones públicas, realizarán todos los esfuerzos tendientes a repatriar los bienes de interés cultural que hayan sido extraídos ilegalmente del territorio colombiano". Y también el artículo 35 de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación de Perú (Ley no. 28296): "…El Ministerio de Relaciones Exteriores es el encargado de la restitución del bien integran-

[35] Traducción propia.

[36] Weller, M. (2009), "Die rechtsverbindliche Rückgabezusag", en Blaurock, U., Bornkamm, J. y Kirchberg, C. (eds.), *Festschrift für Achim Krämer zum 70, Geburtstag am 19. September 2009*, Berlin, De Gruyter, p. 723.

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

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

te del Patrimonio Cultural de la Nación en los casos en que ilegalmente se haya exportado o permanezca fuera del país…".

En relación con el tema que se está tratando, es de resaltar la legislación sobre patrimonio cultural de Guatemala. El artículo 19 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación[37] indica *in fine* lo siguiente: "Los bienes culturales incluidos en la exposición son inembargables y el país receptor garantizará su protección y devolución". Esta norma no se dirige a brindar protección a los bienes culturales provenientes de otro Estado que sean expuestos temporalmente en Guatemala,[38] pero es interesante el hecho de que contiene una condición para los Estados, museos u otras instituciones que realicen "exposiciones temporales de objetos arqueológicos, etnológicos y artísticos [de origen guatemalteco] fuera del territorio nacional".[39] La Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, aprobada el 16 de junio de 1976 en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (Convención de San Salvador),[40] contiene en su artículo 16 una norma similar a la de la legislación guatemalteca, que establece lo siguiente: "Los bienes que se encuentren fuera del Estado a cuyo patrimonio cultural pertenecen, en carácter de préstamo a museos o exposiciones o instituciones científicas, no serán objeto de embargo originado en acciones judiciales públicas o privadas". Sin embargo, debido a su naturaleza de tratado internacional, esta disposición sería aplicable sólo para los préstamos que se realicen entre los Estados que han firmado y ratificado la Convención (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú), y en relación con los acuerdos de préstamos que tengan lugar a partir de su entrada en vigor para los Estados que hagan parte del respectivo acuerdo de préstamo. En este orden de ideas, tomando en cuenta que las leyes nacionales, al contrario de los tratados internacionales, tienen carácter *erga omnes*, tiene sentido la inclusión de una disposición expresa dentro de la legislación nacional, como se ha hecho en Guatemala.

En este mismo sentido, podría considerarse que la solución de la legislación de Guatemala es más idónea que la adoptada en México, donde se ha optado por incluir una cláusula en cada contrato de préstamo, según la cual los bienes culturales dados en préstamo son propiedad de la nación mexi-

[37] Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación. Decreto 26-97, publicado el 12 de mayo de 1997, *Diario de Centro América*, núm. 46, tomo 256, pp. 1361-1365.

[38] Woudenberg, N. (2012), *State Immunity and Cultural Object…*, *cit.*, p. 210.

[39] Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, art. 18.

[40] Resolución AG/RES.210 (VI-O/76)

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

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

cana, tienen el carácter de inalienables y no se encuentran sujetos a acción de reivindicación o cualquier tipo de desposesión permanente o temporal.[41] Sin embargo, nada impediría una fórmula que combine tanto la existencia de una disposición legal como la inclusión de una cláusula específica en cada contrato de préstamo, puesto que no son excluyentes.

La debilidad de la alternativa adoptada por Guatemala, que no presenta la solución mexicana, recae en el hecho de que frente a una demanda de restitución ante los tribunales de un país extranjero, la aplicación extraterritorial de la norma guatemalteca no se produciría de manera automática,[42] sino que tendría que lograrse que dichos tribunales la reconozcan en ese país. Esto es relevante también en relación con la cuestión en torno a si pueden ser consideradas en el extranjero las normas incluidas en las legislaciones latinoamericanas mediante las cuales los bienes culturales son declarados como inalienables, inembargables e imprescriptibles (véase el capítulo decimotercero). El objetivo de esta declaratoria legal es que dichos bienes sean excluidos del tráfico comercial, es decir, que se conviertan en *res extra comercium*, pero ello opera, al menos en principio, sólo dentro del territorio del respectivo Estado.[43]

Finalmente, debe señalarse que entre los Estados latinoamericanos sólo México y Paraguay han firmado hasta ahora la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, a la cual se hizo referencia anteriormente. Argentina, por su parte, dispone de una Ley de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos,[44] que no se ocupa, sin embargo, de la inmunidad de ejecución.[45]

---

[41] Woudenberg, N. (2012), *State Immunity and Cultural Object…, cit.*, p. 211.

[42] Roodt, C. (2015), *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar, p. 225.

[43] Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…, cit.*, pp. 80 y 81.

[44] Ley núm. 24.488, sancionada el 31 de mayo de 1995, promulgada parcialmente el 22 de junio de 1995.

[45] Woudenberg, N. (2012), *State Immunity and Cultural Objects…, cit.*, p. 211.

Sobre la inmunidad y su relación con la protección de los bienes culturales, se puede consultar la siguiente literatura adicional: Chechi, A. (2015), "State Immunity, Property Rights, and Cultural Objects on Loan", *International Journal of Cultural Property*, 22(2-3), 279-299; Forrest, C. (2014), "Immunity from Seizure and Suit in Australia: The Protection of Cultural Objects on Loan Act 2013", *International Journal of Cultural Property*, 21(2), 143-172; Woudenberg, N. y Nafziger, J. (2014), "The Draft Convention on Immunity from Suit and Seizure for Cultural Objects Temporarily Abroad for Cultural, Educational or Scientific Purpose", *International Journal of Cultural Property*, 21(4), 481-498; Zerbe, R. (1985), "Immunity from Seizure for Artworks on Loan to United States Museums", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 6(4), 1121-1145.

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

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

Tercera parte

CONFLICTOS DE LEYES

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

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

Capítulo séptimo

APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL PAÍS DONDE SE ENCUENTRAN LOS BIENES

La determinación del Estado ante cuyos tribunales es posible acudir, por éstos tener competencia para conocer del caso, es un paso previo para el tratamiento de la problemática en torno a la cuestión del ordenamiento jurídico aplicable para resolver el fondo del caso. A esta última cuestión se hace alusión, como ya hemos indicado, con la expresión "conflictos de leyes" (véase el capítulo primero). En este capítulo trataremos los conflictos de leyes en relación con las situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a derechos reales y al uso de la regla según la cual los derechos reales se rigen por el ordenamiento jurídico del lugar de su ubicación (*lex rei sitae*) para resolverlas.

El estudio de este tema se realizará partiendo de analizar la forma en que la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a dichas situaciones es regulada en normas de conflicto de leyes dentro de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, observando también cómo es regulada en otros países. La comprensión de los diversos aspectos que implica la aplicación de la regla *lex rei sitae*, en general, permitirá comprender los problemas a los que ésta puede conducir cuando se aplica a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. En esa misma medida, ello permitirá igualmente entender por qué dicha norma ha sido cuestionada, dando paso a la consideración de la aplicación del ordenamiento jurídico del lugar de origen de dichos bienes (*lex originis*), de lo cual nos ocuparemos más adelante (véase el capítulo décimo).

I. Por qué la regla *lex rei sitae*

Para resolver los conflictos de leyes en materia de derechos reales se ha aplicado clásicamente la regla *lex rei sitae*, es decir, la regla conforme a la cual los derechos reales se rigen por el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación de los bienes sobre los cuales tales derechos recaen. En otro lugar de

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

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

este libro (véase la introducción) hemos dicho que la razón para ello se suele hacer recaer en la seguridad jurídica que esta regla ofrece[1] o por ser cierta y predecible,[2] especialmente para los funcionarios públicos que tienen que aplicar las normas,[3] al tiempo que se resalta la protección que dicha regla ofrece a los adquirentes de buena fe.[4] Se ha subrayado, además, que la relevancia económica, social y política del derecho de propiedad justifica el uso de la regla *lex rei sitae*.[5] Tomando eso en cuenta, no resulta extraño que el tratamiento que tradicionalmente se ha dado a los bienes culturales desde la perspectiva del derecho internacional privado se haya basado justamente en la regla *lex rei sitae*.[6]

La regla *lex rei sitae* se encuentra reconocida, generalmente, en relación con los derechos sobre bienes de toda clase. Sin embargo, esto no es, ni ha sido, siempre así. En el reino de Prusia, el Derecho General para los Estados Prusianos (*Allgemeines Landrecht für die Prussischen Staaten*) de 1794 contenía la regla según la cual los bienes muebles siguen a la persona.[7] De igual forma, en el siglo siguiente, el estadounidense Joseph Story sostenía en sus *Commentaries*, publicados por primera vez en 1834, que estos bienes debían regirse por la ley del domicilio (*lex domicilii*) del propietario.[8] Esta solución refleja la distinción entre la regla según la cual *mobilia sequuntur personam* (los muebles siguen a la persona)[9] y aquella conforme a la cual *inmobilia reguntur lege loci ubi cita* (los inmuebles se rigen por la ley del lugar donde están situados), que fue planteada por los estatutarios.[10]

---

[1] Herrán Medina, Á. (1959), *Compendio de derecho internacional…, cit.*, p. 224; Niboyet, J. P. (1951), *Principios de derecho internacional…, cit.*, p. 486; Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, p. 584. Symeonides considera que el argumento de la seguridad jurídica aplica sólo en relación con inmuebles.

[2] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, p. 584.

[3] Martiny, D. (2012), *Lex Rei Sitae as Connecting Factor…, cit.*, p. 122.

[4] Delgado, C., Delgado, M. y Candela, C. (2007), *Introducción al derecho internacional…, cit.*, p. 251.

[5] Pérez, E. (2001), *El denominado estatuto real…, cit.*, p. 267; Bonnemaison, J. L. (2013), *Curso de derecho internacional privado…, cit.*, p. 295.

[6] Kegel, citado por Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 35.

[7] Junker, A. (2017), *Internationales Privatrecht…, cit.*, p. 362.

[8] Story, J. (1846), *Commentaries on The Conflict of Laws…, cit.*, pp. 636 y 637.

[9] Esto se mantiene actualmente en materia de sucesiones, por ejemplo, en el art. 1012 del Código Civil de Colombia, que somete esta materia a la ley del domicilio del causante.

[10] Bonnemaison, J. L. (2013), *Curso de derecho internacional…, cit.*, p. 296; Larrea Holguín, J. I. (1962), *Manual de derecho internacional…, cit.*, p. 182; Tenorio, O. (1955), *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro…, cit.*, p. 311.

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

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

En el ámbito latinoamericano, esa solución influyó la normativa del Código Civil de la República Argentina de 1869 y, como se verá, se mantiene en gran medida en su actual Código Civil y Comercial.[11]

En el ordenamiento jurídico germano, la regla *mobilia personam sequuntur*, contenida en el Derecho General para los Estados Prusianos (*Allgemeines Landrecht für die Prussischen Staaten*), fue sustituida por influencia de Friedrich Carl von Savigny en el siglo XIX, para dar paso a la regla que ordena la aplicación del ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación de los bienes.[12]

En América Latina, la regla de la ubicación (*lex rei sitae*) es adoptada por el venezolano Andrés Bello en sus *Principios generales del derecho internacional*, cuya primera edición es de 1832. El territorialismo de las ideas de Bello en esta materia se manifiesta en la regla de la ubicación especialmente cuando ésta es formulada de manera unilateral (véase el capítulo primero), que es como se encuentra en la obra de Bello y en los códigos civiles que le siguen. Durante los años que vivió en Inglaterra, Bello recibió la influencia de la escuela holandesa, signada por la posición marcadamente territorialista de la teoría de la *comitas gentium*,[13] expresión traducida como "cortesía internacional". Con ello se hace referencia al reconocimiento de la ley extranjera dentro del territorio de un Estado sólo por motivos de

[11] Con anterioridad, el Código Civil del Estado de Antioquia, en Colombia, que data de 1864, establecía en su art. 13 que los "derechos y obligaciones relativos a los bienes muebles se regirán por las leyes del Estado o país en que esté domiciliado o resida su dueño", mientras que la regla *lex rei sitae* regía solamente para inmuebles (art. 12 del Código Civil de Antioquia). Véase Código Civil del Estado Soberano de Antioquia, expedido por la Asamblea Constituyente, edición oficial, 1864.

De acuerdo con la Constitución de Colombia de 1858, cada uno de los ocho estados existentes podía dictarse su propio Código Civil. Véase Valencia Zea, A. (2000), *Derecho civil. Parte general y personas*, tomo I, 15a. ed., Bogotá, Temis, p. 32.

En gran medida, el Código Civil de Chile, redactado por Bello, fue seguido en los códigos dictados por los Estados agrupados bajo la Confederación Granadina, así como por el código sancionado en 1873 que rige para toda la República desde 1887. Véase Mayorga, F. (s. f.), *Codificación de la Ley en Colombia*, disponible en: *http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/codificacion.htm* (08/05/2017).

También en la legislación brasileña, como se mostrará, se encuentra que la regla *lex rei sitae* rige para los inmuebles, mientras que los bienes muebles son regidos por la ley del domicilio del propietario.

[12] Junker, A. (2017), *Internationales Privatrecht…, cit.*, p. 362; Larrea Holguín, J. I. (1962), *Manual de derecho internacional…, cit.*, p. 182; Tenorio, O. (1955), *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro…, cit.*, p. 311.

[13] Samtleben, J. (1971), *Territorialitätsgrundsatz im Internationalen Privatrecht Lateinamerikas*, reproducido en Samtleben, J. (ed.) (2010), *Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika*, Aquisgrán, Shaker Verlag, p. 345.

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

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

cortesía entre las naciones, y no por la existencia de una obligación o deber de naturaleza jurídica.[14] A ello debe sumarse que las naciones de nuestra región, ansiosas por tener sus propios cuerpos de leyes, veían entonces las antiguas normas prusianas como añejas y carentes de valor.[15]

La recepción del territorialismo en América Latina estuvo marcada por dos circunstancias que le favorecían. Por una parte, el territorialismo absoluto defendido por Bello encontraba fundamento en la necesidad de reafirmar, frente a España y también frente al resto de los Estados, la soberanía nacional de las repúblicas que acababan de lograr su independencia, de la cual Bello era decidido partidario.[16] Es en este contexto donde Bello llegó a afirmar que "la ley extranjera no es entre nosotros ley".[17] Por otra parte, el territorialismo en América Latina tiene raíces históricas que se remontan al derecho español de la época colonial.[18]

La aplicación de la regla *lex rei sitae* es en la doctrina de Bello una manifestación de su posición territorialista, puesto que para él "la potestad de dar leyes sobre la adquisición, goce, enajenación y transmisión de las propiedades existentes en el territorio del Estado"[19] emana del imperio y el dominio,

[14] En la segunda edición de *Praelectionum Juris Civilis Tomi Tres*, de cuyo título 3, parte 2, libro 1, hace parte la obra "De conflictu legum diversarum in diversis imperiis", el holandés Ulrich Huber plantea las ideas fundamentales de la escuela holandesa del siglo XVII a través de estas tres famosas máximas: "(1) Las leyes de cada estado tienen fuerza dentro de los límites de ese gobierno y obligan a todos los sujetos a ella, pero no más allá. (2) Todas las personas dentro de los límites de un gobierno, ya sea que vivan allí de forma permanente o temporal, se consideran sujetos a ellas. (3) Los soberanos actuarán así por cortesía, los derechos adquiridos dentro de los límites de un gobierno conservan su fuerza en todas partes en la medida en que no perjudiquen el poder o los derechos de tal gobierno o de sus súbditos". Ulrich Huber, citado en Lorenzen, E. (1919), *Huber's De Conflictu Legum*, Faculty Scholarship Series, Yale Law School Faculty Scholarship, 4563, 199-242.

[15] Lira Urquieta, P. (1981), "Código Civil de la República de Chile. Introducción", en Ministerio de Educación (ed.), *Obras completas de Andrés Bello*, 2a. ed., Caracas, Ministerio de Educación, p. XIV.

[16] Samtleben, J. (1982), "La relación entre derecho internacional público y privado en Andrés Bello", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 14, p. 168.

[17] Bello, A. (1873), *Principios del derecho internacional*, 3a. ed., Garnier, p. 64. Como recuerda Jürgen Samtleben, la Constitución chilena de 1812 decía, en el mismo orden de ideas, lo siguiente: "Ningún decreto, providencia u orden que emane de cualquier autoridad o Tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darle valor serán castigados como reos de Estado", Samtleben, J. (1982), *La relación entre derecho internacional público y privado…, cit.*, p. 168.

[18] Samtleben, J. (1971), *Territorialitätsgrundsatz im Internationalen Privatrecht…, cit.*, p. 345.

[19] Bello, A. (1873), *Principios del derecho internacional…, cit.*, p. 63.

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

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

que son las dos formas que adopta la soberanía.[20] De allí que, como dice en sus *Principios*, la ley "del Estado en que se hallan los bienes raíces, es la que determina lo concerniente a ellos, aun cuando sean poseídos por extranjeros o por personas domiciliadas en país extraño".[21] Para los bienes muebles se sigue la misma regla que para los bienes raíces, quedando limitada para esta clase de bienes sólo en los casos de transmisión hereditaria.[22]

Al cumplir con la tarea que le había sido encomendada por el gobierno chileno para redactar el Código Civil, Bello parte de las ideas anotadas. En efecto, en el artículo 16 de dicho Código, que fue adoptado en 1855, quedó plasmada de manera unilateral la regla de aplicación de la ley del lugar de la ubicación para toda clase de bienes:

> Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.
>
> Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.
>
> Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile se arreglarán a las leyes chilenas.

A través del Código Civil de Chile, la posición territorialista llegó a ejercer una influencia definitiva en el derecho internacional privado latinoamericano, que se mantiene hasta el presente.[23] En el mismo sentido, en América Latina ha sido generalizado también el uso de la regla *lex rei sitae* para toda clase de bienes, aunque existen, como se verá, algunas excepciones; por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos argentino y brasileño.

II. La regla *lex rei sitae* en América Latina

A continuación, se tratarán normas establecidas en códigos y en leyes especiales sobre derecho internacional privado. No se descarta que puedan existir otras normas que se refieran al ordenamiento jurídico aplicable a

[20] "La soberanía, que en cuanto dispone de las cosas se llama dominio, en cuanto da leyes y órdenes a las personas se llama propiamente imperio". Bello, A. (1873), *Principios del derecho internacional…, cit.*, p. 61.

Este es el mismo fundamento que encuentra Fauchille para aplicar la ley del lugar de la ubicación al resolver los conflictos de leyes en materia de derechos reales. Véase Tenorio, O. (1955), *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro…, cit.*, pp. 310 y 311.

[21] Bello, A. (1873), *Principios del derecho internacional…, cit.*, p. 63.

[22] *Idem*.

[23] Samtleben, J. (1982), *La relación entre derecho internacional público y privado…, cit.*, p. 167.

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

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

derechos reales en materias especiales. Sin embargo, en el caso latinoamericano, las que aquí se exponen son normas que hacen parte del derecho común o son normas generales, y, por lo tanto, a ellas habrá de recurrirse en ausencia de normas especiales o cuando la aplicación de éstas no sea posible en un caso concreto.

1. *La regla* lex rei sitae *en normas nacionales*

En el ordenamiento jurídico argentino se ha distinguido entre varios tipos de bienes, sometiéndolos a regímenes diferentes. Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación[24] se refiere, en efecto, a diferentes tipos de bienes al regular tanto la jurisdicción como el ordenamiento jurídico aplicable. Al indicar el ordenamiento jurídico aplicable a los derechos reales, distingue entre bienes inmuebles, bienes registrables, bienes muebles de situación permanente y bienes muebles que carecen de situación permanente.[25]

Bajo la normativa argentina, los derechos sobre bienes inmuebles se rigen por el ordenamiento jurídico del lugar donde se encuentran ubicados (Código Civil y Comercial, artículo 2667). Mientras que, cuando se trata de bienes registrables, los derechos sobre éstos se rigen por el ordenamiento jurídico del lugar del registro (Código Civil y Comercial, artículo 2668). La pregunta sobre cuál es el ordenamiento jurídico que se debe tomar en cuenta para establecer si se trata de un bien registrable —lo cual es, por supuesto, una cuestión de calificación (véase el capítulo tercero)— no encuentra respuesta en estas normas. La regla general de calificación del artículo 2663 no sería aplicable, pues, atendiendo al texto del artículo; sólo se establece que la calidad de bien inmueble se determina también por el ordenamiento jurídico del lugar de la situación. En algunos casos podría echarse de menos en la práctica una mayor claridad en relación con cuál ordenamiento

[24] Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014 y promulgada el 7 de octubre de 2014.

[25] A excepción de los bienes registrables, los arts. 10 y 11 del anterior Código Civil de la República Argentina se referían a estas mismas clases de bienes. El art. 10 contenía una norma de conflicto unilateral conforme a la cual los bienes inmuebles situados en territorio argentino se regían por la ley argentina. El art. 11, por su parte, establecía que los "bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño". Véase Scotti, L. (2015), "Incidencias del Código Civil y Comercial", Buenos Aires, Hammurabi, p. 306.

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

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

jurídico es el que debe aplicarse para realizar la calificación en cuanto a la registrabilidad de un bien. Un ejemplo en este sentido pueden ser los bienes culturales muebles cuya restitución a su lugar de origen sea controvertida.[26]

Por su parte, el ordenamiento jurídico que se debe aplicar a los derechos sobre bienes de situación permanente y que se conservan sin intención[27] de transportarlos será el del lugar de su ubicación en el momento en el cual tienen lugar los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos (Código Civil y Comercial, artículo 2669). Solamente en relación con esta clase de bienes se hace un expreso reconocimiento de los derechos adquiridos bajo un ordenamiento anterior.

Finalmente, el ordenamiento jurídico del lugar del domicilio del propietario se aplica a los derechos sobre bienes muebles que carecen de situación permanente; es decir, los bienes muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, y los que tiene para ser vendidos o transportados a otro lugar (Código Civil y Comercial, artículo 2670). Las controversias sobre la condición de dueño serán resueltas según el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación.

La solución normativa brasileña es más concisa, y, en cierta medida, también más clara que las normas argentinas sobre esta materia; por ejemplo, en lo concerniente a la calificación. El artículo 8 de la Ley de Introducción al Código Civil[28] comienza con una regla mediante la cual la calificación de cualquier clase de bienes se somete a la ley del país de la situación.[29] Esta solución del derecho brasileño en cuanto a la calificación mediante la regla *lex rei sitae* ha sido justificada con base en el valor territorial de los bienes y el orden público. En este sentido, en el foro brasileño la calificación de un bien situado fuera de Brasil se realiza aplicando la ley extranjera, es decir, la

[26] Estos bienes serían registrables, si se consideran aplicables las leyes argentinas (véase la Ley 25.197 sobre el Régimen del Registro del Patrimonio Cultural, sancionada el 10 de noviembre de 1999 y promulgada el 9 de diciembre de 1999). La situación en cuanto al registro de bienes culturales es similar en otros países; por ejemplo, para el caso colombiano puede verse el art. 14 de la Ley General de Cultura (Ley 397 de 1997) y la Ley 1185 de 2008. Pero no es posible de antemano pensar que necesariamente será así en todos los casos.

[27] Como anota Luciana Scotti, la intención ha sido relevante en la jurisprudencia argentina al momento de determinar cuándo se está ante un bien que tiene su situación permanente en Argentina. Dicha intención se debe inferir "de la naturaleza del bien, de las circunstancias en que su dueño lo ha colocado y de la manera como se ha comportado a su respecto". Scotti, L. (2015), *Incidencias del Código Civil y Comercial…, cit.*, p. 310.

[28] Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei 4.657, 4 de septiembre de 1942.

[29] Tenorio, O. (1955), *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro…, cit.*, pp. 312-314.

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

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

ley del lugar de la situación del bien, siempre que no se vaya en contra del orden público brasileño.[30]

El artículo 8 de la Ley brasileña somete todas las relaciones concernientes a los bienes al ordenamiento jurídico del lugar de la situación. La aplicación del ordenamiento jurídico del domicilio del propietario queda reservada excepcionalmente a los bienes muebles que esa persona lleve consigo o que estén destinados a ser transportados a otros lugares. Esto se justifica porque, a diferencia de lo que ocurre con los bienes inmuebles, la relación de los muebles con el territorio es accidental y contingente cuando los mismos no se destinan a permanecer de manera durable en el territorio.[31]

Al grupo de Estados latinoamericanos que aplican diferentes reglas para bienes inmuebles y bienes muebles puede de sumarse Puerto Rico. El artículo 10 del Código Civil de este país establece, de manera general, que los bienes inmuebles se someten a las leyes del país en que están sitos, mientras que los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario.

No obstante, como se ha anotado, en la región latinoamericana se ha optado por el uso de la regla *lex rei sitae* para resolver los conflictos de leyes en materia de derechos reales sobre cualquier clase de bienes. En efecto, la regla *lex rei sitae* se encuentra establecida en términos generales en los siguientes instrumentos normativos: Ley del Organismo Judicial de Guatemala (artículo 27), Código Civil de Cuba (artículo 14.1), Código Civil Federal de México (artículo 13-III), Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (artículo 27), Ley de Derecho Internacional Privado de República Dominicana (artículo 76), Código Civil de Paraguay (artículo 16), Código Civil de Perú (artículo 2088) y en la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay (artículo 39).[32] En estas legislaciones se aplica, además, un criterio bilateral, ya que sólo se expresa que los derechos reales se rigen por el ordenamiento jurídico del cual hace parte la norma, que es el ordenamiento del Estado o el lugar en el cual se encuentre el bien. A este grupo se debe sumar Panamá, cuyo Código de Derecho Internacional Privado de 2015 contiene en su artículo 60 la regla *lex rei sitae* para toda clase de bienes y adoptando un criterio bilateral.[33]

[30] *Ibidem*, p. 314.

[31] *Ibidem*, p. 320.

[32] Esta norma se encontraba en el art. 2398 del apéndice del Código Civil de Uruguay.

[33] En el Código adoptado en el 2014, el art. 65 había sido redactado de forma unilateral: "Los bienes muebles e inmuebles situados en la República de Panamá se rigen por la ley panameña…".

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

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

En algunos casos, como en el Código Civil de Perú (artículo 2088), se establece de forma expresa, además, que el momento que debe considerarse para determinar el lugar donde se encuentra el bien, a los fines de aplicar la regla *lex rei sitae*, es la fecha en la que ha nacido el derecho real en cuestión. Como se ha visto anteriormente, esto también se encuentra en la legislación argentina. Especificar un punto en el tiempo para la localización ayuda a evitar la existencia de problemas derivados del conflicto móvil,[34] al cual nos referiremos más adelante.

Otras legislaciones contienen normas que ordenan la aplicación del ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación, pero atendiendo a un criterio unilateral, ya que indican la aplicación de su propio ordenamiento a los derechos sobre bienes ubicados dentro de su territorio. Esto ocurre, como se ha mencionado, en el Código Civil de Chile (artículo 16). El texto del artículo 16 del Código Civil de Chile, tal como fue redactado por Bello, fue incorporado con pequeñas modificaciones en el Código Civil de Ecuador (artículo 15), así como también en la legislación de El Salvador (Código Civil, artículo 16). El mismo modelo también se encuentra en artículo 3 del tratado bilateral entre Colombia y Ecuador de 1903 y en el artículo 20 del Código Civil colombiano. En Nicaragua, la norma que se refiere al conflicto de leyes en materia de bienes también sigue un criterio unilateral, al establecer que estos cuando existen en Nicaragua "se rigen por sus leyes, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de la persona a quien correspondan" (Código Civil, título preliminar, artículo VI, núm. 13).

El Código Civil de Costa Rica incluye en su artículo 24 la regla *lex rei sitae* de forma unilateral en cuanto a los derechos sobre bienes inmuebles situados en su territorio, incluyendo los bienes hereditarios. El artículo 25 del mismo código extiende esa regla a los bienes muebles que también se encuentren allí, haciendo la salvedad de que cuando pertenezcan a extranjeros no domiciliados en Costa Rica se regirán por las leyes costarricenses únicamente cuando se les considere aisladamente.

Cuando las normas mencionadas que incluyen la regla *lex rei sitae* se refieren a bienes en general, puede entenderse que se incluyen tanto bienes inmuebles como muebles, e incluso bienes de otras clases, como es el caso de los bienes intangibles o no corporales. Sin embargo, en relación con estos últimos existe el problema relativo a la determinación de su ubicación. En relación con los bienes inmateriales, fueron incluidas dos normas de con-

[34] Francq, S. y Danilevich, A. (2017), "Bélgica", en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, p. 1913.

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

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

flicto de leyes en el Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, que fue aprobado también en el Congreso de Montevideo celebrado entre 1888 y 1889.[35] La primera norma se encuentra en el artículo 2, según la cual los derechos del autor de una obra literaria o artística y sus sucesores se rigen por "la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación o producción" (*lex originis*). La otra norma se encuentra en el artículo 11, que somete las infracciones a los derechos de propiedad literaria o artística a los tribunales y las leyes del país en que el fraude se haya cometido (*lex loci delicti*). Sin embargo, como señalan Miguel Armando y Delia Lipszyc, en materia de infracciones los Estados se reservan, casi sin excepción, la aplicación de la ley territorial. Estos mismos autores indican que las normas mencionadas, aunque formalmente en vigor, han sido desplazadas por las convenciones universales sobre la materia.[36]

2. *La regla* lex rei sitae *en normas internacionales adoptadas en América Latina*

El territorialismo estuvo presente desde un comienzo en los movimientos regionales que se iniciaron en el siglo XIX para la codificación del derecho internacional privado en América Latina, y que desembocaron en los tratados adoptados en Montevideo. El uruguayo Gonzalo Ramírez, promotor de estos tratados, consideraba que debía prevalecer la aplicación general del ordenamiento jurídico nacional sobre la del ordenamiento jurídico extranjero, razón por la que rechazaba el principio de nacionalidad defendido por Pasquale Stanislao Mancini.[37] Es así como, a través del Tratado de

[35] Ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

[36] Armando, M. y Lipszyc, D. (2003), "Bienes Inmateriales", en Fernández Arroyo, D. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, p. 927. Estos autores se refieren a la Convención Universal sobre Derecho de Autor de la Unesco, de 1952, y al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. En esta materia deben considerarse, además, otras fuentes internacionales, que no sólo regulan los derechos de autor y derechos conexos, sino también la propiedad industrial. Principalmente, debe considerarse el Tratado sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) adoptado en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Y en el plano regional, hay que tener en cuenta las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones. En general, los instrumentos internacionales en esta materia tienen una finalidad unificadora o armonizadora, en lugar de estar orientados a la solución de conflictos de jurisdicción o de leyes.

[37] Este principio estaba en el Tratado de Lima de 1878, y se mantiene en el Tratado Bilateral entre Colombia y Ecuador (art. 2). Samtleben, J. (2014), "Der Kleinstaat Uruguay als Zentrum des Internationales Privatrecht", en Witzleb, E., Ellger, R., Mankowski, P., Merck,

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

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

Montevideo sobre Derecho Civil Internacional, adoptado en el Congreso de Montevideo que tuvo lugar entre 1888 y 1889,[38] se trató de asegurar que los inmigrantes quedaran sujetos al ordenamiento jurídico del país que los acogía,[39] es así como se incorporó, por ejemplo, el domicilio como factor de conexión para regir los derechos personales (artículo 1).[40]

El Tratado Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil Internacional contempla la regla *lex rei sitae* en su artículo 26:[41] "Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles".

Un antecedente de esta norma se encuentra en el Tratado de Derecho Internacional Privado, o Tratado de Lima, de 1878. Este tratado no entró en vigor, pero su texto, en gran medida, es el mismo del Tratado que Colombia y Ecuador suscribieron bilateralmente en 1903.[42] Por su parte, el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), adoptado en la Convención de Derecho Internacional Privado celebrada en La Habana el 20 de febrero de 1928,[43] indica en su artículo 105 que "los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación". El artículo 110 de ese Código, en una redacción no muy clara, se refiere a los bienes muebles, ordenando que su situación se repute en el domicilio del propietario o del tenedor, a falta de toda otra regla y en los casos no previstos en el mismo Código. La aplicación del ordenamiento jurídico del lugar del registro está dispuesta por el Código Bustamante para los derechos de propiedad industrial e intelectual y para derechos análogos (artículo 108).

H. y Remien, O. (coords.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70*, *Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, p. 573.

[38] De este Tratado hacen parte Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

[39] Samtleben, J. (2014), *Der Kleinstaat Uruguay als Zentrum…*, *cit.*, pp. 575 y 576.

[40] Además, se contemplan la ley del lugar de celebración para regir el matrimonio y la ley del lugar de la ejecución para regir las obligaciones y no se reconoce la autonomía de la voluntad en materia de contratos. Samtleben, J. (2014), *Der Kleinstaat Uruguay als Zentrum…*, *cit.*, p. 575.

[41] Regla que más tarde incorporará también el art. 32 del Tratado de Montevideo de 1940 sobre Derecho Civil Internacional, del cual hacen parte Argentina y Paraguay. Véase Samtleben, J. (2014), *Der Kleinstaat Uruguay als Zentrum…*, *cit.*, p. 580.

[42] Samtleben, J. (1982), *La relación entre derecho internacional público y privado…*, *cit.*, p. 14.

[43] Son parte de esta Convención Bahamas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Información sobre Estados parte y declaraciones y reservas: *http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-31_codigo_bustamente_firmas.asp*.

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

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

El Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil Internacional, que es aplicable entre Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay, es particularmente relevante en algunos países, como Bolivia, donde la doctrina le otorga un gran peso,[44] pues se considera que la norma sobre la materia que incluye el Código Civil de ese país[45] es limitada y poco clara, por lo que debe ser complementada a través del artículo 26 de dicho Tratado,[46] transcrito arriba.

III. Conflicto móvil y derechos adquiridos

El conflicto móvil es una figura del derecho internacional privado que se refiere a las consecuencias legales que se originan por el cambio de ubicación, o traslado, de bienes muebles de un Estado a otro.[47] Como solución a los casos de conflicto móvil, se ha formulado una regla específica que protege los derechos adquiridos en el extranjero sobre bienes muebles. Esta solución se en-

[44] Canelas, J. M. (201), "Bolivia and Private International Law: The Importance of Establishing a Proper Legal Framework", *Latin American Regional Forum*, 10(2). Disponible en: *http://www.ucbscz.edu.bo/public/Descargas/pagina/Latin-American-Regional-Forum-News-September-2017-extracto_pp.22-23.pdf* (12/08/2018); Cosío, J. P. (1982), *Curso de Derecho Internacional Privado*, La Paz, Librería Editorial Juventud, pp. 233-247.

[45] Código Civil de Bolivia, art. 3: "Los bienes inmuebles, aunque se posean por extranjeros, serán regidos por la ley boliviana".

[46] Cosío, J. P. (1982), *Curso de derecho internacional privado…*, *cit.*, p. 247. Actualmente existe en Bolivia un proyecto de ley de derecho internacional privado, inspirado por la Ley venezolana de 1998. Entre otros aspectos, se busca atender a las "contradicciones que se presentan por la confusión originada por la suscripción tanto de los Tratados de Montevideo de 1889 y el Código de Derecho Internacional Privado de 1928, la no ratificación de los Tratados de Montevideo de 1940 y la ausencia de ratificación de 18 convenciones interamericanas sobre diversos tópicos del Derecho Internacional Privado". Salazar Paredes, F. (2009), *Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano. Proyecto. Exposición de Motivos*, disponible en: *https://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf* (13/08/2018).

A diferencia de la Ley venezolana, el proyecto boliviano contiene una diferenciación entre bienes que se acerca, más bien, a la solución del Código Civil y Comercial argentino. En efecto, se distingue entre bienes inmuebles, sujetos a la *lex rei sitae* (art. 54), bienes muebles no registrables, sometidos también a la ley de su situación, pero reconociéndose los derechos adquiridos en términos similares a los arts. 30 y 31 del Tratado de Montevideo de 1889 (art. 55), bienes que el propietario puede llevar siempre consigo, regidos por la ley del domicilio de su dueño (art. 56), bienes muebles en tránsito, sometidos a la ley del destino (art. 57) y los bienes muebles registrables, regidos por la ley del Estado del registro (art. 58), en relación con los cuales se reconocen los derechos adquiridos de manera similar a los bienes muebles no registrables.

[47] Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2015), *Derecho internacional privado…*, *cit.*, p. 1032.

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

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

cuentra en algunas de las legislaciones latinoamericanas. La consideración de los derechos adquiridos se encuentra en la obra de Bello, pues la teoría de la *comitas gentium*, que como se mencionó antes sirve de fundamento a sus ideas en materia de derecho internacional privado, permite por razones prácticas —de cortesía, necesidad o conveniencia— la protección de los derechos adquiridos en el extranjero.[48]

La consideración de los derechos adquiridos se encuentra incorporada en materia de derechos reales sobre bienes muebles en la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (artículo 28), en el Código Civil de Perú (artículo 2090) y la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay (artículo 41).[49] De forma similar, el principio se incluyó anteriormente en el Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889, que se refiere a este punto cuando establece en el artículo 30 lo siguiente: "El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición". Seguidamente, el mismo artículo condiciona el respeto de los derechos adquiridos en virtud del ordenamiento jurídico de origen del bien al hecho de que los interesados llenen "los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados". Esto lo refuerza el artículo 31, cuando establece que mientras no se cumplan los requisitos establecidos por la ley del lugar de ubicación los derechos de terceros sobre los mismos bienes, adquiridos de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, priman sobre los del primer adquirente.

Como se observa, en estas normas la conservación u oponibilidad frente a terceros de los derechos adquiridos, o válidamente constituidos bajo el ordenamiento jurídico anterior, se encuentra condicionada por el hecho de que sean cumplidos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico de la nueva situación. La relevancia de esta norma se manifiesta cuando los requisitos del derecho anterior difieren de los requisitos del derecho de la nueva situación. Por ejemplo, si en un país se ha adquirido el derecho de propiedad sobre un bien mueble mediante posesión y el bien es trasladado a alguno

[48] Samtleben, J. (1982), *La relación entre derecho internacional público y privado…, cit.*, pp. 170 y 171.

[49] Este artículo seguidamente establece que "los derechos que adquieran los terceros sobre bienes muebles, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado, prevalecen sobre los del primer adquirente", siempre que "éste no ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley de la nueva situación para la conservación de sus derechos", y agrega que el primer adquirente "deberá haber dado su expreso consentimiento de modo comprobable para el traslado".

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

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

de los países mencionados, en el cual fuera exigida una mayor publicidad que en el país anterior a fin de que pueda adquirirse el derecho, entonces ese derecho no será reconocido. En este orden de ideas, se ha comentado el artículo 2090 del Código Civil de Perú, diciendo que su primera parte ("[el] desplazamiento de los bienes corporales no influye sobre los derechos que hayan sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior") tiene un significado autónomo, mientras que la segunda parte ("[no] obstante, tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezca la ley de la nueva situación") se refiere sólo a la publicidad mediante registro.[50]

El principio de los derechos adquiridos se encontraba ya en el artículo 8 del Código Bustamante de 1928, y también está en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado, en el cual se optó por hacer referencia a "situaciones jurídicas".[51] En ambos instrumentos se trata de un reconocimiento general, pero que se sujeta al respeto del orden público internacional.

IV. Bienes en tránsito

Algunas legislaciones incorporan, finalmente, una norma para regular específicamente los bienes en tránsito (*res in transitu*). En República Dominicana, por ejemplo, el artículo 77 de la Ley de Derecho Internacional Privado contempla que los derechos reales sobre los bienes en tránsito se rigen por la ley del lugar de su destino.[52] La misma regla existe en Perú, donde el artículo 2089 del Código Civil trae una norma, un poco más detallada, que parte de la aplicación del ordenamiento jurídico de la situación, contenida en el artículo 2088, y se establece que "los bienes corporales en tránsito se consideran situados en el lugar de su destino definitivo". Adicionalmente, la normativa peruana incluye el reconocimiento de la autonomía de las partes, quienes "pueden someter la adquisición y la pérdida de los derechos reales

[50] Söhngen, M. (2006), *Das Internationale Privatrecht von Peru…, cit.*

[51] Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado, art. 7: "Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público".

[52] Esta es también la regulación adoptada en otros países; véase, por ejemplo, el art. 101 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza (Ley del 18 de diciembre de 1987), el art. 88 del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica (Ley del 16 de julio de 2004) o el art. 22 de Ley de Derecho Internacional Privado de Corea (Ley 6465 de 2001).

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

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

sobre bienes corporales en tránsito a la ley que regula el acto jurídico originario de la constitución o de la pérdida de dichos derechos, o a la ley del lugar de expedición de los bienes corporales". La validez de la elección que hayan hecho las partes se limita al concedérsele sólo efecto *interpartes*, pues la misma no es oponible a terceros.

V. La regla *lex rei sitae* más allá del ámbito latinoamericano

En materia de derechos reales no existe unificación en las normas de la Unión Europea,[53] pues a nivel europeo no se ha establecido normativa en el derecho internacional privado o el derecho procesal en esta materia.[54] En este sentido, como ocurre en América Latina, estas situaciones son reguladas por las normas de derecho internacional privado de cada Estado. Al igual que ocurre en América, África y Asia, rige en las legislaciones nacionales de Europa la regla *lex rei sitae*.[55] En algunos contextos se ha discutido la posibilidad de reconocer la autonomía de las partes en materia de derechos reales sobre bienes muebles.[56] En este sentido, Eva-Maria Kieninger ha planteado, por ejemplo, que la elección hecha por las partes en materia de derechos reales sea oponible también frente a terceros, con lo cual se iría más allá del artículo 104 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza,[57] o de la normativa que, como hemos anotado, existe en Perú en materia de bienes en tránsito.[58]

---

[53] Junker, A. (2017), *Internationales Privatrecht…*, *cit.*, p. 362; Weller, M. (2017), *Study on the European Aadded Value…*, *cit*.

[54] Siehr, K. (2011), "Die UN-Konvention über den Schutz des kulturellen Erbes unter Wasser und das internationals Sachenrecht", en Wittinger, M., Wendt, R. y Ress, G. (eds.), *Verfassung – Völkerrecht – Kulturgüterschutz. Festschrift für Wilfried Fiedler zum 70. Geburgstag* (pp. 447-460), Berlín, Duncker & Humblot, p. 456.

[55] Siehr, K. (2011), "Die UN-Konvention über den Schutz des kulturellen Erbes unter Wasser…", *cit.*, p. 456.

[56] Sobre este tema se puede consultar Dieter Martiny, quien se refiere igualmente la admisibilidad de la autonomía de la voluntad en esta materia en el derecho chino: Martiny, D. (2012), *Lex Rei Sitae as Connecting Factor…*, *cit.*, p. 124. Véase también Marín Fuentes, J. (2018), "El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVIII, p. 547.

[57] Kieninger, E. M. (2014), "Rechtswahlfreiheit in Sachensrecht?", en Witzleb, E., Ellger, R., Mankowski, P., Merck, H., y Remien, O. (coords.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag* (pp. 391-410), Tubinga, Mohr Siebeck.

[58] Aunque se ha reconocido la libertad de las partes para escoger la ley aplicable no sólo en materia contractual (Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008, art. 3.1), sino también en relación con el régimen económico matrimonial (Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, del 24 de junio de 2016, art. 22) y

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

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

VI. Breve balance

El ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación de los bienes ha sido usado históricamente para resolver los conflictos de leyes en materia de derechos reales. Aduciendo las ventajas que traería aparejadas —como seguridad jurídica,[59] predictibilidad[60] y compatibilidad con el resguardo de los valores económicos, sociales y políticos asociados al derecho de propiedad, etcétera—, el uso de la *lex rei sitae* se ha extendido por gran parte de las jurisdicciones del mundo y, como regla general, para casos relativos a cualquier clase de bienes, incluidos aquellos de naturaleza cultural. Este panorama, en lo fundamental, puede representarse gráficamente de la siguiente forma:

Solución actual a los conflictos de leyes relativos a bienes culturales

en el campo de las sucesiones (Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de julio de 2012, art. 22), el éxito de una normativa europea que hiciera tal reconocimiento en materia de bienes no parece estar próximo, debido a la gran diversidad entre los derechos nacionales de los Estados miembros. Martiny, D. (2012), *Lex Rei Sitae as Connecting Factor…*, *cit.*

[59] Herrán Medina, Á. (1959), *Compendio de derecho internacional…*, *cit.*, p. 224; Niboyet, J. P. (1951), *Principios de derecho internacional…*, *cit.*, p. 486; Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…*, *cit.*, p. 584. Symeonides considera que el argumento de la seguridad jurídica aplica sólo en relación con inmuebles.

[60] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…*, *cit.*, p. 584.

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

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

Capítulo octavo

MECANISMOS QUE PERMITEN "ESCAPAR" DE LA REGLA *LEX REI SITAE*

I. Cláusulas de escape

Las cláusulas de escape se utilizan en las codificaciones de derecho internacional privado (leyes especiales, códigos, etcétera) para flexibilizar las normas de conflicto de leyes que, como ya se ha dicho, son las normas que indican cuál es el ordenamiento jurídico aplicable para resolver determinada situación jurídica privada internacional (véase el capítulo primero). El efecto flexibilizador de las cláusulas de escape consiste en que dan a la autoridad competente la facultad de ajustar, o dejar de aplicar, una norma de conflicto de leyes de su ordenamiento jurídico cuando las circunstancias de una situación particular así lo exijan.[1] Dejar de aplicar la norma de conflicto de leyes se traduce en no aplicar el ordenamiento jurídico que ella ordena aplicar, y en su lugar aplicar un ordenamiento jurídico diferente; por ejemplo, un ordenamiento jurídico que tenga una relación más directa con la situación.

Las cláusulas de escape pueden ser formuladas de diversas maneras. En la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, por ejemplo, se encuentran una cláusula de escape general y otra más específica.[2] La cláusula de escape general, contenida en el artículo 15 de dicha Ley, permite al juez que, como una excepción y antes de que haya realizado la escogencia del ordenamiento jurídico aplicable, deje de aplicar cualquier ordenamiento jurídico al que se refiera la misma Ley si sucede que al considerar todas las

[1] Symeonides, S. (2011), *Codification and Flexibility in Private International Law*, Willamette University – College of Law, disponible en: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945924* (01/09/2017), p. 97; Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. y Carrillo, P. (2019), "La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia", *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 91-120.

[2] Más sobre la importancia de estas normas de conflicto de leyes en el contexto de la protección de bienes culturales en Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage…, cit.*, p. 304.

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

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

circunstancias resulta que la situación sólo tiene una conexión lejana con dicho ordenamiento jurídico y tiene una conexión más estrecha con otro ordenamiento jurídico, caso en el cual debe aplicar este último.

El artículo 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, por otra parte, dispone lo siguiente:

> 1. Cuando intereses legítimos y claramente preponderantes según la concepción jurídica suiza así lo exigen, se puede tener en cuenta una disposición imperativa de un ordenamiento jurídico distinto al que se menciona en esta Ley, siempre que la situación tratada tenga una relación estrecha con ese otro ordenamiento jurídico.
>
> 2. Al decidir si una disposición de este tipo debe tomarse en consideración, se deben considerar su objetivo y las consecuencias de su aplicación, a fin de llegar a una decisión que sea apropiada, teniendo en cuenta la concepción jurídica de Suiza.[3]

Esta norma contiene una cláusula de escape que no aplica de forma general, sino que tiene por objeto permitir, más específicamente, la consideración de una disposición imperativa perteneciente a un ordenamiento jurídico extranjero[4] diferente del aplicable en virtud de la misma Ley, con el cual la situación tenga una relación estrecha.[5] El uso de la noción de disposición imperativa se relaciona con las llamadas "leyes de policía".[6] Para comprender esta última figura, puede verse la definición que de ella encontramos en el artículo 9, párrafo 1, del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I):

> Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda

[3] Traducción propia.

[4] Sobre la aplicación de las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico suizo (en cuanto *lex fori*), véase el art. 18 de la Ley de Derecho Internacional Privado de ese país.

[5] Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…*, *cit.*, p. 207.

[6] Como resalta Basedow, "[para] el lector actual este término puede provocar malentendidos ya que nuestro entendimiento de 'policía' se reduce a la preservación de la seguridad pública por un departamento del ejecutivo. Sin embargo, en el momento en el que el Código Civil Francés fue elaborado y debatido [conteniendo esta figura en su art. 6], el entendimiento de policía era mucho más amplio y se refería a la administración pública o incluso a la organización de la vida pública…". Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas…*, *cit.*, pp. 442 y 443.

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

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

> situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable…

En el artículo 19 de la legislación suiza se puede identificar la presencia de los tres extremos que han sido considerados para que puedan tener lugar el reconocimiento y aplicación en el país del foro de normas extranjeras de derecho público, que pueden tomar la forma de leyes de policía o disposiciones imperativas: primero, que la disposición extranjera a aplicar sea aplicable según su propio ordenamiento jurídico, con independencia de la ley que de otra manera hubiera sido aplicada; segundo, que exista una conexión estrecha entre la situación de hecho y el país que dictó la disposición a aplicar; y tercero, que su aplicación no es vinculante para el tribunal, sino que su aplicación queda a discreción de éste cuando se dan las condiciones indicadas antes.[7]

Esto último se encuentra en los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales,[8] que se refieren a las leyes de policía en cuanto límite a la autonomía de las partes de un contrato mercantil internacional para elegir el ordenamiento jurídico aplicable a este.[9] Es interesante anotar aquí que en este mismo artículo se hace referencia también al orden público, concepto que se tratará más adelante. Ambas figuras —leyes de policía y orden público— pueden ser vistas como "las dos caras de una misma moneda";[10] sin embargo, se distinguen esencialmente en cuanto que la consideración de una ley de policía (o disposición imperativa) supone la no aplicación de determinado ordenamiento jurídico (o de un contrato) que es sustituido por la aplicación de una disposición codificada cuya observancia es de obligatorio cumplimiento, mientras que cuando se acude al orden público se bloquea la aplicación de determinado ordenamiento jurídico (o contrato) por ser éste incompatible con disposiciones fundamentales del Estado del foro[11] (véase el capítulo noveno).

---

[7] Sobre estos extremos y su relación con la teoría del *Sonderanknüpfung* o *Sonderstatut*, véase Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas…*, *cit.*, p. 361.

[8] Aprobados el 19 de marzo de 2015.

[9] El art. 11, párrafo 2, de estos Principios indica que "[el] derecho del foro determina los casos en que un tribunal judicial puede o debe aplicar o tener en cuenta las leyes de policía de otro derecho".

[10] Comentario a los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, p. 75. Disponible en: *https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf*.

[11] Comentario a los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado…, *cit.*, p. 75.

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

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

Es de observar que, en el contexto de la norma suiza (artículo 19, Ley de Derecho Internacional Privado), la evaluación de la existencia de los "intereses legítimos y claramente preponderantes" que pueden dar lugar a la activación de la cláusula de escape que conduzca a la aplicación de una disposición imperativa extranjera se realiza de acuerdo con la concepción jurídica del país del foro, que no es otro que Suiza. Asimismo, la concepción jurídica suiza es la que debe ser tenida en cuenta al evaluar los objetivos y las consecuencias de la aplicación de dicha disposición.

En relación con la determinación de la estrecha conexión que la situación guarda con el ordenamiento jurídico distinto del indicado por la Ley, se ha hecho referencia a la prohibición de exportación del lugar de ubicación de un bien cultural. De esta manera, se puede afirmar que por la vía de la cláusula de escape del artículo 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en el ordenamiento jurídico suizo es posible la consideración de las normas extranjeras que prohíben la exportación de bienes culturales cuando se refiera a bienes culturales significativos que califiquen como tales para el Estado de origen,[12] como disposiciones imperativas. De acuerdo con esta interpretación, y partiendo del carácter público de las normas que prohíben la exportación de esta clase de bienes (véase capítulo decimosegundo), el artículo 19 de la Ley suiza es una muestra de la tendencia hacia la relativización del no reconocimiento y aplicación en el país del foro de normas extranjeras de derecho público. Lo que es compatible con la realidad que representa la creciente permeabilidad de las fronteras nacionales, lo que Jürgen Basedow identifica como una característica de las sociedades abiertas.[13]

No hay evidencia hasta ahora de que las normas del ordenamiento jurídico suizo indicadas anteriormente, en las que se contemplan las dos modalidades de cláusulas de escape a las que se ha hecho referencia —artículos 15 y 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza—, hayan sido empleadas en situaciones relativas a bienes culturales.[14]

Por otra parte, en Alemania, el artículo 46 de la Ley Introductoria al Código Civil contiene también una cláusula de escape que permite dejar de aplicar la regla *lex rei sitae*: "Si existe una conexión mucho más estrecha con la ley de un Estado que con la ley que regiría por los artículos 43[15] y

[12] Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…, cit.*, pp. 207 y 208.

[13] Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas…, cit.*, p. 356.

[14] Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage…, cit.*

[15] Ley Introductoria al Código Civil Alemán, art. 43: "(1) Los derechos sobre una cosa se rigen por la ley del Estado en que la cosa se encuentre. (2) Si un objeto, al que se refieren los derechos, llega a otro Estado, estos derechos no pueden ejercerse en contradicción con

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

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

45,[16] se aplicará esa ley".[17] Como puede observarse, de acuerdo con este artículo es posible que se deje de aplicar el artículo 43 de la misma Ley, según el cual "los derechos sobre una cosa se rigen por la ley del estado en el que se encuentra la cosa" (*lex rei sitae*). Ello es posible cuando exista una conexión más estrecha con la ley de otro Estado que con la ley que debe ser aplicada de conformidad con el mencionado artículo 43.[18] En relación con la restitución de bienes culturales, ha sido ampliamente debatida la aplicación de este artículo, pero no se ha llegado hasta ahora a ningún acuerdo.[19] Se ha planteado, por ejemplo, que, en el marco del artículo 46 de la Ley Introductoria al Código Civil alemán, la aplicación del ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha —el cual pudiera ser el del lugar de origen del bien (*lex originis*)— sería posible cuando la aplicación de la *lex rei sitae* pueda conducir a resultados arbitrarios.[20]

II. El ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha

En materia de derecho de los contratos internacionales, el *principio de proximidad* ayuda a resolver la cuestión sobre cuál es el ordenamiento jurídico

el sistema legal de ese Estado. (3) Si un derecho a una cosa que ingresa al país aún no se ha adquirido de antemano, para dicha adquisición se tendrán en cuenta los eventos ocurridos en otro Estado como si hubieran ocurrido en el territorio". (Traducción propia).

[16] Ley Introductoria al Código Civil Alemán, art. 45: (1) Los derechos a los vehículos aéreos, acuáticos y ferroviarios se rigen por la ley del país de origen. Esto es: 1. En el caso de las aeronaves, el Estado de su nacionalidad. 2. En el caso de buques, el estado de la entrada de registro, de lo contrario, el puerto de origen o domicilio. 3. En el caso de los vehículos ferroviarios, el estado de homologación. (2) La creación de derechos de garantían sobre estos vehículos está sujeta a la ley aplicable a la reclamación a garantizar. La clasificación de varios derechos de garantía se rige por el art. 43 (1) (Traducción propia).

[17] Traducción propia.

[18] Paffenholz, C. (2006), *Die Ausweichklausel del Art. 46 EGBGB*, Jena, JWV.

[19] Mansel, H.-P. (2007), "Die Bedeutung des internationalen Privatrechts in Bezug auf das Herausgabeverlangen des Eigentümers bei abhanden gekommenen Kulturgütern", en Schoen, S. y Baresel-Brand, A. (coord.), *Im Laberinth des Rechts? Wege zum Kulturgüterschutz*, Magdeburgo, Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste, p. 144.

[20] El-Bitar, J. (2006), *Der deutsche und französische Kulturgüterschutz nach der Umsetzung der Kulturgüterrückgaberichtlinie*, Fráncfort, Peter Lang, p. 149; Müller-Katzenburg, A. (1996), *Internationale Standards…, cit.*, p. 232.

Para más información sobre las cláusulas de escape se puede consultar Carruthers, J. (2005), *The Transfer of Property in the Conflict of Laws. Choice of Law Rules Concerning Inter Vivos Transfers of Property*, Nueva York, Oxford University Press, p. 229; Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage…, cit.*; Strauch, G. (2007), *Rechtsverhältnisse an Kulturgütern im Internationalen Sachenrecht*, Berlín, Wissenschaftlicher Verlag, p. 187.

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

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

aplicable a un contrato internacional si las partes no lo han elegido, o si la elección que han hecho no es efectiva. La respuesta que ofrece el principio de proximidad a tal cuestión es que debe aplicarse el ordenamiento jurídico más estrechamente relacionado con la situación jurídica a la cual se refiere el contrato. Los términos pueden variar en las diferentes codificaciones. Esta idea general puede ser concretada mediante la utilización de diferentes sustantivos, como "conexión", "relación" o "vínculo", o diferentes adjetivos como "estrecho", "cercano" o "fuerte", que generalmente son acompañados por el adverbio "más" para imprimir un sentido comparativo o superlativo.[21]

La posibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico más estrechamente relacionado con la situación jurídica se encuentra, por ejemplo, en el ámbito interamericano, en particular en la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 —que ha sido ratificada sólo por México y Venezuela—, en cuyo artículo 9, primer párrafo, se lee: "Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos". En forma similar, esta solución se encuentra en la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, según la cual "[a] falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas" (artículo 30), y en el Código Civil y Comercial de Argentina:

> Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

En cuanto a cómo se debe determinar cuál es el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha, la legislación venezolana, al igual que se hace en las normas interamericanas (Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, artículo 9, segundo párrafo), indica que se tomarán en cuenta "todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales".

[21] Symeonides, S. (2014), *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, Nueva York, Oxford University Press, p. 176.

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

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

Ahora bien, la posibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha no tiene lugar únicamente para resolver conflictos de leyes en materia de contratos internacionales. También puede ser establecida de forma general para toda situación jurídica privada internacional. Un ejemplo es el artículo 2 del Código de Derecho Internacional Privado de Bulgaria, que establece:

> (1) Las relaciones en el derecho privado con un elemento internacional se regirán por la ley del Estado con el cual dichas relaciones están más estrechamente relacionadas. Las disposiciones contenidas en el Código con respecto a la determinación de la ley aplicable expresan este principio.
>
> (2) Si la ley aplicable no puede determinarse sobre la base de las disposiciones de la Parte Tres del presente documento, se aplicará la ley del Estado con el que la relación tenga la conexión más estrecha en virtud de otros criterios.[22]

Hemos visto, por otra parte, que la posibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha también puede incluirse en una cláusula de escape, como las de los artículos 15 y 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, a los que ya nos hemos referido. De igual forma, el ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha se aplica en otras materias especiales,[23] como daños,[24] propiedad intelectual,[25] fideicomisos (*trust*),[26] guarda de menores,[27] derechos y deberes de padres e hijos,[28] agencia[29] o sucesiones.[30]

---

[22] Traducción propia.

[23] Symeonides, S. (2014), *Codifying Choice of Law…*, *cit.*, pp. 183 y 184.

[24] Por ejemplo, en el Reglamento Roma II, arts. 4(3), 5(2), 10(4), 11(4), and 12(2)(c).

[25] Por ejemplo, en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, art. 93: "…la determinación del titular originario del derecho de propiedad industrial se rige por la ley del Estado con el que la actividad intelectual tiene las conexiones más cercanas…".

[26] Ley especial de la República Checa (art. 73) y de Quebec (art. 3107).

[27] *Ibidem* (art. 65).

[28] Ley especial de Ucrainia (art. 66).

[29] Ley especial de Taiwan (arts. 17-19, 43, 44).

[30] En la Unión Europea, el Reglamento (UE) No 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, art. 21.2: "1. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.

2. Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más

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

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

En el campo de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, puede observarse que la jurisprudencia ha echado mano del ordenamiento jurídico con la conexión más estrecha para determinar el ordenamiento jurídico aplicable en situaciones concretas. Un ejemplo de ello es el caso *Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg*,[31] en el que la Corte de Distrito de Indiana, en los Estados Unidos, decidió sobre los derechos relativos a cuatro mosaicos bizantinos de comienzos del siglo XVI. Estos mosaicos, que habían estado integrados durante siglos en una iglesia en Chipre, fueron removidos ilegalmente a finales de la década de 1970, durante la ocupación militar turca en la región norte de Chipre, por un individuo de nacionalidad turca,[32] quien los llevó a Alemania, donde permanecieron escondidos durante aproximadamente una década. En 1988, el nacional turco y Peg Goldberg, un comerciante de arte de Indiana, celebraron la venta de los mosaicos por 350,000 dólares estadounidenses. A continuación, el nacional turco transportó los mosaicos al puerto libre de Ginebra, y luego de recibir el dinero los envió desde allí a Indiana. En Estados Unidos, Goldberg ofreció los mosaicos al *Getty Museum* en California por aproximadamente veinte millones de dólares estadounidenses. El curador del museo no aceptó la oferta, e informó a la República de Chipre, cuyos representantes ofrecieron a Goldberg el reembolso del precio pagado a cambio de la devolución de los mosaicos. Goldberg no aceptó, por lo que la iglesia y la República de Chipre decidieron demandar.[33] Los demandantes sostenían que la iglesia no había renunciado nunca a la propiedad de los mosaicos, y que éstos habían sido removidos sin autorización ni de la Iglesia ni de la República de Chipre. La parte demandada afirmaba que la exportación de los mosaicos había sido autorizada por oficiales turcochipriotas, y que Goldberg los adquirió en de buena fe y sin información alguna de que hubieran sido robados.

Para resolver estas cuestiones, en principio, era posible que se aplicara alguno de los siguientes tres ordenamientos jurídicos: el de Chipre, según el cual las antigüedades y objetos de culto estaban fuera del comercio, pues eran inalienables e imprescriptibles; el de Suiza, de conformidad con el cual

estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado".

Véase también Ley especial de Burkina Faso (art. 1043).

[31] Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and the Republic of Cyprus v. Goldberg & Feldman Fine Arts, Inc. United States District Court, Southern District of Indiana, 1989 717 F.Suppl. 1374. Véase Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…*, *cit*.

[32] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…*, *cit.*, p. 588.

[33] *Idem*.

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

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

podían ser reconocidos derechos a favor del demandado si éste demostraba que habían actuado de buena fe; o el de Indiana, bajo el cual no era posible adquirir la propiedad sobre bienes robados. La Corte consideró que el ordenamiento jurídico suizo sólo tenía una conexión insignificante con el caso, mientras que el ordenamiento jurídico de Indiana tenía una relación más significativa con el mismo.[34] Sin embargo, según las normas de Indiana la acción prescribía transcurridos seis años a partir de la causa de la acción. La Corte de Distrito de Indiana decidió que la acción no había prescrito, porque el lapso de prescripción no podía comenzar a correr antes de que el demandante conociera o pudiera conocer la identidad del poseedor de los mosaicos, lo que sólo fue posible cuando Goldberg los ofreció en venta al *Getty Museum*. En tal sentido, la Corte decidió que los mosaicos debían ser devueltos a los demandantes.[35]

III. Autonomía de la voluntad

En el marco del derecho internacional privado, la mayor relevancia de la autonomía de la voluntad se relaciona con la posibilidad de que los sujetos envueltos en una situación jurídica privada internacional puedan escoger cuáles tribunales pueden conocer de ella[36] y/o qué ordenamiento jurídico regirá tal situación. La elección del ordenamiento jurídico aplicable es la regla general en materia de contratos internacionales, aunque existen legislaciones nacionales que aún no la admiten expresamente, como ocurre, por ejemplo, en Colombia. El reconocimiento de tal libertad de elección se encuentra en el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I),[37] artículo 3, y en América Latina, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, adoptada en México el 17 de marzo de 1994 en el marco de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, lo recoge en su artículo 7. También se encuentra en

[34] Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, pp. 487 y 488. Véase también Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, pp. 588 y 589.

[35] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, p. 589.

[36] Sobre la elección de tribunales, véase la Convención sobre Acuerdos de Elección de Foro de la Conferencia de La Haya, del 30 de junio de 2005.

[37] Reglamento Roma I, art. 3.1: "El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato".

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

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

legislaciones nacionales de diferentes países latinoamericanos; por ejemplo, en la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (artículos 29 y 30),[38] en el Código Civil de Perú (libro X, artículo 2095),[39] y en el Código Civil y Comercial de Argentina (artículo 2651).[40]

Visto en general, el reconocimiento legal de libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable a una situación jurídica internacional conlleva el riesgo de que, en principio, los sujetos podrían escoger los tribunales o el ordenamiento jurídico que les resultara más conveniente, o, lo que es más sensible, que tal elección se realice sobre la base de la conveniencia para uno solo de los sujetos que hacen parte de la situación jurídica, es decir, del sujeto que dispone de mayor poder, en detrimento de otros sujetos envueltos en ella. Es por esta razón que el reconocimiento legal de esa libertad de escogencia no se puede producir de manera absoluta, sin limitación y para todo tipo de contrato. En este sentido, el tema ha sido discutido abundantemente en relación con ciertos contratos, como los contratos de consumo, trabajo o agencia.[41] Así, se tiene que, por ejemplo, en la Unión Europea, de acuerdo con el Reglamento Roma I, la libertad de escogencia se encuentra reconocida dentro de ciertos límites en relación con los contratos de consumo (artículo 6), de seguro (artículo 7) y de trabajo (artículo 8). En igual sentido, el artículo 2651, *in fine*, del Código Civil y Comercial de Argentina excluye los contratos de consumo de la regla según la cual los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes.

---

[38] Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, art. 29: "Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes"; art. 30: "A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales".

[39] Código Civil de Perú, art. 2095: "Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento… Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración".

[40] Código Civil y Comercial de Argentina, art. 2651: "Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato…". A continuación, el artículo establece algunas reglas específicas a las cuales debe sujetarse el ejercicio de la autonomía de la voluntad en este contexto.

[41] Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. y Carrillo, P. (2019), *La elección del derecho aplicable…, cit.*

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

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

En cuanto se refiere a las situaciones internacionales relativas a bienes culturales,[42] desde el punto de vista contractual, y no existiendo regulación especial en relación con los contratos internacionales que recaigan sobre esta clase de bienes, tendría que considerarse aplicable la regla general de libertad de las partes del contrato para elegir el ordenamiento jurídico aplicable al mismo. Sin embargo, sería necesario observar bajo qué ordenamiento jurídico se haría valer dicho contrato, pues, como se ha anotado, existen ordenamientos jurídicos nacionales en los que la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable en esta materia no ha sido reconocida. Por ejemplo, bajo el ordenamiento jurídico colombiano no se reconoce legalmente dicha libertad, existiendo sólo regulación expresa en relación con las controversias que puedan ser resueltas mediante arbitraje[43] o que sean objeto de contratos comerciales, que, de acuerdo con el Código de Comercio (artículos 869 y 1328), se rigen por las leyes colombianas cuando deban cumplirse en Colombia, aunque hayan sido celebrados en el exterior.

Ahora bien, más allá del ámbito contractual, en otras materias se ha desarrollado una tendencia hacia el reconocimiento de la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable. En este sentido, tal reconocimiento se refiere a la posibilidad que tiene o bien la autoridad que debe decidir una controversia relativa a una situación jurídica que encuadre dentro del supuesto de hecho de la norma, o bien los sujetos involucrados en dicha situación, de escoger entre los ordenamientos jurídicos indicados en la propia norma de conflicto. Como ejemplo se pueden mencionar el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, que establece que la autoridad competente puede elegir entre el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor, o el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, debiendo aplicar el que resulte más favorable al interés del acreedor. También pueden referirse, en materia del régimen económico matrimonial, el artículo 22 del Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 del Consejo, del 24 de junio de 2016, y en materia de sucesiones, el artículo 22 del Reglamento de la Unión Europea 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012,[44] casos estos en los cuales la elección puede ser hecha directamente por los sujetos envueltos en la situación jurídica respectiva.

[42] Jayme, E. (1994), *Diskussion…*, *cit.*, p. 135.

[43] Ley 1563 de 2012 (julio 12), por medio de la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones.

[44] Ochoa Jiménez, M. J., Zapata Flórez, J. y Carrillo, P. (2019), *La elección del derecho aplicable…*, *cit.*

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

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

En similar dirección, se ha discutido la posibilidad de reconocer la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable a situaciones jurídicas privadas internacionales en materia de derechos reales.[45] Se ha resaltado en el ámbito europeo que una normativa armonizadora o unificadora que hiciera tal reconocimiento de la libertad de elección del ordenamiento jurídico aplicable en materia de bienes no es fácil de imaginar, debido a la diversidad que al respecto existe entre los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.[46] Sin embargo, existen algunas normativas nacionales en esa dirección. Así, se tiene el artículo 104 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, según el cual "Las partes pueden remitir la adquisición y pérdida de los derechos de propiedad a la ley del Estado de envío o destino o a la ley que rige la transacción legal subyacente. Tal elección de ley no se puede hacer valer contra terceros".[47]

La libertad de escogencia de la ley aplicable se encuentra reconocida de manera similar para los bienes en tránsito en el Código Civil de Perú, cuyo artículo 2089 establece que las partes pueden someter los derechos sobre esta clase de bienes al ordenamiento que rige su constitución o pérdida o al del lugar de su expedición; pero también aquí tal elección sólo tiene efecto entre las partes.[48]

En el marco del derecho alemán, por su parte, se ha discutido si la cláusula de escape contenida en el artículo 46 de la Ley de Introducción al Código Civil (EGBGB) permite que se deje de aplicar la regla *lex rei sitae* contenida en el artículo 43 de la misma ley cuando el ordenamiento jurídico cuya aplicación ha sido acordada por las partes guarde una conexión más estrecha con la situación jurídica. Si bien esto ha sido considerado como admisible por parte de la doctrina, lo ha sido sólo en la medida en que tal acuerdo tenga efectos *inter partes*.[49] Por otro lado, el Código Civil de los Paí-

[45] Sobre este tema se puede consultar Dieter Martiny, quien se refiere la admisibilidad de la autonomía de la voluntad en esta materia en el derecho chino. Martiny, D. (2012), *Lex Rei Sitae as Connecting Factor…, cit.*, p. 124. Véase también Marín Fuentes, J. (2018), *El nuevo derecho internacional privado…, cit.*, p. 547.

[46] Martiny, D. (2012), *Lex rei sitae as Connecting Factor…, cit.*

[47] Citado en Kieninger, E. M. (2014), *Rechtswahlfreiheit in Sachensrecht?..., cit.*, pp. 391-410 (traducción propia).

[48] Código Civil de Perú, art. 2089: "…Las partes pueden someter la adquisición y la pérdida de los derechos reales sobre bienes corporales en tránsito a la ley que regula el acto jurídico originario de la constitución o de la pérdida de dichos derechos, o a la ley del lugar de expedición de los bienes corporales. La elección de las partes no es oponible a terceros".

[49] Von Hein, J. (2011), "Party Autonomy in International Property Law: A German Perspective", en Westrick, R. y Van der Weide, J. (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Múnich, Sellier European Law Publishers, p. 113.

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

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

ses Bajos incorpora la autonomía de la voluntad de las partes en materia de bienes destinados a la exportación, en relación con los cuales las partes pueden acordar la aplicación del ordenamiento jurídico del Estado de destino, bajo ciertas circunstancias (libro 10, artículo 10:128, párrafo segundo).[50] El Código Civil de Rumania de 2011[51] incorpora en su artículo 2615, párrafo 3, la autonomía de la voluntad en el sentido de que es posible la elección entre el ordenamiento jurídico de origen (*lex originis*) o el de la ubicación (*lex rei sitae*) en materia de bienes muebles en general. De manera específica, la legislación rumana contempla expresamente que esa misma regla es aplicable para situaciones que recaigan sobre bienes culturales.[52]

[50] Dutch Civil Code. Wet 19 mei 2011 tot vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellingsen Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek) Staatsblad 2011, 272. Book 10 – On the Conflict of Law. Citado en Kieninger, E. M. (2014), *Rechtswahlfreiheit in Sachensrecht?..., cit.*, pp. 407 y ss.

[51] New Civil Code. Law 287/ 2009 published in the Official Gazette no 511 of 24 July 2009, subsequently amended and supplemented by Law 71/ 2011, published in the *Official Gazette* no 409 of 10 June 2011, art. 10.128, párrafo 2: "…las partes pueden acordar que los efectos reales de una retención de la titularidad de una cosa destinada a ser exportada se regirán por la ley del Estado de destino si, de acuerdo con esa ley, el derecho del vendedor de la propiedad no se perdiera hasta que el precio le haya sido pagado por completo. Una designación (elección de ley) acordada como tal solo tendrá efecto si la cosa realmente se importa en el Estado de destino designado" (traducción propia).

[52] Para profundizar sobre el tema referido a la autonomía de la voluntad, se puede consultar Wilderspin, M. y Muir Watt, H. (2017), "Party Autonomy", en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 1336-1341; Kono, T. (1994), *Kulturgüterschutz im japanischen IPR…, cit.*; Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 135; Jayme, E. (1994), *Diskussion…, cit.*, p. 136; Kieninger, E. M. (2014), *Rechtswahlfreiheit in Sachensrecht?..., cit.*

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

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

Capítulo noveno

ORDEN PÚBLICO Y BIENES CULTURALES

I. El orden público: dos dimensiones

La noción de orden público remite, en términos generales, a la existencia de un conjunto de valores básicos mínimos que son válidos dentro de una comunidad jurídica determinada. Esta noción se encuentra en la doctrina del derecho internacional público y también en la del derecho internacional privado, aunque en cada uno de estos ámbitos tiene sentidos diferentes.

En el derecho internacional público, la noción de orden público se refiere a determinadas reglas generales que se han gestado a través de la práctica en el plano internacional por Estados y organizaciones internacionales. Siendo así, el contenido del orden público, en el sentido del derecho internacional público, no está determinado por valores, principios o intereses estrictamente nacionales y, en ese mismo orden de ideas, el alcance de sus efectos no se restringe al ámbito nacional de un solo Estado. En este sentido, el orden público abarca reglas como, por ejemplo, la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial o la que prohíbe la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.[1]

Ahora bien, en el derecho internacional privado, la noción de orden público[2] es relevante cuando en un Estado debe decidirse sobre un caso

[1] Díez de Velasco, M. (2009), *Instituciones de derecho internaciona público*, 12a. ed., Madrid, Tecnos, p. 92.

[2] En los sistemas jurídicos del *common law*, el orden público se denomina *public policy*. A este respecto conviene, sin embargo, tener presente una observación que ha sido hecha en los siguientes términos: "Una observación relacionada con el desarrollo y el papel de la cláusula de excepción en el *common law* y el sistema jurídico continental se refiere a la terminología de las palabras «*policy*» y «*ordre*». Los dos términos no son de ninguna manera equivalentes. «*Policy*» sugiere que los principios en cuestión están consagrados en ideas sociales y políticas más amplias, mientras que «*ordre*» está más cerca del término inglés «*law and order*» y tiene menos connotaciones políticas en comparación con «*policy*»". Mills, A. y Thoma, I. (2017), *Public Policy…, cit.*, pp. 1454 y 1455.

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

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

con elementos extranjeros, y, en aplicación de la *lex fori* de dicho Estado, se deban aplicar normas jurídicas extranjeras. Esto puede ocurrir por mandato de una norma de conflicto o porque la *lex fori* (véase el capítulo primero), reconociendo la autonomía de la voluntad de las partes de un contrato, permite la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero escogido por ellas.[3] Es posible impedir la aplicación de dichas normas jurídicas extranjeras si ello va en contra de ese orden público. Lo mismo ocurre tratándose del reconocimiento de situaciones jurídicas provenientes del extranjero[4] o de sentencias o laudos arbitrales comerciales adoptados en el extranjero.[5] En este último contexto, se ha resaltado que la noción de orden público, que se presenta como vaga, difícil de asir y controversial,[6] podría ser mejor descrita a través de la denominación "orden público transnacional",[7] que surge de considerar la cuestión de si se puede en realidad afirmar la existencia de un orden público "verdaderamente" internacional.[8]

---

[3] Véase en este último sentido, por ejemplo, el art. 2651, lit. e, del Código Civil y Comercial de Argentina o el art. 11, núms. 4 y 5, de los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales.

[4] Véase el art. 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado: "Las situaciones jurídicas validamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público".

[5] A este respecto, se puede ver el art. 2, lit. h, de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros: "Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el articulo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Parte si reúnen las condiciones siguientes: … Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución". Véase también el art. V, párrafo 2, lit. b, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI): "También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: …Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país". En el mismo sentido: art. 36, párrafo 1, lit. b.ii, de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, también de la CNUDMI.

[6] Lalive, P (1986), "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", en Sanders, P. (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, vol. 3 (pp. 258-318), Nueva York, Kluwer Law International.

[7] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…*, *cit.*, p. 312.

[8] *World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, párrs. 138-141.

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

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

No obstante, en el ámbito del derecho internacional privado se alude en general al orden público para referirse a valores fundamentales,[9] principios básicos[10] o intereses[11] de carácter nacional cuya importancia, estimada sobre criterios nacionales, impide al país donde se está decidiendo el caso, aplicar normas extranjeras, o reconocer sentencias adoptadas por tribunales de otro país —incluidas sentencias o laudos arbitrales extranjeros— o situaciones jurídicas constituidas en el extranjero, cuando el resultado[12] de tal aplicación o reconocimiento vaya en contra de los referidos valores, principios o intereses. De esta manera, desde la perspectiva del derecho internacional privado, el orden público se aplica como una excepción, cuya evaluación implica atender no sólo a criterios jurídicos, sino también a criterios extrajurídicos,[13] ya sean de orden ético, económico, político, sociológico o histórico, aunque dicho orden público debe poder ser anclado en normas jurídicas.[14]

En este sentido, la noción de orden público es necesariamente imprecisa, debido a que es variable tanto en el tiempo como en el espacio. Es variable en el tiempo porque en cada Estado la creación de normas jurídicas cambia de criterio, dando vida a ciertas instituciones que antes no existían o dejando sin efecto otras. Y es variable en el espacio porque los diversos Estados poseen ordenamientos jurídicos distintos, que obedecen a las concepciones propias sobre las instituciones que cada Estado resguarda.[15] No obstante tal variabilidad, la procedencia del orden público se ha establecido en instrumentos normativos internacionales y se ha reconocido en la mayoría, si no todos, los sistemas jurídicos nacionales.[16] Entre los países latinoamericanos, la posibilidad de recurrir al orden público en el contexto del derecho internacional privado se encuentra, por un lado, en tratados internacionales, como la Convención Interamericana sobre las Normas

[9] Guerra Iñiguez, D. (1997), *Derecho internacional pivado*, Caracas, Distribuidora Kelran, p. 158.

[10] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, p. 310.

[11] Bleckmann, A. (1974), "Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. Juni 1972", *ZaöRV*, 34(1), p. 112.

[12] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, p. 310.

[13] Mantilla Rey, R. (1982), *Apuntes de derecho internacional..., cit.*, p. 148.

[14] Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…, cit.*, p. 2014.

[15] Guerra Iñiguez, D. (1997), *Derecho internacional privado*, Caracas, Distribuidora Kelran, p. 161.

[16] *World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya*, ICSID Case ARB/00/7, párrafo 138.

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

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

Generales de Derecho Internacional Privado.[17] En esta convención, la excepción del orden público se ha contemplado en relación con la aplicación de la ley extranjera (artículo 5)[18] y en relación con el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero (artículo 7).[19]

Por otro lado, entre las legislaciones nacionales latinoamericanas se puede mencionar, por ejemplo, que en Argentina el artículo 2600 del Código Civil y Comercial se refiere al orden público diciendo que "[las] disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino". De igual forma, la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela indica en su artículo 8 lo siguiente: "Las disposiciones del derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano". En estas dos normas, la procedencia del orden público se regula de manera similar a como se encuentra en la Ley Introductoria al Código Civil de Alemania.[20] Sin embargo, la solución alemana enfatiza la importancia de proteger los derechos fundamentales en este contexto.

En los sistemas jurídicos del *common law*, por su parte, la antes aludida imprecisión que caracteriza al orden público ha conducido a que los tribunales se resistan a la aplicación del orden público en el marco del derecho internacional privado.[21] Esta situación, sin embargo, ha estado cambiando

[17] Convención que ha sido ratificada por: Argentina (1983), Brasil (1995), Colombia (1981), Ecuador (1982), Guatemala (1988), México (1984), Paraguay (1985), Perú (1980), Uruguay (1980) y Venezuela (1985).

[18] Convención Interamericana sobre las Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 5o.: "La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público".

[19] Convención Interamericana sobre las Normas Generales de Derecho Internacional Privado, art. 7: "Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público".

[20] Ley Introductoria al Código Civil de Alemania, art. 6: "Un derecho de otro Estado no se aplicará si su aplicación conduce a un resultado que es manifiestamente incompatible con los principios esenciales de la ley alemana. En particular, no es aplicable si la aplicación es incompatible con los derechos fundamentales".

[21] Mara Wantuch-Thole cita en este contexto la metáfora del orden público como un caballo descontrolado (*unruly horse*) que solo "puede ser tenido bajo control con un buen hombre

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

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

en los últimos tiempos entre los tribunales ingleses como resultado de la armonización normativa ocurrida en el marco de la Unión Europea.[22]

A continuación, veremos que el orden público, en cada uno de los dos sentidos mencionados arriba, ha sido considerado en decisiones judiciales adoptadas en relación con casos relativos a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales.

II. Orden público en el sentido del derecho internacional público (dimensión internacional)

El orden público, entendido en el sentido del derecho internacional público, fue tratado en uno de los casos relativos a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales latinoamericanos más citados en la doctrina sobre la materia. Se trata del caso *Repubblica dell'Ecuador – Casa della cultura ecuadoriana (avv. Bisocchi Visconti, Dodero) contro Danusso (avv. Grande Stevens, Borda), Matta (avv. Crufi) e altri* (véase el capítulo decimosegundo), decidido por el Tribunale di Torino, Italia, en 1982, en cuya decisión se ordenó la restitución de una colección de piezas arqueológicas provenientes del país andino, haciéndose referencia a la Convención de la Unesco de 1970. En este caso, las normas de la Convención de la Unesco no se tomaron en cuenta como fundamento de la decisión, puesto que ésta entró en vigor después de los hechos, sino más bien para delinear los principios generales del orden público internacional en el ámbito del patrimonio cultural, que, como se indica en la sentencia "el Estado italiano deseaba hacer suyo desde 1970 (en forma vinculante para el exterior) y desde 1975, con ley n. 873/75 (en forma vinculante también para el interior)". De manera más específica, en *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso*, el tribunal afirmó lo siguiente:

> …el reconocimiento de la titularidad del derecho de propiedad de los bienes arqueológicos por parte de Ecuador no surge de ninguna manera contraria a los principios del orden público internacional vigente en el Estado, sino que

en la silla de montar". Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…*, *cit.*, p. 310 y 311.

[22] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…*, *cit.*, p. 311. Por ejemplo, el art. 21 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dice lo siguiente: "Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro".

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

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

> se adapta al espíritu de solidaridad y colaboración entre los Estados, explícitamente recomendado en el preámbulo de la citada convención.[23]

La existencia de un orden público internacional destinado a proteger el interés de todos los pueblos en la conservación de los bienes culturales se había puesto de manifiesto con anterioridad en la decisión del *Deutscher Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia de Alemania) de 1972, referida a un caso que envolvía un grupo de bienes culturales nigerianos.[24] Se trataba de unas máscaras y estatuillas antiguas de origen nigeriano, que fueron transportadas desde Nigeria, por una compañía de ese país, hasta Hamburgo, Alemania, sin que se contara con el necesario permiso de exportación. Durante el transporte, que había sido asegurado por la empresa alemana de seguros *Allgemeine Versicherungsgesellschaft*, seis figurillas de bronce desaparecieron, pero la empresa alemana se negó a pagar el seguro correspondiente. Esto provocó una demanda por parte de la empresa nigeriana, que llegó hasta el Tribunal Federal de Justicia, donde las pretensiones de la compañía nigeriana no fueron exitosas, pues el tribunal decidió que el contrato era nulo. Si bien se decidió que la ley extranjera no podía ser directamente aplicada por los tribunales alemanes, su violación no se consideró irrelevante:

> …la ley de prohibición extranjera no puede aplicarse directamente porque no es obligatoria en Alemania. No protege de forma mediata intereses alemanes, sino solo intereses extranjeros. Sin embargo, la violación de tal ley de protección debe considerarse reprensible, ya que es contraria al interés generalmente respetado de todos los pueblos en la preservación de las obras de arte.[25]

El fundamento legal de la decisión del Tribunal de Justicia Federal en este caso giró en torno al artículo 138, párrafo 1, del Código Civil de Alemania, que dispone lo siguiente: "Un negocio jurídico que vaya en contra de las buenas costumbres (*gutten Sitten*) es nulo". El Tribunal interpretó dicha norma en el sentido de que, en casos referidos al pago de daños,[26] una contravención a las buenas costumbres (*Sittenwidrichkeit*), en el marco del artículo 138, párrafo 1, del Código Civil alemán, puede conducir a la protección del

[23] "Tribunale di Torino, sentenza 25 marzo 1982. Presidente, Conti – Giudice Rel., Barbuto", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, anno XVIII, 1982, pp. 625-635 (traducción propia).

[24] BGHZ 59, 83. Bleckmann, A. (1974), *Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international..., cit.*, pp. 112-132.

[25] Bleckmann, A. (1974), *Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international..., cit.*, p. 113 (traducción propia).

[26] *Ibidem*, p. 112.

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

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

orden público internacional o de los intereses de un Estado extranjero si éste se encuentra reconocido por la comunidad internacional. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal se refirió a la Convención de la Unesco de 1970, en la que se recoge un consenso de la comunidad internacional sobre la necesidad de proteger el patrimonio cultural, y, en consecuencia, aplicó indirectamente la legislación nigeriana que prohibía la exportación de los bienes culturales, a menos que se contara con una autorización.[27]

Obsérvese que la sentencia del *Bundesgerichtshof*, al igual que la del *Tribunale di Torino*, se produce en un momento en el cual la Convención de la Unesco de 1970 no se encontraba vigente para el país del foro, pues esta Convención fue ratificada por Alemania en 2007. De allí la relevancia de la siguiente observación que sobre la sentencia alemana realizara Rudolf Dolzer, para quien se trataba de una decisión innovadora porque

> …una violación de una necesidad internacional, como se afirma en la práctica internacional, conduce a la anulación de un contrato. La decisión da una interpretación amplia al concepto de un interés internacional, que fue formulado por la práctica internacional, incluso cuando se establece solo en el marco de resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales o en convenciones no ratificadas.[28]

La noción de orden público, en el sentido al que hemos estado haciendo referencia, ha orientado posteriormente otros casos de repatriación o restitución internacional de bienes cultuales. Ello ha ocurrido, por ejemplo, en el caso *L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève*,[29] decidido en Suiza en 1997, según el cual del Convenio Unidroit de 1995 y de la Convención de la Unesco de 1970 se deducía la existencia de un orden público internacional favorable a la lucha contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales y a la salvaguarda de las garantías necesarias para proteger el interés legítimo del poseedor de buena fe.[30] Igualmente, puede citarse el caso *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*,[31] cuya decisión en primera ins-

[27] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, p. 342.

[28] Dolzer, R. (1974), "Voidness of a Private Contract because of a Breach of the International Ordre Public", *ZaöRV*, 34(1), 132 (traducción propia).

[29] Tribunal Federal. L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève. 1 abril 1997. RDU 2006. Citado en Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…, cit.*, p. 165.

[30] *Ibidem*. En la misma dirección, véase Estrella Faría, J. Á. (2013), *Unesco, Unidroit y la Restitución…, cit.*, p. 33.

[31] [1982] 1 Q.B. 349, [1982] 3 WLR (Q.B. and C.A.) 432, [1984] 2 WLR 809. Véase Siehr, K. (2006), *The Beautiful One Has Come…, cit.*, p. 121.

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

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

tancia hizo referencia a que la cortesía (internacional) requiere que se respete el patrimonio nacional de otros países mediante el reconocimiento y la ejecución de sus leyes que inciden en el título de propiedad de estos bienes cuando se encuentran en su territorio.[32] Desafortunadamente, este caso fue rechazado posteriormente en el tribunal de apelación, por lord Denning, cuya decisión ha levantado sospechas al hacer referencia a la posibilidad de una convención internacional sobre la materia como si se hubiera tratado de algo meramente eventual (a pesar del avanzado estado de las discusiones para ese momento), y porque parecía satisfacerle el favorecer al mercado londinense de arte, que es uno de los más grandes del mundo.[33] La Corte de Apelaciones en el caso *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited*[34] consideró también la existencia de un reconocimiento internacional de que, por una parte, los Estados deberían apoyar la prevención de la remoción ilegal de objetos culturales, y, por otra parte, el patrimonio nacional ha de ser protegido, de donde dedujo que sería contrario al orden público desatender tales reclamaciones.[35]

Es de acotar que, en esta misma dirección, la doctrina ha destacado que la protección (física) de los bienes culturales debe estar en el centro de las discusiones, y, en tal sentido, debe entenderse que un interés universal en la conservación de los bienes culturales y su transmisión a generaciones futuras[36] se encuentra dentro de la noción de orden público internacional en la dimensión que se ha estado tratando. En este orden de ideas, la aplicación efectiva de sus propias normas dentro de su territorio, así como la preservación e investigación de los bienes culturales reclamados, se plantean como una contraprestación por parte del Estado de origen.[37]

En este contexto, puede observarse la siguiente recomendación que ha hecho Kurt Siehr:

> Si es dudoso que el país de origen pueda proteger y preservar adecuadamente los bienes culturales exportados, debería ser posible rechazar la devolución

[32] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…*, *cit.*, p. 320. Sobre este caso se puede consultar Weller, Matthias (2007), "Iran v. Barakat: Some Observations on the Application of Foreign Public Law by Domestic Courts from a Comparative Perspective", *Kunstrechtsspiegel*, 04/07, 2007, pp. 172-180.

[33] Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas…*, *cit.*, pp. 355 y 356.

[34] [2007] EWHC 705 (QB); [2007] EWCA Civ 1374; [2008] 1 All ER 1177; QB 22 [2009]. Véase Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem…*, *cit.*, pp. 503-515; Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…*, *cit.*, pp. 13-15.

[35] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…*, *cit.*, pp. 320 y 321.

[36] Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…*, *cit.*, p. 205.

[37] *Ibidem*, p. 208.

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

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

> mediante un orden público internacional político-cultural, hasta que se haya garantizado la protección y preservación de los bienes culturales en el país de origen y, de esta manera, se derogue tal reserva relacionada con la política cultural.[38]

Es de observar que esta recomendación no hace referencia expresa a que el Estado de origen deba directa y exclusivamente hacerse cargo de la protección y preservación de los bienes. Como es evidente, las tareas de protección y preservación de bienes culturales exigen recursos financieros, así como personal, infraestructura, etcétera, de los que no necesariamente disponen todos los países de origen,[39] como puede ser el caso de los países latinoamericanos. De manera que se habrá de incluir la participación de otros sujetos interesados en la satisfacción de ese interés universal, lo que convocaría no sólo a los Estados, sino también a otros miembros de la comunidad internacional y/o sujetos privados.

III. Orden público en el sentido del derecho internacional privado (dimensión interna)

La consideración del orden público en su dimensión interna puede observarse en un caso decidido por el *Kammergericht* (Tribunal Superior) de Berlín en 2006.[40] Este caso se refiere a un conjunto de objetos egipcios antiguos de gran valor[41] que habían sido exportados desde Egipto a Alemania por la empresa

[38] Siehr, K. (1994), "Öffentliches Recht und internationales Privatrecht bei Grenzsüberschreitenden Kulturgüterschutz", en Dolzer, R., Jayme, E. y Mußgnug, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*, Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg (pp. 83-104), Heidelberg, C. F., Müller Juristischer Verlag, p. 103 (traducción propia).

Véase también Wyss, M. P. (1996), "Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…", *cit.*, pp. 202 y 203, 206, con la siguiente cita de James Nafziger (1983): "el Estado que reclama debe asegurarse de que los bienes restituidos serán protegidos a través de medidas de conservación, preservación y seguridad que reúnan estándares internacionales, y que serán exhibidos adecuadamente y se encuentren accesibles al público normalmente".

[39] Wyss, M. P. (1996), "Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…", *cit.*, p. 209.

[40] *Arabische Republik Ägypten gegen Millenium Art Holding Ltd. Kammergericht*. 10 U 286/05KG, 16.10.2006. NJW 10/2007, pp. 705-707.

[41] Se trataba de los siguientes objetos: 1) el sarcófago antropomórfico realizado en madera de la Dama Meretites, 2) el sarcófago externo realizado en madera de la Dama Meretites, siglo 4 a. C., 3) máscara de la Dama Meretites, siglo 4 a. C., 4) decoraciones de la momia de la Dama Meretites, siglo 4 a. C., 5) estatua de madera del Com-Osiris de la Dama Meretites, siglo 4 a. C., 6) estatua de madera de la diosa Isis de la Dama Meretites, siglo 4 a. C., 7) es-

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

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

M-Holding Limited. En este proceso se determinó que la autorización de exportación que había sido presentada por la empresa adolecía de numerosas irregularidades, entre ellas, que los objetos a los que se refería no se correspondían con los objetos que habían sido exportados, y que la autenticidad del documento era dudosa. Más allá de esto, en cuanto al fondo del caso, el Tribunal consideró que debía aplicarse el ordenamiento jurídico alemán, en virtud del artículo 43, párrafo I, de la Ley Introductoria al Código Civil, en el cual se consagra la regla *lex rei sitae*. No era posible, consideró el Tribunal, alejarse de la regla *lex rei sitae*, puesto que, por una parte, en materia de derecho internacional privado no existe en el sistema jurídico alemán una norma propia para los casos relativos a bienes culturales, y, por otra parte, el caso no presentaba un vínculo más estrecho con otro ordenamiento jurídico.[42] En este orden de ideas, el Tribunal afirmó que la Ley 117/1983 de Egipto, que prohibía la exportación de los bienes arqueológicos y establecía la propiedad del Estado en esa clase de bienes, debía ser observada desde la perspectiva alemana. El Tribunal afirmó que el carácter expropiatorio de la ley egipcia no se oponía al orden público alemán, contemplado en el artículo 6 de la Ley Introductoria al Código Civil.[43] Si bien los derechos del Estado egipcio no fueron reconocidos por el Tribunal, esto no se debió a razones legales, sino a razones de orden fáctico, pues Egipto no pudo probar en qué momento habían sido excavados los objetos.[44] Esta última cuestión era importante, ya que el Tribunal consideraba que "la aplicación de las disposiciones de la Ley sobre Antigüedades requiere, conforme al principio de territorialidad, que las antigüedades se encuentren todavía en el territorio del demandante al momento de la entrada en vigor de la ley".[45]

En relación con este caso, puede observarse, por otra parte, que la naturaleza de las normas extranjeras —cuestión que puede ser determinante para decidir sobre su reconocimiento y aplicación en el país del foro, pues mientras ello es posible tratándose de normas de derecho privado, no ocurre lo mismo si se trata de normas de derecho público (véase el capítulo de-

tatua de madera de la diosa Neftis de la Dama Meretites, siglo 4 a. C., 8) estatua de madera del halcón de Horus de la Dama Meretites, siglo 4 a. C., 9) 308 figuras (fayence shabti) de la Dama Meretites, siglo 4 a. C. Véase Arabische Republik Ägypten gegen Millenium Art Holding Ltd. Kammergericht. 10 U 286/05KG, 16.10.2006. NJW 10/2007, p. 705.

[42] Arabische Republik Ägypten gegen Millenium Art Holding Ltd. Kammergericht. 10 U 286/05KG, 16.10.2006. NJW 10/2007, p. 706.

[43] *Idem.*

[44] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…*, *cit.*, p. 339.

[45] Arabische Republik Ägypten gegen Millenium Art Holding Ltd. Kammergericht. 10 U 286/05KG, 16.10.2006. NJW 10/2007, p. 706.

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

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

cimotercero)— se evalúa tomando en cuenta cada norma particularmente considerada y no la ley que la contiene en su conjunto. En el caso de los objetos egipcios, para el Tribunal Superior de Berlín la legislación egipcia pudo haber sido aplicada como base para el reconocimiento de la propiedad de Egipto sobre las piezas, aunque algunas de las normas de dicha legislación fueran penales,[46] las cuales son normas de derecho público. Este razonamiento es similar al aplicado en la decisión del caso *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited*.

La noción de orden público, en esta dimensión interna, también ha salido a relucir en otros casos de repatriación o restitución internacional de bienes culturales, como el de las monedas griegas decidido por el *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior) de Schleswig, Alemania, en 1989,[47] en el que la consideración del orden público tuvo lugar junto con la consideración de la protección de derechos adquiridos en el extranjero. Grecia solicitaba el decomiso y devolución de un conjunto de monedas antiguas que habían sido excavadas y exportadas ilegalmente desde Grecia a Alemania, basándose en el artículo 15 de la Ley 5351/1932 de Grecia, de acuerdo con la cual los objetos arqueológicos eran propiedad del Estado.[48] En su decisión, el Tribunal Superior de Schleswig sostuvo que las leyes nacionales que contemplaban la propiedad estatal sobre bienes culturales eran compatibles con el orden público alemán, al tiempo que afirmaba la doctrina de los derechos adquiridos en materia de patrimonio cultural.[49]

[46] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, p. 340.

[47] OLG Schleswig-Holstein 10.2.1989, NJW 1989, 3105. IPRspr. 1989 Nr. 75. Vésae también Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, p. 340.

[48] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, p. 340.

[49] *Idem*. También en el caso *City of Gotha and Federal Republic of Germany v. Sotheby's and Cobert Finance S.A.*, decidido por la Corte Suprema de Inglaterra en 1998, fue referida la noción de orden público, en esta dimensión interna. En este caso, esto estuvo relacionado con el reconocimiento del periodo de prescripción adquisitiva establecido en un ordenamiento jurídico extranjero (alemán). Véase Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, p. 317.

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

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

Capítulo décimo

APLICACIÓN DE LAS LEYES DEL PAÍS DE ORIGEN DE LOS BIENES CULTURALES

Hemos visto que la idea de que la regla *lex rei sitae* no se aplique a situaciones jurídicas privadas internacionales referidas a bienes muebles no es extraña en el derecho internacional privado, y que ello puede encontrarse incluso, en cierta medida, en algunas legislaciones latinoamericanas (véase el capítulo séptimo). En el ámbito de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, la doctrina ha distinguido varias formas a través de las cuales ha tenido lugar el reconocimiento de la regla *lex originis*, según la cual se aplica el ordenamiento jurídico del lugar de origen del bien.

Se puede mencionar en este sentido a Astrid Müller-Katzenburg,[1] quien ha sugerido que, desde un punto de vista general, pueden distinguirse cuatro formas de aplicar el ordenamiento jurídico del Estado de origen de esta clase de bienes. Según esta autora, la primera forma consiste en considerar el ordenamiento jurídico de origen en el momento de la resolución de una cuestión preliminar, mientras que la cuestión principal se decide de conformidad con la *lex fori*.[2] La segunda forma implica aplicar el ordenamiento jurídico del lugar de la adquisición ilícita en cuanto estatuto de adquisición.[3] La tercera forma consiste en aplicar el ordenamiento jurídico del lugar de la adquisición ilícita mediante una ficción de inmovilidad del bien.[4] La cuarta y última alternativa que distingue Müller-Katzenburg se encuentra en el artículo 1 de la Resolución de 1991 del Instituto de Derecho Internacional

[1] Müller-Katzenburg, A. (1996), *Internationale Standards…*, *cit.*, p. 227.

[2] Esto puede ser ilustrado con el caso *United States v. Hollinshead* (véase el capítulo decimotercero), en el que la expresión "bienes robados" fue interpretada por los tribunales estadounidenses teniendo en cuenta la propiedad estatal establecida en los ordenamientos guatemalteco y mexicano, mientras que la determinación y comprobación de los requisitos y efectos de la adquisición de buena fe se establecieron según la ley del foro.

[3] Esta forma fue aplicada en el caso Winkworth v Christie, Manson & Woods Ltd., [1950] 2 Weekly Law Reports 937 (Ch. D.). Véase Caamiña, C. (2007), *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes…*, *cit.*, p. 130.

[4] En el caso decidido por la Court d'Appel de Montpellier (frescos franceses en Suiza), mencionado más adelante, se puede observar un ejemplo de esto.

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

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

(o Resolución de Basilea), que explicaremos más adelante, y consiste en una regla que ordena aplicar el ordenamiento del país de origen.

En ese orden de ideas, tanto desde el punto de vista doctrinario, como veremos en este capítulo, como desde los puntos de vista legal (véase el capítulo undécimo) y jurisprudencial (véase el capítulo decimotercero), ha ido teniendo lugar un reconocimiento paulatino de la aplicación de la *lex originis* en materia de repatriación o restitución internacional de bienes culturales. En este capítulo mostraremos la propuesta realizada por el Instituto de Derecho Internacional que acabamos de mencionar y haremos referencia a los planteamientos de Erik Jayme y de Gerte Reichelt, autores a quienes ya nos hemos referido al tratar la competencia de los tribunales del país de origen de los bienes culturales (véase el capítulo quinto), y sobre cuyos planteamientos volvemos en la medida en que éstos, además de promover el reconocimiento de la regla *forum originis*, se refieren a la aplicación de las leyes del país de origen para resolver el fondo de las situaciones relativas a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. También mostraremos los aportes a las discusiones sobre esta temática que han sido realizados más recientemente por Symenon Symenides y por Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González.

I. Resolución de 1991 del Instituto de Derecho Internacional

En 1991, el Instituto de Derecho Internacional emitió una resolución sobre la venta internacional de obras de arte desde el ángulo de la protección del patrimonio cultural.[5] El artículo 2o. de esta Resolución dice que la "transferencia de propiedad de obras de arte que pertenecen al patrimonio cultural del país de origen deben ser gobernadas por la ley de ese país".[6] Bajo tal disposición se encuentran cobijados, de acuerdo con el artículo 1o., párrafo 3, los "casos futuros en los que una obra de arte ha sido robada o la han quitado ilegalmente de cualquier forma a su dueño o poseedor, o se ha exportado ilegalmente". Esto aplica sólo a obras de arte registradas o clasificadas de alguna forma como pertenecientes al patrimonio cultural del Estado.[7]

[5] Resolution of the Institute of International Law about The International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage, Basilea, 1991. Disponible en: *http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_04_en.pdf*.

[6] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…*, *cit.*, p. 594 (traducción propia).

[7] Jayme, E. (1997), "Protection of Cultural Property and Conflict of Laws: The Basel Resolution of the Institute of International Law", *International Journal of Cultural Property*, 6(1), 376-378.

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

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

Para comprender lo propuesto en esta resolución, es importante tener en cuenta la definición de país de origen de la obra de arte, que se encuentra en el literal b) del artículo 1. De conformidad con este artículo, es país de origen aquel con el cual la obra de arte tenga el vínculo más estrecho desde el punto de vista cultural. En este sentido, el vínculo cultural entre el Estado y ciertos objetos culturales se hace relevante para determinar la legislación aplicable. No obstante, la resolución no se ocupa de la cuestión sobre cómo se determina ese vínculo cultural.[8]

Esta resolución no tiene, por supuesto, fuerza vinculante, pues se trata de un documento realizado por un cuerpo académico[9] que no constituye un tratado internacional. No puede, en consecuencia, exigirse su aplicación en el territorio de ningún Estado ni ante ningún tribunal. Sin embargo, su contenido puede ser relevante en dos sentidos. Esta resolución hace parte del *soft law* internacional en esta materia, y puede ser considerada para la decisión de ciertos casos en tanto fuente jurídica subsidiaria o auxiliar. Además, puede contribuir a la configuración de normas jurídicas que sí tengan carácter vinculante. En efecto, en la misma dirección seguida en la Resolución de Basilea de 1991 han tenido lugar en los últimos años desarrollos normativos, de los que nos ocuparemos más adelante (véase el capítulo undécimo), que han tenido el objetivo de lograr que las normas sobre conflicto de leyes atiendan a las particularidades de los objetos culturales y, en tal sentido, contemplen la aplicación de la *lex originis*. También podría considerarse, como lo hace Symeonides, que la solución adoptada en dicha resolución subyace en cierta medida tras la normativa incluida en el Convenio Unidroit de 1995,[10] que ya hemos tenido oportunidad de revisar (véanse los capítulos segundo y cuarto).

II. Planteamientos doctrinarios

1. *Erik Jayme: la* lex originis *en tanto derecho nacional de los bienes culturales*

La idea de derecho nacional de los bienes culturales (*Heimatrecht*) a la que se refiere Jayme no puede ser confundida con lo que él identifica como "política

[8] Jayme, E. (1997), *Protection of Cultural Property and Conflict of Laws…*, *cit.*

[9] *Idem*.

[10] Symeonides, S. (2005), *A Conflict-of-law Rule…*, *cit.* Más información sobre la resolución de Basilea de 1991 en Jayme, E. (1997), *Protection of Cultural Property and Conflict of Laws…*, *cit.*; Kurpiers, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht…*, *cit.*; Symeonides, S. (2005), *A Conflict-of-law Rule…*, *cit.*

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

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

de restitución".[11] Esto último se relaciona, más bien, con las normas según las cuales las entidades gubernamentales tienen el deber de realizar todos los esfuerzos posibles para lograr que retornen al país los bienes culturales que hayan dejado su territorio ilícitamente (véase el capítulo decimosegundo). Este deber sólo es exigible a las entidades nacionales competentes dentro del Estado y no en el plano internacional ni frente a tribunales de Estados extranjeros. En tal sentido, desde el punto de vista internacional, el cumplimiento de dicho deber en aplicación de tales normas no es jurídicamente exigible. Pueden ser ejemplos de esto las sentencias dictadas en Colombia en 2017 en el caso de las estatuas de San Agustín, decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,[12] y en el caso del tesoro Quimbaya, decidido por la Corte Constitucional de Colombia.[13] En ambas sentencias se reafirma el deber que tiene el gobierno colombiano de esforzarse por que esos objetos culturales regresen a Colombia. Este deber se basa en normas que hacen parte del ordenamiento jurídico nacional, y sus efectos se circunscriben al ámbito territorial colombiano. Más allá, su relevancia, preponderantemente política, puede enmarcarse en normas de derecho internacional público, incluyendo el efecto que puedan tener por hacer parte de un orden público internacional (véase el capítulo noveno).[14] Esto, por supuesto, no resta importancia al cumplimiento de ese deber ni quiere decir que las vías políticas sean menos efectivas que las vías judiciales. Un ejemplo de la efectividad que puede llegar a tener una decisión de naturaleza política en esta materia es la decisión manifestada por el gobierno de Francia en 2018 de regresar a sus lugares originarios los bienes coloniales africanos existentes en los museos franceses.[15]

Al referirse al derecho nacional de los bienes culturales (*Heimatrecht*), Jayme se refiere a la circunstancia de que esta clase de bienes tienen un

[11] Jayme, E. (1991), *Kunstwerk und Nation. Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz*, Heidelberg, Winter, p. 14.

[12] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección A, expediente 25000234100020160089200, 14 de septiembre de 2017. M. P. Luis Manuel Lasso Lozano.

[13] Corte Constitucional de Colombia. SU-649/17. 19 de octubre de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos.

[14] Allgemeine Versicherungsgesellschaft v. EK, Tribunal Federal de Alemania, 1972 (véase Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem..., cit.*, p. 510; Prott, L. (2009), "The Nigerian Bronzes Case (Allgemeine Versicherungsgesellschaft v. EK)", en Prott, L. (coord.), *Witnesses to History. Documents and Writings on the Return of Cultural Objects* (p. 33), París, Unesco); Tribunal Federal. L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève. 1 abril 1997. RDU 2006 (véase Caamiña, C. y Calvo Caravaca, L. A. (2009), *El Convenio del Unidroit…, cit.*, p. 165).

[15] Sarr, F. y Savoy, B. (2018), *The Restitution of African Cultural Heritage. Toward a New Relational Ethics*, Ministère de la Culture, Francia, disponible en: *http://restitutionreport2018.com/sarr_savoy_en.pdf* (27/05/2019).

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

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

vínculo con una nación.[16] Este vínculo sirve de base para protección especial de que gozan los bienes culturales en cuanto bienes nacionales de un determinado país. Aunque los bienes culturales pueden, ciertamente, verse como haciendo parte del patrimonio común de la humanidad, ese vínculo que dichos bienes tienen con una nación determinada se encuentra reconocido tanto en normas nacionales, incorporadas en leyes y constituciones alrededor del mundo, como en las normas de la Convención de la Unesco de 1970.[17] El vínculo de los bienes culturales con una nación es una idea que puede ser vista desde la perspectiva del derecho internacional privado, pues alude a un factor de conexión (véase el capítulo primero) que vincula el ordenamiento jurídico aplicable con el origen del bien (*lex originis*).

Para Jayme, el derecho nacional de los bienes culturales puede ser determinado por referencia a distintos factores de conexión, dependiendo de la clase de bienes culturales de que se trate. Así, tenemos, en primer lugar, que en cuanto a las obras de arte la legislación aplicable puede determinarse a través de factores de conexión de dos tipos: los que se basan en la nacionalidad del creador y los que se basan en un criterio territorial. El criterio de la nacionalidad de los bienes culturales se refiere a aquellas obras de arte en las cuales se refleja la identidad de la nación y sus miembros,[18] y en las que el creador juega un rol especial para la identidad de la nación.[19] En los casos en los que ello ocurre, la nacionalidad se encuentra entonces en primer plano.[20] El criterio de la nacionalidad del creador se encuentra, para Jayme, en el literal a) del artículo 4 de la Convención de la Unesco de 1970, en el que se hace referencia, por un lado, a la nacionalidad del creador, y, por otro lado, a la residencia de los creadores nacionales de otros países o los apátridas. Sin embargo, el criterio de la nacionalidad no puede ser aplicado en todos los casos, en particular en aquellos casos en los cuales el creador de la obra de arte no juega un rol especial en la identidad de la nación. En estos casos se aplica un criterio territorial, que, tomando en cuenta que las obras de arte se trasladan de un lugar a otro con relativa frecuencia, considera que la sede (*Sitz*) de la obra de arte se encuentra en el lugar al cual, de acuerdo con su finalidad, debe retornar la obra de arte, por ejemplo, porque allí se encuentre el museo o la colección privada de la que hace parte.[21]

---

[16] Jayme, E. (1991), *Kunstwerk und Nation. Zuordnungsprobleme…, cit.*, p. 9.
[17] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 37.
[18] Jayme, E. (1991), *Kunstwerk und Nation. Zuordnungsprobleme…, cit.*, p. 28.
[19] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 48.
[20] Jayme, E. (1991), *Kunstwerk und Nation. Zuordnungsprobleme…, cit.*, p. 33.
[21] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 48.

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

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

En segundo lugar, en cuanto a los objetos de culto, lo relevante es el lugar donde se encuentra el sitio o contexto de culto para el cual el objeto en cuestión fue creado. Tratándose de los frescos de una iglesia, por ejemplo, el sitio o contexto de culto sería esa iglesia.[22] Jayme atiende de esta manera a la naturaleza especial de los objetos de culto, que ha sido resaltada también por John Henry Merryman, para quien no se trata sólo del significado que este tipo de objetos tiene para un culto determinado, sino del hecho de que, a través de la ausencia física del objeto en el sitio o contexto de culto, la religión misma pierde su esencia.[23] En relación con esta clase de bienes, es de tener en cuenta, además, que el sitio o contexto de culto no se refiere necesariamente a un Estado, sino que puede tratarse de un pueblo o comunidad específicos. Merryman se refiere a este punto cuando alude, por ejemplo, al caso de la devolución de las estatuas Afo-A-Kom a Camerún.[24]

Jayme se refiere, en tercer lugar, a los bienes arqueológicos. En relación con esta clase de bienes, es de tener en cuenta su valor en cuanto al conocimiento que encierra la información histórica que de la que son portadores, así como también la necesidad de preservar el lugar donde han sido encontrados para evitar la destrucción irreversible del contexto. De allí que, como lo afirma el autor, el derecho nacional de un bien arqueológico puede ser establecido a través del lugar de su hallazgo.[25]

El conjunto de soluciones planteadas por Jayme reflejan su preocupación por lograr que el derecho internacional privado considere las normas de protección del patrimonio cultural. Para este autor, ello puede lograrse, como se ha visto, mediante una complementación a través de factores de conexión especiales que permitan de forma particularizada, dependiendo de la clase de bien cultural de que se trate, la aplicación del derecho nacional de los bienes culturales.

2. *Gerte Reichelt: aplicación de la* lex originis *mediante una jurisdicción de protección*

Gerte Reichelt defiende también la consideración del ordenamiento jurídico del lugar del cual son originarios los bienes culturales. Reichelt parte de la realidad incontestable de que tanto el mercado del arte como la protección de los bienes culturales son hechos. En este sentido, sostiene que sería posible

[22] Jayme, E. (1991), *Kunstwerk und Nation. Zuordnungsprobleme…, cit.*,4 p. 30; 1994, p. 44.

[23] Merryman, J. H. (1989), *The Public Interest…, cit.*; Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 45.

[24] Merryman, J. H. (1989), *The Public Interest…, cit.*

[25] Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*, p. 49.

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

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

conseguir en el ámbito de derecho internacional privado un equilibrio entre estos dos hechos. Este equilibrio se concretizaría a través del establecimiento de factores de conexión diferenciados; es decir, de factores de conexión especiales o alternativos[26] que se alejen del uso de la regla general (*lex rei sitae*).

Ahondando un poco más en esta dirección, Reichelt se refiere al caso de los frescos de Casenoves, en Francia, que fueron trasladados a Ginebra, en Suiza, cuya restitución fue debatida por los tribunales franceses. En este caso se discutió la competencia judicial internacional. La *Cour de Cassation* finalmente declaró que los tribunales franceses carecían de competencia para conocer del caso sobre la base de que los frescos constituían bienes muebles, y no inmuebles por destinación, como se había resuelto inicialmente, de donde derivaba la competencia de los tribunales del lugar de domicilio del demandante.[27] Si bien el debate se centraba en una cuestión de competencia judicial internacional, ello tiene consecuencias en cuanto al ordenamiento jurídico aplicado por los tribunales para resolver el caso. En este sentido, como anotamos anteriormente (véase el capítulo quinto), Reichelt se enfoca en observar que una manera de asegurar que se apliquen las normas nacionales sobre patrimonio cultural, que están destinadas a proteger los bienes culturales de cada país, es mediante la consagración legal de una "jurisdicción de protección" (*Schutzgerichtsstand*) para los bienes culturales, mediante la cual se establezca la competencia de los tribunales del país de origen de dichos bienes. De esta manera, se facilitaría la aplicación de las leyes protectoras del patrimonio cultural del Estado del cual es originario el bien cultural en cuestión, debido a que si éstas se encuentran integradas dentro del ordenamiento jurídico de dicho Estado, que es en el cual se decide el caso, ello quiere decir que tales leyes constituyen derecho nacional (*lex fori*) para los tribunales de este Estado, en lugar de hacer parte de un ordenamiento jurídico extranjero.

3. *Symeon Symeonides: una propuesta de* lege ferenda

De acuerdo con Symeon Symeonides, la regla *lex rei sitae* debería ser regulada de una manera distinta a la manera en la en que tradicionalmente ha sido regulada, para poder permitir la protección de los objetos culturales. Este autor nos recuerda que en las situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a bienes culturales no sólo se encuentran en juego intereses privados, sino también intereses y valores colectivos, sociales y culturales.

[26] Reichelt, G. (1994), *Diskussion…*, *cit.*, p. 141.

[27] Caso "Casanoves Freques", Cass. Ass. L. 15.4.1988, D.S. 1988, j. 325. Reichelt, G. (1989), *Kulturgüterschutz und internationales…*, *cit.*, p. 254.

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

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

En el comercio internacional de bienes muebles, especialmente de bienes culturales, puede existir más de una ubicación o sitio (*situs*) en el que pueda ser aplicada la regla *lex rei sitae*. En cada sitio pueden surgir derechos cuya protección puede estar amenazada por la aplicación de otro ordenamiento jurídico. Según Symeonides,[28] esta colisión debe ser resuelta asegurando el respeto a los intereses presentes en ambos sitios. Para Symeonides, puede ser problemático dejar de aplicar el ordenamiento jurídico del primer sitio cuando este ordenamiento jurídico protege al propietario de un objeto cultural, mientras que el ordenamiento jurídico de otro sitio no ofrece ninguna protección. Más allá, la aplicación del ordenamiento jurídico de otro sitio puede servir como protección en casos de robo de obras de arte y otros objetos culturales. En este orden de ideas, Symeonides sostiene que debería existir en tales situaciones una "fuerte presunción" a favor de la aplicación de la ley del lugar de origen del bien cultural (*lex originis*), debido a los intereses y valores que están en juego.[29]

Partiendo de esta idea, este autor propone una regla formulada con un carácter residual, es decir, que aplicará sólo en caso de no existir un tratado, acuerdo bilateral o estatuto que establezca una regulación distinta. La regla estaría compuesta de dos partes, y su formulación sería como sigue:[30]

> 1. Salvo que se disponga lo contrario en un tratado, un acuerdo internacional o interestatal o un estatuto aplicable, los derechos de las partes con respecto a una cosa corporal de valor cultural significativo (en adelante, "cosa") se determinan como se especifica a continuación.
>
> 2. Una persona que se considera el propietario de la cosa conforme a la ley del Estado en que se encontraba en el momento de su traslado a otro Estado tendrá derecho a la protección de la ley del Estado anterior (Estado de origen), excepto como se especifica a continuación.
>
> 3. Los derechos del propietario no pueden estar sujetos a la ley menos protectora de un Estado que no sea el Estado de origen,

[28] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…*, *cit.*, p. 584.

[29] *Idem*.

[30] Una estructura similar se encuentra en el art. 27 del proyecto de codificación de derecho internacional privado de Puerto Rico: "Los derechos reales sobre los bienes muebles corporales se rigen por la ley del Estado en donde se situaba el bien al momento de la constitución del derecho. Sin embargo, después del traslado del bien mueble a otro Estado, el derecho real puede estar sujeto a la ley de este Estado: (a) si el titular del derecho sabía o debía saber sobre el traslado a ese Estado; o (b) en cuanto sea necesario para proteger a terceros que, después del traslado, han actuado de buena fe respecto al bien y han confiado, justificadamente, en la ley de ese Estado. Cuando un bien mueble corporal trasladado a Puerto Rico está sujeto a un derecho que la legislación puertorriqueña no conoce o no reconoce, ese derecho tendrá únicamente la protección concedida por las leyes de Puerto Rico al derecho más análogo".

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

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

> (a) a menos que:
> (i) el otro Estado tenga una conexión materialmente más cercana al caso que el Estado de origen; y
> (ii) la aplicación de esa ley sea necesaria para proteger a una parte que se ocupó de la cosa de buena fe después de su traslado a ese Estado; y
> (b) hasta que el propietario supiera o debiera haber conocido los hechos que permitirían a un propietario diligente emprender acciones legales efectivas para proteger esos derechos.[31]

Como puede observarse, la regla propuesta por Symenides contempla, por una parte, que la persona que sea propietaria de dicho objeto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado en el cual se encontraba el objeto al momento en que éste fue extraído ilícitamente, deberá ser protegida de conformidad con ese ordenamiento jurídico (*lex originis*). La segunda parte de la regla establece que los derechos de ese propietario no pueden ser regidos por el ordenamiento jurídico de otro Estado, conforme al cual se le dé una protección menor, a menos que tenga lugar alguna de las siguientes circunstancias no concurrentes. En primer lugar, que el segundo Estado tenga una relación más estrecha con el caso que la que tiene el Estado de origen. En segundo lugar, que la aplicación de este ordenamiento jurídico sea necesaria para proteger a una parte que ha actuado de buena fe; o, tercero, que el propietario tenía, o podía haber tenido, conocimiento de hechos que habrían permitido a un propietario diligente demandar la protección de ese derecho.[32]

4. *Calvo Caravaca y Carrascosa González: integración de una laguna axiológica*

Para Calvo Caravaca y Carrascosa González, partiendo de la dimensión de derecho privado que tienen algunas normas de la Convención de la Unesco de 1970, es posible considerar las implicaciones que la protección de los objetos pertenecientes al patrimonio cultural tiene en cuanto a la aplicación de la regla *lex rei sitae*. El artículo 3 de la Convención de la Unesco de 1970 dice lo siguiente: "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 Parte en virtud de la presente Convención". De acuerdo con la interpretación de dicho artículo que los citados autores proponen, el texto de esta norma prohíbe la aplicación de la regla *lex rei sitae* en relación con bienes culturales que hayan sido exportados ilícitamente, de donde ellos deducen que debe aplicarse la *lex originis*, o sea, el

[31] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…*, *cit.*, p. 593 (traducción propia).
[32] Más detalles en Symeonides, S. (2005), *A Conflict-of-law Rule…*, *cit.*

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

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

ordenamiento jurídico del Estado de origen del objeto en cuestión. La ilegalidad de la exportación —lo que sería una cuestión de calificación (véase el capítulo tercero)— podría también ser evaluada de acuerdo con el mismo ordenamiento jurídico (*lex originis*), pues de esta manera se puede proteger mejor dicho bien frente a robos ocurridos en países distintos del país de origen.[33]

En situaciones en las que no encuentre aplicación la Convención de la Unesco de 1970 ni ningún otro tratado, sería necesario, sostienen Calvo Caravaca y Carrascosa González, dirigirse directamente al ordenamiento jurídico nacional (*lex fori*). En el caso español, por ejemplo, la regla *lex rei sitae* está contemplada en el artículo 10, primer párrafo, del Código Civil de ese país.[34] En tanto esta norma que contempla la regla *lex rei sitae* no fue concebida teniendo en cuenta la protección del patrimonio cultural de terceros países, estos autores sostienen que dicha norma contiene una laguna axiológica. Esta laguna se debería integrar aplicando la *lex originis* de los objetos en cuestión, de conformidad con el entorno natural de dichos objetos, que es el ordenamiento jurídico del país de su procedencia. Con ello se atendería, por una parte, al interés del Estado de origen, pues se evitaría su expolio cultural, y, por otra parte, se atendería al interés del Estado de destino de no convertirse en mercado de objetos ilícitos.

Este último razonamiento fue el que realizó la Corte de Nueva York, Segundo Circuito de Cortes de Apelaciones de Estados Unidos, al decidir en 2010 el caso *Bakalar v. Vrava*. La Corte hizo un análisis de intereses y estableció que Nueva York era la jurisdicción que tenía mayor interés en el litigio, basándose en la necesidad de impedir que Nueva York se convirtiera en un mercado de bienes robados y, en particular, de obras de arte robadas.[35]

Esta idea es compatible, además, con la idea de la existencia de un orden público internacional favorable a la protección de los objetos culturales (véase el capítulo noveno), que se encuentra en otras decisiones judiciales, como la del caso *Allgemeine Versicherungsgesellschaft v. EK*, en el que el Tribunal Federal alemán decidió que la exportación de objetos culturales realizada en contra de la prohibición de exportación del Estado de origen no podía ser protegida mediante la aplicación de normas del derecho privado.[36]

---

[33] Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2015), *Derecho internacional privado…, cit.*, pp. 1050-1054.

[34] Código Civil de España, art. 10, primer párrafo: "La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen".

[35] Sobre el caso *Bakalar v. Vrava*, véase Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, p. 514; Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, p. 591.

[36] Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem..., cit.*, p. 510; Prott, L. (2009), *The Nigerian Bronzes Case…, cit.*

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

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

III. Breve balance

En este capítulo hemos tenido oportunidad de observar planteamientos doctrinarios para la aplicación del ordenamiento jurídico de origen de los bienes culturales, que han sido desarrollados en dos sentidos. Por un lado, se han realizado planteamientos de *lege ferenda*, entre los que destacan la propuesta de la resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1991 y las ideas desarrolladas por diferentes autores, como Jayme, Reichelt y Symeonides. Y, por otro lado, se ha propuesto interpretar la norma existente que ordena la aplicación del ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación (*lex rei sitae*), de manera que sea posible considerar la legislación de los países de origen (*lex originis*), como lo han hecho Luis Alfonso Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. Lo fundamental de estas propuestas puede representarse gráficamente de la siguiente manera:

Propuestas para solucionar los conflictos de leyes relativos a bienes culturales

En cierta medida, algunos de los elementos incorporados en los planteamientos que hemos visto pueden ser identificados en normas jurídicas que se encuentran vigentes en algunas jurisdicciones. El siguiente capítulo se dedica a exponer estos desarrollos normativos.

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

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

Capítulo undécimo

NORMAS QUE CONTIENEN LA REGLA *LEX ORIGINIS* PARA BIENES CULTURALES

I. Nivel regional (Unión Europea)

La Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de mayo de 2014, regula la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, modificando y refundiendo normas anteriores sobre esa materia.[1] Esta Directiva, aunque es diferente del Convenio del Unidroit de 1995, estuvo inspirada por sus trabajos preparatorios.[2] La definición de bien cultural que incluye la Directiva 2014/60/UE es la siguiente (artículo 2):

> …un bien que esté clasificado o definido por un Estado miembro, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de dicho Estado miembro, como "patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional", con arreglo a la legislación o procedimientos administrativos nacionales en el sentido del artículo 36 del TFUE.[3]

[1] Reglamento (UE) 1024/2012, Directiva 93/7/CEE del Consejo y Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 96/100/CE y 2001/38/CE.

[2] Calvo Caravaca, A. L. (2004), *Private International Law…*, *cit.*, p. 90.

[3] Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 36: "Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros". Este artículo debe ser aplicado en concordancia con el art. 34: "Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente"; y el art. 35: "Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente".

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

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

Existen en este instrumento dos normas que han sido usadas para explicar el uso de *lex originis* versus el uso de *lex rei sitae* en relación con bienes culturales.[4] Estas normas se encuentran en el primer párrafo del artículo 10 y en el artículo 13 de la Directiva.[5] El artículo 13 dice: "La propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente". El primer párrafo del artículo 10, por su parte, establece lo siguiente: "Cuando se ordene la restitución, el tribunal competente del Estado miembro requerido concederá al poseedor una indemnización equitativa a tenor de las circunstancias de cada caso específico, siempre que el poseedor pruebe que ha actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisición".

El fin del legislador europeo ha sido ofrecer, mediante la norma contenida en el primer párrafo del artículo 10, una protección a los derechos reales que ha adquirido el poseedor que ha actuado de buena fe. La certeza en torno a que se trate de un poseedor de buena fe se garantiza mediante la exigencia de que el mismo haya "actuado con la diligencia debida al momento de la adquisición". La protección que esta norma ofrece a dicho poseedor se traduce en el pago de una indemnización equitativa.

Siguiendo a Volker Wiese, la interacción entre las dos normas que estamos comentando puede interpretarse en el sentido de que antes de que se realice la restitución se aplicará el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación, conforme a la cual se realizarán tanto el examen de la posibilidad de restitución como la determinación de la existencia de derechos a favor del poseedor de buena fe. Y, una vez que ocurre la restitución, se aplicará, de acuerdo con el artículo 13, la *lex originis* (ordenamiento jurídico del Estado requirente), de forma que si, conforme a ésta, la propiedad recae en el poseedor, no tiene lugar, lógicamente, la compensación del artículo 10. Pero si, al contrario, conforme a ese mismo ordenamiento jurídico, se determina que la propiedad recae en un sujeto distinto del poseedor, entonces éste habrá de ser compensado. De esta manera, aunque se recurre al uso de la *lex originis*, este uso tiene lugar, en realidad, únicamente después de que ha ocurrido la restitución.

---

[4] Wiese, V. (2010), *Der Bedeutungswandel der Situs-Regel…, cit.*

[5] Volker Wiese comenta en este sentido los (antiguos) arts. 9 y 12 de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, que coinciden, en general, con los arts. 10 y 13 de la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Mas la coincidencia no es absoluta entre el primer párrafo del antiguo art. 9 y el primer párrafo del actual art.10, por cuanto este último deja claro que la carga de la prueba sobre el hecho de que el poseedor ha actuado con la debida diligencia al momento de la adquisición recae sobre el mismo poseedor, lo que no era claro en la norma anterior. Véase Wiese, V. (2010), *Der Bedeutungswandel der Situs-Regel…, cit.*

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

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

Esta regulación que trae la normativa europea se distingue de las normas que, en cuanto al pago de indemnización equitativa al poseedor de buena fe trae el Convenio del Unidroit de 1995. Sin embargo, tanto las normas que al respecto incluye el Convenio de Unidroit —los artículos 4o. y 6o. que se refieren, respectivamente, a los casos de restitución de un bien robado y de devolución de un bien exportado ilícitamente—[6] como el primer párrafo del artículo 10 de la Directiva 2014/60/UE son normas materiales, que regulan directamente cómo debe producirse dicha compensación, sin

[6] Convenio de Unidroit de 1995, art. 4: "1) 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.

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

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.

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

5) 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 otra manera a título gratuito".

Convenio de Unidroit de 1995, art. 6: "1) 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 o hubiese debido razonablemente saber, en el momento de la adquisición, que el bien se había exportado ilícitamente.

2) 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.

3) En lugar de la indemnización, y de acuerdo con el Estado requirente, el poseedor que deba devolver el bien cultural al territorio de ese Estado, podrá optar por:

a) seguir siendo el propietario del bien; o

b) 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.

4) Los gastos derivados de la devolución del bien cultural de conformidad con el presente artículo correrán a cargo del Estado requirente, sin perjuicio de su derecho a hacerse reembolsar los gastos por cualquier otra persona.

5) 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".

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

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

indicar cuál es el ordenamiento jurídico que será aplicable al supuesto que contemplan. No se trata, pues, de normas de conflicto de leyes, como sí ocurre con la norma del artículo 13 de la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que acabamos de comentar.

Las normas que incluye la Directiva 2014/60/UE no se refieren a los bienes culturales provenientes de terceros Estados, como lo serían Estados latinoamericanos, puesto que sólo son aplicables a objetos originarios de algún Estado miembro de la Unión Europea.[7]

II. Nivel nacional

En las legislaciones sobre derecho internacional privado de Bélgica y algunos países del sudeste europeo —Bulgaria, Albania, Rumania, Montenegro, Hungría y Serbia—, se han incorporado normas de conflicto de leyes que establecen la aplicación de la *lex originis* en relación con situaciones jurídicas relativas a la restitución internacional de bienes culturales. Esto ha ocurrido principalmente desde mediados de la primera década del siglo XXI, comenzando con la legislación de Bélgica, que es de 2004, hasta la de Hungría, de 2017. El reconocimiento de la *lex originis* en estas legislaciones tiene ciertas particularidades, a las que nos referiremos en este apartado.

Antes, ha de acotarse que —a excepción de la Ley sobre la Resolución de Conflictos de Leyes con Regulaciones de otros Países, de Serbia,[8] en la que se contempla la regla *forum rei sitae* en materia de bienes culturales en el artículo 124, párrafo 6, al igual que ocurre en la legislación suiza (véase el capítulo cuarto)— la cuestión de una jurisdicción especial para dichas situa-

[7] Esta directiva no se aplica a Estados que no son miembros de la Unión Europea. Véase Arabische Republik Ägypten gegen Millenium Art Holding Ltd. Kammergericht. 10 U 286/05KG, del 16.10.2006, en NJW 10/2007, pp. 705-707.

Más información sobre la regulación europea en esta materia se puede consultar en Franke, T. (2012), *Die Nationalität von Kunstwerken…*, *cit.*, pp. 63 y ss.; Wiese, V. (2005), *Der Einfluss des EG-Recht auf das internationale Sachenrecht der Kulturgüter*, Tubinga, Mohr Siebeck, pp. 25-63; Siehr, K. (2003), "A Special Regime for Cultural Objects in Europe", *Uniform Law Review*, 8(1-2), 551-563; Siehr, K. (1998), *The Protection of Cultural Property…*, *cit.*

[8] Ley sobre la Resolución de Conflictos de Leyes con Regulaciones de otros Países (Serbia), art. 124, párrafo 6: "Un tribunal serbio tendrá jurisdicción en los procedimientos de restitución de bienes culturales muebles si se encuentra en Serbia al momento de iniciar el procedimiento" (traducción propia).

La Ley sobre la Resolución de Conflictos de Leyes con Regulaciones de otros Países, 2006 (*Official Gazette of SFRY*, no. 43/82 and 72/ 82 – Amend. *Official Gazette of SFRY*, no. 46/96 and *Official Gazette of RS*, no. 46/2006) se encuentra disponible traducida al inglés por Maja Stanivuković en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

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

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

ciones no es tratada por las normas a las que nos estamos refiriendo. En consecuencia, los tribunales de cada uno de los Estados pueden ser competentes en virtud de sus propias leyes procesales nacionales. Por ejemplo, estos tribunales podrían conocer de este tipo de casos si las leyes procesales nacionales contemplan la regla *forum rei sitae* para bienes en general y el bien cultural se encuentra en su territorio, o si, como ocurre por lo general, se encuentra allí el domicilio del demandado, caso en el cual también será importante que el bien tenga su ubicación en el mismo lugar, a los fines de que pueda asegurarse la ejecución de la sentencia.

Todas las normas desarrolladas en los países mencionados incorporan una flexibilización de la norma de conflicto de leyes en materia de bienes culturales, con el objetivo de contemplar la aplicación de la *lex originis*. Refiriéndose a ello, Symeonides ha dicho que estas normas son encomiables, puesto que "…en un mundo ideal, no debería haber ningún argumento en contra de que el país de origen tiene la conexión más cercana y el reclamo más legítimo de aplicar su propia ley para determinar la propiedad de los objetos que constituyen su patrimonio cultural".[9]

Como veremos, dichas normas contemplan la autonomía del demandante para elegir entre la *lex originis* y la *lex rei sitae* el ordenamiento jurídico que se aplicará finalmente. Este último aspecto es destacable especialmente en el caso del Código Civil de Rumania de 2011,[10] cuyo artículo 2615 incorpora esta forma de flexibilización, que abarca la posibilidad de elección entre los dos ordenamientos jurídicos aplicables, en materia de bienes

[9] Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…*, *cit.*, pp. 594 y 595 (traducción propia).

[10] Código Civil (Rumania), art. 2615: "Ley aplicable a la recuperación de bienes muebles:

(1) El propietario inicial puede elegir la ley aplicable para la recuperación de la posesión de un activo robado o exportado ilegalmente, ya sea entre la ley del Estado donde se encontraba el activo en el momento del robo o la exportación, o la ley del Estado donde se encuentra el activo en el momento de la recuperación de la posesión.

(2) Sin embargo, cuando la ley del Estado donde se encontraba el activo en el momento del robo o exportación no contiene disposiciones relativas a la protección de un tercero propietario de buena fe, dicho propietario puede invocar la protección ofrecida por el Estado donde se encuentra el activo al momento del reclamo.

(3) Las disposiciones de los párrafos (1) y (2) también son aplicables a los bienes del patrimonio cultural nacional de un Estado que son robados o exportados ilegalmente" (traducción propia).

El Código Civil de Rumania (Law 287/ 2009 published in the *Official Gazette* no. 511 of 24 July 2009 subsequently amended and supplemented by Law 71/ 2011, published in the *Official Gazette* no. 409 of 10 June 2011) se encuentra disponible traducido al inglés por Nicolae-Dragos Ploesteanu en: Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

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

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

muebles en general y no solamente para bienes culturales (estos últimos se encuentran en el párrafo 3 de dicho artículo).

El artículo 90 del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica de 2004,[11] que era único al momento de su adopción,[12] establece:

> Si un objeto, que un Estado considera que está incluido en su patrimonio cultural, ha abandonado el territorio de ese Estado de una manera que se considera ilegítima en el momento de la exportación por la ley de ese Estado, la restitución solicitada por el Estado se rige por la ley de ese Estado, según sea aplicable en ese momento, o en la elección de este último, por la ley del Estado en el territorio en el que se encuentra el objeto en el momento de la reivindicación.
>
> No obstante, si la ley del Estado que considera que el objeto es parte de su patrimonio cultural no otorga ninguna protección al poseedor de buena fe, este último puede invocar la protección que le atribuye la ley del Estado en cuyo territorio el objeto se encuentra en el momento de la reivindicación.[13]

La estructura de este artículo es similar a las correspondientes normas de las legislaciones de Serbia (Ley sobre la Resolución de Conflictos de Leyes con Regulaciones de otros Países, 2006, artículo 132),[14] Bulgaria (Código de Derecho Internacional Privado, 2009, artículo 70),[15] Albania (Ley de De-

[11] El Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica (*Code of Private International Law. Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé*, MB 27 July 2004, 57344, as amended on 16 July 2004, which entered into force on 1 October 2004) se encuentra disponible traducido al inglés por Caroline Clijmans en: Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

Para más información sobre esta legislación, véase Wiese, V. (2010), *Der Bedeutungswandel der Situs-Regel…, cit.*, p. 97; Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage…, cit.*, p. 305; Fiorini, A. (2005), "The Codification of Private International Law: The Belgian Experience", *The International and Comparative Law Quarterly*, 54(2), pp. 499-519.

[12] Wiese, V. (2010), *Der Bedeutungswandel der Situs-Regel…, cit.*, p. 97.

[13] Traducción propia.

[14] Ley sobre la Resolución de Conflictos de Leyes con Regulaciones de otros Países (Serbia), art. 132: "1. Si un artículo declarado parte del patrimonio cultural de un Estado ha salido del territorio de ese Estado de una manera que se considera ilegítima, la revindicación por ese Estado se regirá por su ley, a menos que el Estado elija ley del Estado donde se encuentra ese objeto en el momento de la presentación de la solicitud de restitución.

2. Si la ley del Estado que considera que un objeto en particular está incluido en su patrimonio cultural no otorga ninguna protección al poseedor que actúa de buena fe, este último puede invocar la protección que le atribuye la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra el objeto en el momento de la presentación de la solicitud de restitución".

[15] Código de Derecho Internacional Privado (Bulgaria), art. 70: "Cuando un objeto corporal perteneciente al patrimonio cultural de un Estado específico haya sido removido

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

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

recho Internacional Privado, 2011, artículo 40),[16] Rumania (Código Civil, 2011, artículo 2615), Montenegro (Ley de Derecho Internacional Privado, 2013, artículo 33)[17] y Hungría (Ley de Derecho Internacional Privado, 2017, artículo 46).[18] Hay que tomar en cuenta que estas normas no se refieren a

injustamente del territorio de dicho Estado, la solicitud de este Estado para la devolución de dicho objeto se regirá por la ley de dicho Estado, excepto cuando el mismo Estado haya optado por la aplicación de la ley del Estado en el que se encuentra el objeto al momento de hacer la solicitud de devolución del objeto".

El Código de Derecho Internacional Privado de Bulgaria (Private International Law Code. State Gazette No 42/ 17.05.2005, amended, SG No 59/ 20.07.07, effective. 1.03.2008, SG. No 47/ 23.06.2009, effective 1.10.2009, SG No 100/ 21.12.2010, effective 21.12.2010) se encuentra disponible traducido al inglés en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

[16] Ley de Derecho Internacional Privado (Albania), art. 40: "1. Si los elementos incluidos en el patrimonio cultural de un Estado se retiran ilegalmente de su territorio, la solicitud de devolución está regulada por la ley del Estado del que se retiró el objeto tal como estaba vigente en el momento del retiro. El Estado del que se retiró el objeto puede elegir la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra el objeto en el momento en que se presenta la solicitud de devolución.

2. Sin embargo, si la ley del Estado en cuyo patrimonio está incluido el objeto no proporciona protección al poseedor de buena fe, este último puede solicitar la protección otorgada por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra el objeto en el momento en que se presenta el reclamo de devolución" (traducción propia).

La Ley de Derecho Internacional Privado de Albania (Law no 10 428 of 2 June 2011 on Private International Law) se encuentra disponible traducida al inglés por Aida Gugu Bushati en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

[17] Ley de Derecho Internacional Privado (Montenegro), art. 33: "Si un bien, que ha sido declarado patrimonio cultural de un Estado, ha salido ilegalmente del territorio de ese Estado, la restitución por el Estado se regirá por la ley de ese Estado, excepto cuando el Estado elija la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra la bien en el momento de la solicitud de restitución.

Si la ley del Estado que ha declarado un bien como patrimonio cultural no otorga ninguna protección al poseedor de buena fe, este último puede invocar la protección que le atribuye la ley del Estado en cuyo territorio el bien se encuentra en el momento de la demanda de restitución" (traducción propia).

La Ley de Derecho Internacional Privado de Montenegro (*International Private Law Act*. CG br. 1/14, 6/14, 11/14, 14/14, 47/2015, adopted by the in December 2013, its application started on 9 July 2014) se encuentra disponible traducida al inglés por Vesna Bulatovic en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

[18] Ley de Derecho Internacional Privado (Hungría), art. 46: "(1) Si una cosa considerada por un Estado como perteneciente a sus propios bienes culturales abandona el territorio del Estado de manera ilegal en el momento de la exportación de acuerdo con su propia ley, con respecto a la reclamación de propiedad ejercida por el Estado, a elección del Estado que hace cumplir la reclamación, se aplicará ya sea la ley de este Estado o la ley del otro Estado

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

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

la creación o a la regulación de ningún derecho sobre el bien cultural, sino únicamente a la acción de restitución de un bien cultural y a la ley aplicable en el marco de ésta.[19]

De acuerdo con las correspondientes normas de los países mencionados, a excepción de Rumania, la restitución puede ser demandada únicamente por el Estado de origen del bien que es objeto de la reivindicación, es decir, el Estado de cuyo patrimonio cultural el objeto hace parte. Esto significa que individuos particulares, o sujetos colectivos distintos del Estado, aun cuando fueran nacionales de éste, no podrían actuar como demandantes. El artículo 2615 del Código Civil de 2011 de Rumania no contiene tal restricción, pues dicho artículo, que es aplicable a la recuperación de la posesión de todo tipo de bienes muebles que hayan sido robados o exportados ilegalmente, y cuyo párrafo 3 incluye expresamente los bienes del patrimonio cultural nacional de un Estado, establece que la solicitud para la recuperación de su posesión puede ser hecha por el "propietario inicial" (párrafo 1).

1. *Aplicación de la* lex originis *por mandato legal*

De conformidad con la primera parte del primer párrafo del artículo 90 del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica y el artículo 46 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Hungría, para establecer la pertenencia del objeto al patrimonio cultural del Estado demandante se considerará el ordenamiento jurídico de este Estado. Y, además, las normas de ese mismo ordenamiento jurídico serán las que se tomen en cuenta para determinar la ilegalidad de la exportación. Ello es claro en relación con las normas de la Ley húngara y del Código belga, pues en ellas se encuentra expresamente establecido. No obstante, las normas de los restantes países mencionados dejan abierta la cuestión sobre cuál es el ordenamiento jurí-

---

en cuyo territorio la cosa en cuestión se encuentra al momento de adjudicar la reclamación de propiedad.

(2) Si la ley del Estado que considera que la cosa exportada ilegalmente pertenece a sus propios bienes culturales no proporciona protección al poseedor de buena fe, esta persona puede reclamar protección de acuerdo con la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra la cosa en cuestión al momento de adjudicar el reclamo de propiedad" (traducción propia).

La Ley de Derecho Internacional Privado de Hungría (Act XXVIII of 2017 on Private International Law) se encuentra disponible en inglés en Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. y Asensio, P. M. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

[19] Wiese, V. (2010), *Der Bedeutungswandel der Situs-Regel…, cit.*, p. 98.

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

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

dico que debe aplicarse para establecer que el bien pertenece al patrimonio cultural del Estado demandante, y que dicho bien ha sido removido ilícitamente del territorio de ese Estado. En este orden de ideas, es posible suponer, en principio, que podría ser aplicable la *lex fori* o, incluso, un ordenamiento jurídico diferente.

En general, en las normas de Bélgica (Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, art. 90), Serbia (Ley sobre la Resolución de Conflictos de Leyes con Regulaciones de otros Países, artículo 132), Bulgaria (Código de Derecho Internacional Privado, artículo 70), Albania (Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 40) y Montenegro (Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 33), se establece, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico aplicable es el del Estado que realiza la solicitud de restitución (*lex originis*).

2. *Aplicación de la* lex originis *por elección del demandante*

En las legislaciones que acabamos de mencionar (Bélgica, Serbia, Bulgaria, Albania y Montenegro), a pesar de que en primer lugar se establece la aplicación de la *lex originis*, es también posible que el Estado elija que se aplique la *lex rei sitae*, es decir, el ordenamiento jurídico del Estado donde se encuentra el bien que esté vigente al momento en que se solicita la restitución. En las legislaciones de Rumania y Hungría se hace referencia únicamente a la posibilidad de elección por parte del Estado solicitante.

La consideración de la *lex originis* —que en Bélgica, Serbia, Bulgaria, Albania y Montenegro tendría lugar por mandato de la misma norma o por elección del requirente, y en Rumania y Hungría sólo por elección de este último— beneficiaría al Estado de origen en la medida en que éste posea, por ejemplo, el derecho de propiedad sobre el bien, de acuerdo con su ordenamiento jurídico, y ésta se haga valer, digamos, frente a una adquisición de buena fe cuya ocurrencia sea alegada con base en el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación actual. No obstante, también sería posible que le resultara más favorable que se aplique el ordenamiento jurídico de la ubicación del bien en cuestión (*lex rei sitae*). Por ello, es interesante que la misma norma contemple la posibilidad de que el Estado demandante escoja que se aplique este último ordenamiento jurídico. Al consagrar la posibilidad de que el Estado elija que se aplique la *lex rei sitae*, no se hace referencia a la aplicación de la *lex fori* necesariamente, pues la norma no está redactada de forma unilateral. En este sentido, sería posible la aplicación del ordenamiento jurídico de otro Estado si en él se encuentra el bien.

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

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

La legislación de Albania (Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 40), por su parte, establece que el ordenamiento jurídico del Estado demandante (*lex originis*) que se tomará en cuenta será el que se encontraba vigente en el momento de la exportación ilegal. En cuanto a la legislación de Rumania (Código Civil, 2615), la elección entre ambos ordenamientos jurídicos (*lex originis* o *lex rei sitae*) puede ser hecha por el demandante desde el inicio. En efecto, esta norma está formulada de manera que la elección del demandante —recuérdese que puede ser cualquier sujeto, como se anotó antes— se plantea entre 1) el ordenamiento jurídico de la ubicación del bien al momento de la exportación ilícita (*lex originis*), y 2) el ordenamiento jurídico de la ubicación del bien al momento de la restitución (*lex rei sitae*). Esto permite que también en el primer caso se pueda considerar como *lex originis* el ordenamiento de un Estado distinto de aquel del cual el bien proviene originariamente, pudiendo ser un Estado que ha sido usado como tránsito.

Las legislaciones de Bélgica, Serbia, Albania, Montenegro, Rumania y Hungría contienen referencia expresa a la protección del poseedor de buena fe. Allí se establece que, frente a la acción de restitución, el poseedor de buena fe puede solicitar que se le proteja de acuerdo con el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación actual del bien. Esto lo puede hacer únicamente si ha de aplicarse el ordenamiento jurídico del Estado que interpone la demanda (*lex originis*) y este ordenamiento no contempla protección para los poseedores de buena fe. Ello se refiere básicamente a la compensación que, como consecuencia de la restitución, deberá ser reconocida al poseedor que ha actuado de buena fe,[20] y no implica que deje de aplicarse por completo la *lex originis*. A diferencia de las legislaciones mencionadas, en el artículo 70 del Código de Derecho Internacional Privado de Bulgaria no se hace referencia a la protección del poseedor de buena fe.

III. Breve balance

Como ha sido anotado, las normas que incluye la Directiva 2014/60/UE no se refieren a los bienes culturales provenientes de terceros Estados, como lo serían Estados latinoamericanos, puesto que sólo son aplicables a objetos originarios de algún Estado miembro de la Unión Europea. Esto se refuerza con la definición de bien cultural que incluye el artículo 2 de dicha Directiva. Una restricción geográfica tal no existe en el caso de las legislaciones nacionales que han sido expuestas.

[20] Wiese, V. (2010), *Der Bedeutungswandel der Situs-Regel…, cit.*, p. 99.

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

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

CUARTA PARTE

NORMAS, CASOS Y PROPUESTA EN PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

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

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

Capítulo decimosegundo

EL DERECHO LATINOAMERICANO EN MATERIA DE BIENES CULTURALES

En términos generales, organizar sistemáticamente los desarrollos legislativos nacionales en materia de protección de los bienes culturales, en las diferentes regiones del mundo, no es una tarea fácil. Por una parte, hacerlo según un criterio cronológico es difícil, porque esta legislación ha emergido independientemente en diferentes áreas geográficas.[1] La historia de la legislación sobre estos temas abarca, además, su regulación mediante tratados internacionales entre diferentes países.[2]

Por otra parte, tales desarrollos han tenido lugar atendiendo a particularidades regionales,[3] como ocurre en relación con el contexto colonial, que impregna la historia de diversas partes del mundo, lo que ha sido el caso de América Latina. A ello se debe sumar que la atención prestada a determinados tipos de bienes puede variar. En América Latina, por ejemplo, la protección de los bienes culturales provenientes de tiempos prehispánicos puede tener una relevancia especial. En este sentido, las legislaciones nacionales de los países latinoamericanos se ocupan de diversos aspectos.

No obstante, la revisión que se presenta en este capítulo se centra sólo en tres temas generalmente tratados en ellas, que tienen relevancia directa con la posibilidad de repatriación o restitución internacional de bienes culturales. Es así como, en primer lugar, se tratan las normas que establecen la propiedad del Estado sobre determinados bienes culturales. Luego, se pasa a observar cómo se establece legalmente la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de esta clase de bienes. Y, posteriormente, se exponen las normas destinadas a controlar su exportación.

Al igual que ocurre con las normas que establecen la propiedad del Estado sobre esta clase de bienes, las normas sobre inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad y sobre la prohibición de exportación tienen

[1] O'Keefe, P. y Prott, L. (1984), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 1., Londres y Edimburgo, Butterworths, p. 34.

[2] *Idem*.

[3] *Ibidem*, p. 34.

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

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

efecto, en principio, sólo dentro del territorio del respectivo Estado.[4] Es por ello que en el contexto de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales no debe perderse de vista que es de suma relevancia saber si dichas normas pueden ser consideradas en el extranjero[5] y eventualmente aplicadas por lo tribunales de otro Estado, para decidir si los bienes en cuestión pueden regresar finalmente a sus propietarios originarios.

Como hemos visto, en los últimos años se ha ido desarrollando una tendencia favorable a ello, desde el punto de vista doctrinario (véase el capítulo décimo) y normativo (véase el capítulo undécimo), y más delante veremos que también jurisprudencial (véase el capítulo decimotercero). Pero hay dos aspectos que deben atenderse en general. Uno de ellos es si dichas normas hacen parte del derecho público o del derecho privado del país de origen, y el otro es si dichas normas han sido concebidas y redactadas de manera que se posibilite su aplicación en el extranjero. En la última parte de este capítulo nos ocuparemos de estos dos aspectos.

I. Propiedad del Estado

Los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados latinoamericanos han reaccionado de diversas maneras al momento de establecer los derechos sobre bienes culturales. Esto se conecta especialmente con los derechos que el Estado tiene en relación con los bienes culturales que sean originarios de su territorio o que se encuentren en él. En este sentido, no todos los Estados latinoamericanos, sino solamente algunos de ellos, poseen normas que se refieren al derecho de propiedad a favor del Estado sobre dichos bienes. Además, cuando ello ha tenido lugar ha sido también de formas disímiles. Tomando en cuenta lo que acabamos de anotar, haremos una relación de dichos Estados clasificándolos en cuatro grupos.

1) En primer lugar, se observa que solamente algunos Estados poseen normas que han sido redactadas ofreciendo una formulación clara, sin que haya lugar a ambigüedades en cuanto al derecho de propiedad del Estado sobre sus bienes culturales, lo cual se ajusta a lo recomendado por la doctrina,[6] y, como veremos más adelante, por

[4] Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…, cit.*; Siehr, K. (2003), *A Special Regime for Cultural Objects in Europe…, cit.*, p. 552.

[5] *Ibidem*, pp. 80 y 81.

[6] *Ibidem*, p. 78.

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

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

el Unidroit y la Unesco. Normas formuladas de tal manera se encuentran en México (artículo 27, Ley sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, 1972), Perú (artículo 5, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, 2004) y Venezuela (artículo 35, Ley de Patrimonio Cultural, 1993). Lo mismo se encuentra en la legislación de Costa Rica (artículo 3, Ley 6703 sobre Patrimonio Nacional Arqueológico, 1981), aunque esta última norma ha sido declarada parcialmente inaplicable por la Corte Suprema de Justicia (Resolución del 14 de abril de 1983, expediente 00047-82). La mayoría de las veces estas normas se refieren únicamente a ciertos bienes, es decir, los bienes arqueológicos, incluyendo, en el caso de México, los restos humanos, de flora y fauna, y, en el caso de Venezuela, los objetos paleontológicos. En el caso de Perú, sin embargo, la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación se refiere a la propiedad exclusiva del Estado sobre los bienes culturales integrantes del patrimonio cultural de la nación no descubiertos, sean éstos muebles o inmuebles. Una norma así formulada es compatible con las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco de 2011, en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos, es decir, "los objetos que, de conformidad con la legislación nacional, son de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, ya se encuentren en el subsuelo o en zonas subacuáticas" (disposición 2). Como se mostrará más adelante, el fin que se ha perseguido al elaborar las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco es que éstas sean tenidas en cuenta por los Estados cuando elaboren o refuercen su legislación nacional, y, de esta manera, ayudar a combatir la falta de precisión de la que pueden adolecer las legislaciones nacionales, lo que ha sido un obstáculo para la repatriación o restitución internacional de bienes culturales.[7]

2) Por otra parte, se encuentran Estados cuyas normas no se refieren expresamente al derecho de propiedad, sino al "dominio del Estado" sobre bienes paleontológicos y arqueológicos, en el caso de Argentina (artículos 9 y 30, Ley 25743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico, 2003),[8] o "dominio estatal" sobre

[7] Unidroit/Unesco, Informe Explicativo con las Disposiciones Modelo y Directrices Explicativas. Disponible en: *https://www.unidroit.org/cp-ml-other-languages/ml-spanish*.

[8] Sobre la legislación sobre patrimonio cultural en Argentina, se recomienda ver Endere, M. L. (2014), "Archaeological Heritage Legislation and Indigenous Rights in Latin America: Trends and Challenges", *International Journal of Cultural Property*, 21, pp. 319-330; Endere, M.

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

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

bienes arqueológicos, en el caso de Panamá, donde se aclara que las colecciones arqueológicas pueden encontrarse en manos de poseedores, depositarios o custodios (artículos 19 y 26, Ley sobre Patrimonio Histórico de la Nación, 1982).

3) Otro grupo está compuesto por Chile y Colombia. En la legislación chilena sobre patrimonio cultural se establece que los bienes arqueológicos, antropológicos y paleontológicos "pertenecen" al Estado (artículo 21, Ley 17288 de Monumentos Nacionales, 1970). Una formulación similar se encuentra en Colombia, donde la Constitución Política de 1991 (artículo 72) indica que el patrimonio arqueológico pertenece a la nación, lo cual se extiende a otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, categoría ésta que tiene un carácter más comprehensivo, pero a la vez también más impreciso.
4) Finalmente, puede distinguirse de las soluciones incluidas en los anteriores grupos la solución adoptada por Ecuador, donde se establece que son "patrimonio del Estado" los bienes arqueológicos, haciéndose referencia únicamente a aquellos que se encuentren en el suelo o en subsuelo y en el fondo marino (artículos 9, Ley 465 de Patrimonio Cultural, 2004, de Ecuador). Bajo esta normativa, se aclara, sin embargo, que el dominio puede ser ejercido por instituciones privadas.

Esto último que se encuentra en la legislación ecuatoriana no debe sorprender, pues, además de contemplar la propiedad del Estado mediante las diferentes formulaciones normativas que han sido indicadas, los ordenamientos jurídicos nacionales de los países latinoamericanos incorporan al mismo tiempo los derechos de propiedad privada sobre bienes culturales a favor de particulares. Ello queda bastante claro en las legislaciones de Colombia, El Salvador y Guatemala, en las cuales se indica expresamente que los bienes culturales pueden ser de propiedad pública o privada (artículo 7, Ley 1185 Ley 1185, 2008 [por la cual se modifica y adiciona la Ley General de Cultura, Ley 397, 1997], de Colombia; artículo 9, Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural, 1993, de El Salvador; artículo 5, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, 1997, de Guatemala). En la legislación salvadoreña se encuentra una definición de cada una de las dos clases de propiedad, indicando que son de propiedad pública los bienes que se encuentren en poder de dependencias gubernamentales o institucio-

L. y Colombato, L. C. (2017), "The New Unified Civil and Commercial Code and Cultural Heritage Protection in Argentina", *International Journal of Cultural Property*, 24, pp. 79-99.

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

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

nes oficiales, mientras que son de propiedad privada aquellos bienes que corresponden a personas naturales o jurídicas de derecho privado.

La posibilidad de la existencia de derechos de propiedad pública y privada se incorporó de manera más general en otros ordenamientos jurídicos. En los casos de Nicaragua y Uruguay, sus respectivas Constituciones contienen una fórmula prácticamente idéntica, que se refiere a la riqueza artística o histórica del país "sea quien fuera su dueño" (artículo 75, Constitución Política de Nicaragua, 1948; artículo 35, Constitución de la República Oriental de Uruguay, 1967). En términos similares, la legislación venezolana hace referencia los bienes de interés cultural de la república, que se encuentren en su territorio o que ingresen a él, "quienquiera que sea su propietario" (artículo 6, Ley de Patrimonio Cultural, 1993, de Venezuela). Claramente establece la ley chilena, por su parte, que es posible la propiedad particular de los monumentos nacionales (artículo 6.4, Ley 17288 de Monumentos Nacionales, 1970, de Chile).

En otros casos, el reconocimiento de la propiedad privada de particulares sobre bienes culturales viene de la mano de las limitaciones que la ley impone a su ejercicio. Es lo que ocurre en la legislación argentina (artículo 22, Ley 25743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico, 2003, de Argentina) cuando se establece que los particulares deberán permitir el acceso a las colecciones u objetos arqueológicos o restos paleontológicos que hayan sido registrados. En el mismo orden de ideas, la legislación paraguaya impone el deber de llevar un inventario de los bienes culturales a las personas, naturales o jurídicas que sean coleccionistas o propietarios (artículo 16, Ley 946 de Protección de Bienes Culturales, 1982, de Paraguay). Asimismo, la ley boliviana extiende la prohibición de exportación expresamente a la riqueza artística, histórica y arqueológica de propiedad particular (artículo 3, Decreto Supremo 05918 sobre Patrimonio Artístico, Histórico, Arqueológico y Monumental, 1961, de Bolivia). La legislación de México también hace referencia a los monumentos históricos y artísticos de propiedad particular en el contexto de la exportación. Esta referencia, no obstante, se hace para permitir su exportación temporal o definitiva, si ello es autorizado por la administración (artículo 16, Ley de Monumentos y Zonas Arqueológicos, 1972, de México).

La legislación peruana, por su parte, explícitamente contempla la propiedad privada sobre bienes culturales muebles e inmuebles que hacen parte del patrimonio cultural de la nación, y se permite la formación de colecciones privadas (artículos 4 y 40, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, 2004, de Perú).

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

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

El respeto de los derechos de propiedad privada que los particulares puedan tener sobre los bienes culturales se basa, en general, en el reconocimiento de los derechos adquiridos que hayan nacido antes de la adopción de la legislación que establece la propiedad del Estado sobre los bienes culturales, cuestión ésta que va de la mano del principio de irretroactividad de la ley. El reconocimiento de los derechos adquiridos es un principio general que ha sido incorporado, por ejemplo, como veremos más adelante, en las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco de 2011. En la legislación peruana se estableció, en esa misma dirección, que los bienes que hacen parte del patrimonio cultural de la nación que sean de propiedad privada conservan su condición particular (artículo 7.1, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, 2004). Sin embargo, este asunto no ha sido pacífico en ciertos casos, como se puso de manifiesto en relación con la legislación de Costa Rica, donde la Corte Suprema de Justicia[9] declaró por esa razón parcialmente inaplicables algunas disposiciones que se encargaban de regular el tema relativo a la propiedad sobre los bienes culturales.

Como se ha podido observar, en los países latinoamericanos pueden encontrarse legislaciones que establecen la propiedad del Estado sobre los bienes culturales antiguos, excavados o aún bajo el suelo. Esto también ocurre en otras regiones del mundo, como los países mediterráneos, entre los que cuentan Egipto, Grecia, Israel, Italia, España y Turquía. En estos países, el desarrollo de dichas legislaciones ha ido de la mano de la necesidad de imponer controles para evitar la excavación ilegal de objetos arqueológicos, lo cual, a su vez, ha estado vinculado con el desarrollo de la disciplina de la arqueología. El desarrollo de esta disciplina ha contribuido, por supuesto, a que las excavaciones sean realizadas de forma más sistemática, y que éstas puedan ser conocidas y divulgadas en mayor medida.[10]

---

[9] Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución del 14 de abril de 1983. Expediente 0047-82.

[10] O'Keefe, P. y Prott, L. (1984), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 1…, *cit.*, p. 31.

Sobre la situación en diferentes legislaciones sobre patrimonio cultural, se puede observar: O'Keefe, P. y Prott, L. (1984), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 1…, *cit.*, pp. 31 y ss.; Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…, cit.*

Sobre la situación específica en algunos países, se puede ver sobre Egipto, El Wahed, M. A. (2003), "The 1995 Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: A View from Egypt", *Uniform Law Review*, 1/2, 529-540; sobre Italia: Ivonne, V. (2009), "Die Umsetzung des Unesco Übereinkommens von 1970 in Italien", en Weller, M., Kemle, N. y Lynen, P. M. (eds.), *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz* (pp. 107-124), Baden-Baden, Nomos Verlag; sobre China, Ding, J. (2014), "China", en Nafziger, J. y Paterson, R. (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage* (pp. 107-125), Cheltenham, Edward Elgar; Lau, T. (2011), "The Grading of Cultural Relics in Chinese Law", *International Cultural Propert Law*, 18(1), 1-35;

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

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

II. Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad

Como se ha indicado, en las legislaciones latinoamericanas se encuentran adicionalmente normas a través de las cuales los bienes culturales son declarados inalienables, inembargables e imprescriptibles. El objetivo de esta declaratoria legal es que dichos bienes sean excluidos del tráfico comercial, es decir, que pasen a ser considerados *res extra commercium*.[11] En algunos casos, esto se encuentra en disposiciones de la Constitución del respectivo país (2.1) y, en otros casos, se ocupa de ello la legislación especial en materia de protección del patrimonio cultural (2.2).

1) En el caso de Colombia, dicha norma se estableció en relación con los objetos arqueológicos y otros bienes culturales dentro de la Constitución Política de 1991, que en su artículo 63 establece: "…el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables", y en su artículo 72 se refiere expresamente a dicha condición en relación con el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional. No obstante, en la legislación especial sobre la materia, la inembargabilidad, la imprescriptibilidad y la inalienabi-

---

sobre México, Becerril, E. (2014), "México", en Nafziger, J. y Paterson, R. (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage* (pp. 271-285), Cheltenham, Edward Elgar; Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*, México, UNAM; sobre Australia: Forrest, C. (2014), "Australia", Nafziger, J. y Paterson, R. (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage* (pp. 44-73), Cheltenham, Edward Elgar; sobre Estados Unidos, Kaye, L. M. (2013), "The Fight Against the Illicit Traffic of Cultural Property: Best Practices in the United States of America", en Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos* (pp. 175-210), México, UNAM; sobre Canadá: Paterson, R. (2014), "Canada", en Nafziger, J. y Paterson, R (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Tade* (pp. 74-106), Cheltenham, Edward Elgar; sobre Japón, Kozai, S. y Kono, T. (2014), "Japan", en Nafziger, J. y Paterson, R (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Tade* (pp. 257-270), Cheltenham, Edward Elgar; sobre Suiza, Renold, M. A. y Schönenberger, B. (2014), "Switzerland", en Nafziger, J. y Paterson, R (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Tade* (pp. 408-423), Cheltenham, Edward Elgar; sobre Grecia, Nikolentzos, K., Voutsa, K. y Koutsothanasis, C. (2017), "What Does It Take to Protect Cultural Property? Some Aspects on the Fight against illegal Trade of Cultural Goods from the Greek Point of View", *International Journal of Cultural Property*, 24, 351-376; sobre Moldavia, Musteata, S. (2012), "A New Law—A New Perspective for Archaeological Heritage Preservation in the Republic of Moldova", *International Journal of Cultural Property*, 19, 535-541; sobre Hungría, Bánffy, E., Gyucha, A. y Csiky, G. (2011), "Fundamental Modifications to Archaeological Heritage Protection Regulations in Hungary: A Brief Report", *International Journal of Cultural Property*, 18, 425-428.

[11] Siehr, K. (2003), *A Special Regime for Cultural Objects in Europe…, cit.*, p. 552.

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

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

lidad se vinculan con los bienes de interés cultural que conforman el patrimonio cultural "que sean propiedad de entidades públicas", si bien se admite la posibilidad de que dichos bienes sean enajenados entre entidades públicas dentro del ámbito nacional (artículo 10, Ley 397, 1997, de Colombia). En relación con los bienes de interés cultural que son de propiedad privada, es posible la transferencia de dominio bajo cualquier título, siempre que la administración sea informada y se haya agotado previamente el derecho de preferencia que existe a favor del Estado (artículo 7.4, Ley 1185, 2008).

Además de encontrarse en el texto constitucional de Colombia, también en Bolivia, Ecuador, Guatemala y Venezuela se hallan reconocidas constitucionalmente la inembargabilidad, la imprescriptibilidad y la inalienabilidad de bienes culturales. La Constitución boliviana de 2009 (artículo 100) atribuye el carácter de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad al patrimonio cultural en general, del cual hacen parte los bienes arqueológicos, paleontológicos, históricos, documentales, de culto y del folclore, por disposición de la ley. En el caso ecuatoriano, son inembargables, imprescriptibles e inalienables los bienes culturales patrimoniales del Estado (artículo 64, Constitución, 2008, de Ecuador). En Guatemala, la Constitución de 1985 contiene la prohibición de enajenación de los bienes paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos, mientras que la imprescriptibilidad se encuentra expresamente en la Ley sobre Patrimonio Cultural (artículo 5, Decreto 26, de 1997) en relación con los bienes culturales que son de propiedad o posesión pública. Según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, son inalienables, imprescriptibles e inembargables todos los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la nación (artículo 99, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999), disposición ésta que se replica en la legislación especial, en la que sin embargo se deja de lado el carácter inembargable de esos bienes (artículo 4, Ley sobre Patrimonio Cultural, 1993).

2) Los ordenamientos jurídicos de Argentina, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú se refieren tanto a la inalienabilidad como a la imprescriptibilidad y a la inembargabilidad de los bienes culturales no en sus Constituciones, sino solamente en sus legislaciones especiales sobre protección del patrimonio cultural. En Argentina, las colecciones u objetos arqueológicos y restos paleontológicos, cuando se encuentran registrados, sólo pueden

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

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

ser transferidos a título gratuito, por herencia o donación (artículo 18, Ley 25743, 2003). En el ordenamiento jurídico costarricense se hace referencia expresa a los objetos arqueológicos para prohibir su comercio por parte de particulares e instituciones privadas o estatales (artículo 8, Ley 6703 sobre Patrimonio Nacional Arqueológico, 1981). La legislación especial salvadoreña aplica la inalienabilidad y la imprescriptibilidad a los bienes culturales, muebles e inmuebles, que sean de propiedad pública (artículo 4, Ley Especial al Patrimonio Cultural, Decreto 513, 1993). Sin embargo, se establece, asimismo, que es posible la transferencia de propiedad, previa comunicación a la administración (artículos 12 y 35, Ley Especial al Patrimonio Cultural, Ley 6703, 1981).

En el caso de Honduras, la legislación especial sobre protección del patrimonio cultural establece que para su adecuada defensa, los bienes nacionales culturales de uso público —es decir, la totalidad del patrimonio precolombino, el patrimonio cultural sumergido y los fondos documentales y bibliográficos de uso público— son declarados de dominio o propiedad permanente, inalienable imprescriptible y no comerciable. Tratándose de bienes propiedad de particulares que formen parte del patrimonio personal y familiar, y hayan sido obtenidos legalmente, podrán transferirse a título oneroso o gratuito al Instituto Hondureño de Antropología e Historia, caso en el cual el Estado debe indemnizar al propietario (artículos 3.1, 4 y 6, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 220-1997).

A las anteriores normas se suma la legislación de México, que establece que los monumentos arqueológicos, muebles o inmuebles, producto de culturas anteriores al establecimiento de la cultura hispánica, así como restos humanos, de flora y fauna, son inalienables e imprescriptibles (artículo 27, Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, 1972). En Panamá no encontramos disposición al respecto en la Ley por la cual se dictan medidas sobre custodia, conservación y administración del patrimonio histórico de la nación, que data de 1982; sin embargo, en la Ley 67 de 1941 se prohíben la explotación y el comercio de monumentos y objetos arqueológicos; pero dicha prohibición aplica sólo cuando tales actos sean realizados por personas inexpertas (artículo 1, Ley 67, 1941). La legislación paraguaya permite la transferencia de bienes culturales sólo entre personas con residencia permanente en el país y, además, la enajenación

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

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

debe producirse después de haber sido ofrecidos a la administración (artículos 22 y 23, Ley 946, 1982). Se contempla en la legislación paraguaya una exclusión total del comercio únicamente en relación con los bienes culturales extranjeros que hayan sido introducidos ilegalmente al país, los cuales deben ser devueltos si el gobierno interesado los solicita (artículo 31, Ley 946, 1982). Bajo la ley especial peruana, los derechos sobre los bienes declarados patrimonio cultural de la nación, en general, son imprescriptibles (artículo VI, título preliminar, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, 2004), mientras que los bienes arqueológicos descubiertos o conocidos, que no sean propiedad privada, se declaran intangibles —concepto que parece hacer referencia a su conservación física— e imprescriptibles (artículo 5, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, 2004). Nótese que esta legislación no incluye el concepto de inembargabilidad ni el de inalienabilidad, de manera que los bienes integrantes del patrimonio cultural peruano, al igual que ocurre con las colecciones privadas, pueden ser transferidos libremente bajo cualquier título, con sujeción a una limitación territorial, pues sólo pueden ser transferidos dentro del territorio nacional (artículos 9.1 y 42, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, 2004).

El tipo de normas que han sido expuestas puede encontrarse también en legislaciones europeas. En Italia y Suiza, por ejemplo, se hace a través de una disposición del Código Civil. El artículo 823 del Código Civil italiano indica que "Los bienes que son parte del dominio público son inalienables y no pueden ser objeto de derechos a favor de terceros, excepto en las formas y dentro de los límites establecidos por las leyes que los conciernen…".[12] Entre los bienes del dominio público se cuentan las colecciones de museos, galerías de pinturas, archivos, bibliotecas y objetos excavados en territorio italiano.[13] En Suiza, la Ley de Transferencia de Bienes Culturales de 2003 (artículo 32) introdujo una reforma al Código Civil[14] (artículo 724, párrafo 1bis), según la cual los objetos naturales o las antigüedades de valor científico —que son propiedad del cantón en cuyo territorio se han encontrado, según el párrafo 1 del mismo artículo— no pueden venderse sin el permiso de las autoridades cantonales competentes ni pueden ser adquiridos por posesión adversa ni por efecto de la buena fe, siendo, además, imprescriptible

[12] Traducción propia.
[13] Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…*, *cit.*, p. 80.
[14] *Idem*.

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

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

la acción de devolución sobre ellos.[15] Como puede observarse, normas de este tipo pueden limitar los derechos que puedan llegar a tener los particulares sobre bienes pertenecientes al patrimonio cultural.[16]

III. Prohibición de exportación

La mayoría de los países han prohibido legalmente la exportación de sus bienes culturales. Las normas que contienen esta prohibición son normas de carácter administrativo. Al tener carácter de derecho público y representar, en este sentido, un ejercicio de autoridad soberana, no pueden, como regla general, tener efecto fuera de las fronteras del país que las dicta.[17] De allí que, aunque resulta claro que los efectos de este tipo de normas recaen sobre los bienes culturales que se encuentran dentro del territorio del Estado, con el cual tienen un vínculo territorial, no es evidente que los efectos de tales normas se extiendan más allá de sus fronteras.[18] En el caso *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*, decidido en 1983, por ejemplo, el Estado neozelandés presentó la demanda en Inglaterra para obtener la devolución de unas esculturas maori que habían sido exportadas ilícitamente. Pero la demanda no fue exitosa debido a que estaba basada en la violación de normas que prohibían la exportación, que son normas de derecho público.[19]

---

[15] Véase también las legislaciones de Francia y España. Véase Siehr, K. (2003), *A Special Regime for Cultural Objects in Europe…*, *cit.*, p. 552.

[16] Sobre la situación en diferentes legislaciones sobre patrimonio cultural, se puede ver O'Keefe, P. y Prott, L. (1984), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 1…, *cit.*, pp. 31 y ss.; Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…*, *cit.*

Sobre la situación específica en ciertos países, se puede ver sobre Egipto, El Wahed, M. A. (2003), *The 1995 Unidroit Convention…*, *cit.*; sobre Italia, Ivonne, V. (2009), *Die Umsetzung des Unesco Übereinkommens…*, *cit.*; sobre China, Ding, J. (2014), *China…*, *cit.*; Lau, T. (2011), *The Grading of Cultural…*, *cit.*; sobre México, Becerril, E. (2014), *México…*, *cit.*; sobre Australia, Forrest, C. (2014), *Australia…*, *cit.*; sobre Estados Unidos, Kaye, L. M. (2013), *The Fight Against the Illicit Traffic…*, *cit.*; sobre Canadá, Paterson, R. (2014), *Canada…*, *cit.*; sobre Japón, Kozai, S. y Kono, T. (2014), *Japan…*, *cit.*; sobre Suiza, Renold, M. A. y Schönenberger, B. (2014), *Switzerland…*, *cit.*; sobre Grecia, Nikolentzos, K., Voutsa, K. y Koutsothanasis, C. (2017), *What Does It Take…*, *cit.*; sobre Moldavia, Musteata, S. (2012), *A New Law—A New Perspective…*, *cit.*; sobre Hungría, Bánffy, E., Gyucha, A. y Csiky, G. (2011), *Fundamental Modifications…*, *cit.*

[17] Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Ltd. Véase Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…*, *cit.*, p. 719.

[18] Jayme, E. (1991), *Kunstwerk und Nation. Zuordnungsprobleme…*, *cit.*, p. 9 y 10.

[19] Siehr, K. (1994), *Öffentliches Recht und internationales Privatrecht…*, *cit.*, p. 89; Siehr, K. (2006), *The Beautiful One Has Come…*, *cit.*, p. 121.

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

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

La aplicabilidad extraterritorial de normas relativas a la prohibición de exportación de bienes culturales sería posible por dos vías. La primera vía consiste en que el ordenamiento jurídico del país del foro (*lex fori*) prohíba la importación de bienes culturales que hayan sido exportados ilegalmente, de acuerdo con las normas de un ordenamiento jurídico extranjero.[20] Esta vía puede ser enmarcada en el artículo 7, letra a, de la Convención de la Unesco de 1970, que remite a la legislación nacional.[21] La segunda vía tendría lugar si ello se encontrara establecido directamente en un tratado internacional.[22]

Las legislaciones latinoamericanas contemplan la prohibición de exportación de bienes culturales de diferentes maneras. Esta prohibición no suele ser establecida de forma absoluta, ya que es posible que dichos bienes sean trasladados fuera del territorio del Estado de origen en ciertos casos, siempre que se cumpla con requisitos que se encuentran establecidos legalmente. En la mayor parte de estas legislaciones son sometidos a la prohibición de exportación los bienes culturales de forma general, aunque varían los términos usados para referirse a ellos. En algunos casos, que no son abundantes, la prohibición de exportación se refiere únicamente a ciertas clases de bienes culturales.

1) La formulación más abierta, que es la que se refiere a la categoría amplia de "bienes culturales", ha sido usada, por ejemplo, por la legislación de Guatemala. El Decreto 26 de 1997 (artículo 11) se refiere a la prohibición de exportación definitiva de los bienes culturales. No obstante, según la legislación guatemalteca, es posible que la exportación sea autorizada por hasta tres años, con fines de exposición, investigación, conservación o restauración. En El Salva-

[20] Siehr, K. (2003), *A Special Regime for Cultural Objects in Europe…, cit.*, p. 554.

[21] Convención de la Unesco de 1970, art. 7: "Los Estados Parte 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…". Este artículo se debe leer en concordancia con el art. 3 de la misma Convención: "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 Parte en virtud de la presente Convención".

[22] Fincham, D. (2008), *How Adopting the Lex Originis Rule…, cit.*, p. 118.

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

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

dor, se prohíbe la exportación de bienes culturales muebles, aunque la salida temporal es posible cuando el interesado pueda acreditar la propiedad o posesión de éstos y, además, disponga de autorización de la Asamblea Legislativa (artículos 9 y 22, Ley Especial al Patrimonio Cultural, Decreto 513, 1993). En la legislación colombiana se ha optado por prohibir la exportación de los "bienes muebles de interés cultural", y sólo es posible su salida temporal cuando la exportación se realice con fines de investigación o para que los respectivos bienes sean exhibidos. En ambos casos se requiere autorización previa de la administración y, en cualquier caso, la permanencia de los bienes en el exterior no puede ser superior a tres años (artículo 11, Ley 397, 1997). A las legislaciones anteriores se ha de sumar la Ley de Honduras, de acuerdo con la cual se prohíbe la exportación de "toda clase de bien cultural", a excepción de los bienes de cultura popular o de autores vivos, permitiendo, sin embargo, el intercambio bajo las disposiciones contempladas en la Ley, y con autorización de los órganos administrativos competentes, según el ordenamiento jurídico nacional (artículos 39 y 42, Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, Decreto 220-1197).

También abierta, aunque en menor grado, es la formulación de la prohibición de exportación que se refiere a los bienes integrantes del "patrimonio cultural". De acuerdo con la legislación ecuatoriana, los objetos pertenecientes al patrimonio cultural del Estado no pueden salir del país, excepto para exposiciones o fines de divulgación, y siempre en forma temporal (artículo 23, Ley 465, 19/11/2004). Similar es lo establecido en la legislación de Perú, conforme a la cual, sin establecer una prohibición directamente, se pierde automáticamente a favor del Estado la propiedad de los bienes muebles del patrimonio cultural de la nación, en caso de que se realizara o se intentara realizar su exportación ilícita, aunque se permite que dichos bienes sean exhibidos en el exterior (artículos 10 y 36, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, 2004).

Con una redacción diferente, la legislación venezolana sobre protección del patrimonio cultural se refiere a la prohibición de salida del país de los bienes muebles "catalogados", lo cual se extiende a los bienes culturales muebles que hayan permanecido en el país por más de diez años. Simultáneamente, esta Ley exige como requisito previo que dichos bienes hayan sido ofrecidos en venta al Estado (artículo 30, Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, 1993).

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

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

2) La prohibición de exportación se dirige a bienes específicos en las normativas especiales de Bolivia, Costa Rica, México y Panamá. En la legislación boliviana son los materiales y recursos etnológicos, etnográficos, folclóricos, artesanías y textiles de arte popular producidos antes de 1950 los que quedan cobijados por la prohibición de exportación que incluye el Decreto Supremo 21951 de 1988 (artículo 1). Anteriormente, ya había sido establecido (artículo 4, Decreto Supremo, 15 abril 1930) que los monumentos culturales, es decir, todo monumento, museo, obra o pieza de valor artístico, histórico y arqueológico existente en el territorio nacional (artículos 3 y 19, Decreto Supremo 05918, 1961) estaban sujetos a una prohibición de exportación. En los casos de Costa Rica, Panamá y México, tal prohibición se refiere a bienes arqueológicos. De acuerdo con la legislación costarricense, solamente el Museo Nacional puede exportar los bienes arqueológicos, y ello por intercambio o investigación y previa autorización de la administración (artículo 8, Ley de Patrimonio Nacional Arqueológico, Ley 6703, 1981). En el marco de la ley especial panameña, por su parte, no sólo las piezas arqueológicas, sino también las colecciones de esta clase de bienes deben permanecer en el país y pueden salir temporalmente por razones culturales o científicas. Es de resaltar que la misma norma establece que en caso de que la exportación temporal sea autorizada, la administración debe tomar medidas que garanticen el retorno de dichas piezas al país (artículo 27, Ley sobre el Patrimonio Histórico de la Nación, Ley 14, 1982). La misma disposición se encuentra en la legislación de Paraguay (artículo 26, Ley 946, 1982), en cuyo ordenamiento jurídico se prohíbe la enajenación con fines de exportación de objetos, documentos y espacios de valor histórico, arqueológico, paleontológico, artístico o científico, así como sus respectivos entornos físicos, que sólo podrán salir temporalmente para ser exhibidos (artículo 81, Constitución, 1997; artículo 3, Ley 18, 1943).

En el caso de México, la legislación prohíbe la exportación tanto de monumentos arqueológicos como de monumentos artísticos e históricos. Tratándose de bienes arqueológicos, la Ley deja a salvo canjes o donativos a gobiernos o institutos científicos extranjeros por acuerdo del presidente (artículo 16, Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, 1972). En cuanto a los bienes artísticos de propiedad particular que de oficio hayan sido declarados monumentos, el reglamento de la Ley especial prohíbe su exportación definiti-

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

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

va (artículo 32, Reglamento, Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, 1972). De acuerdo con el mismo Reglamento, los monumentos históricos cuya exportación definitiva queda prohibida son los determinados como tales por la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos (artículo 36), los que no sean sustituibles, y aquellos cuya integridad pueda ser afectada por su transportación (artículo 33, Reglamento, Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, 1972).

En el ordenamiento jurídico chileno, la prohibición de exportación de bienes culturales se encuentra en la llamada "Ley de Pascua", es decir, la Ley que crea el Departamento de la Isla de Pascua (Ley 16441, 1966). Según el artículo 43 de esta Ley:

> Sólo el Presidente de la República, por decreto fundado, podrá autorizar la extracción, fuera del territorio nacional, de partes de edificios o ruinas históricas o artísticas o de enterratorios o cementerios de aborígenes, de objetos o piezas antropo-arqueológicas o de formación natural que existen bajo o sobre la superficie y cuya conservación interese a la ciencia, a la historia o al arte, y de bienes, monumentos, objetos, piezas, cuadros, libros o documentos privados o públicos que, por su carácter histórico o artístico, deban conservarse en museos o archivos o permanecer en algún sitio público a título conmemorativo o expositivo.

En relación con la regulación de la exportación de bienes culturales en los países latinoamericanos, conviene tener en cuenta que además de las normas incluidas en las legislaciones nacionales, existen diversos acuerdos bilaterales celebrados entre estos países. Acuerdos bilaterales que prohíben la importación de objetos arqueológicos, históricos y artísticos han sido celebrados entre México y Guatemala,[23] México y El Salvador,[24] México y Belice,[25] México y Perú[26] y Ecuador y Colombia[27] (véase el cuadro-resumen

[23] Convenios de Protección y Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos entre la República de Guatemala y los Estados Unidos Mexicanos, 1975 y 1995.

[24] Convenio de Protección y Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos entre los Estados Unidos Mexicanos y El Salvador, 1992.

[25] Convenio de Protección y Restitución de Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos entre los Estados Unidos Mexicanos y Belice, 1996.

[26] Convenio de Protección, Conservación, Recuperación y Devolución de Bienes Arqueológicos, Artísticos, Históricos y Culturales Robados, Exportados o Transferidos ilícitamente entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Perú, 2003.

[27] Convenio entre las Repúblicas de Colombia y del Ecuador para la recuperación y devolución de bienes culturales robados, 1996.

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

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

que se incluye más abajo).[28] Estos acuerdos no se limitan a restringir las importaciones de objetos ilícitamente exportados, sino que además obligan a cada país a perseguir, previo requerimiento del país interesado, a quienes participen de la exportación ilegal de los objetos protegidos dentro de su territorio.[29]

En los acuerdos bilaterales celebrados entre países latinoamericanos, los bienes culturales protegidos se encuentran definidos de forma general. En estos acuerdos, a diferencia de lo que ocurre en los acuerdos bilaterales celebrados en el marco de algunas legislaciones nacionales, como la Ley estadounidense de 1983, que implementa la Convención de la Unesco de 1970 (*Cultural Property Implementation Act*) (véase el capítulo segundo), los objetos protegidos no son definidos de acuerdo con alguna tipología en la que se indique el material, la fecha o el lugar de elaboración. Por lo general, se limitan a incluir las categorías que contiene la Convención de la Unesco,[30] si

[28] Aun cuando una cantidad importante de estos países forman parte de la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas de 1976 adoptada por la Organización de Estados Americanos (Convención de San Salvador), en los acuerdos no se hace mención a esta. El hecho de que esta convención no es generalmente tomada en consideración por los Estados que hacen parte de ella hace que sea considerada como ampliamente inefectiva. Véase Walter, B. (1988), *Rückführung von Kulturgut im Internationalen Recht*, Bremen, Übersee-Museum Bremen, p. 56.

[29] Convenios entre México y Guatemala, México y El Salvador y México y Belice (art. IV). Además, está previsto, por ejemplo, en el acuerdo entre México y Perú que cada Estado parte debe enviar información sobre los robos de bienes arqueológicos, históricos y artísticos tanto al otro Estado contratante como a sus respectivas autoridades aduaneras (Convenio entre México y Perú, 2003, art. 4).

[30] Convención de la UNESCO de 1970, art. 1: "Para los efectos de la presente Convención 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 y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;

b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;

c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;

d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;

e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;

f) el material etnológico;

g) los bienes de interés artístico tales como:

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

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

bien algunos acuerdos enfatizan ciertas particularidades latinoamericanas. Esto puede observarse cuando se hace referencia a los objetos precolombinos, con los que suele comenzar el enunciado de los objetos protegidos en cada acuerdo celebrado entre países latinoamericanos.[31] Esta referencia es común, debido a que la riqueza del patrimonio cultural de América Latina tiene su origen justamente en la diversidad cultural representada por los distintos y numerosos pueblos que habitan el continente desde antes de la conquista europea.

Una debilidad importante de estos convenios es, sin embargo, la ausencia de mecanismos específicos para su aplicación, así como para la solución de conflictos surgidos en la interpretación o desarrollo de sus normas. Estas situaciones son relegadas a la vía diplomática. La ausencia de mecanismos para la solución de conflictos es una característica de la que, no obstante, adolecen no solamente los acuerdos bilaterales como los que hemos mencionado, sino también tratados multilaterales como los adoptados en el marco de la Unesco. Por otra parte, en general, los acuerdos bilaterales celebrados entre países latinoamericanos tienen un ámbito de aplicación material menos preciso que los acuerdos también de tipo bilateral celebrados en el marco de la Ley estadounidense mencionada más arriba o la Ley suiza también menciona anteriormente (véase el capítulo segundo). Esta imprecisión deja abierta la posibilidad de que un mayor número de objetos tengan cabida, pero también puede ser causa de problemas o de ralentización en su implementación, pues exige una aclaración previa a la protección de los objetos. Desde el punto de vista de las acciones ilícitas

---

i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano);

ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material;

iii) grabados, estampas y litografías originales;

iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia;

h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;

i) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;

j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;

k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos".

[31] Esta categoría de bienes culturales se menciona en primer lugar en los listados enunciativos de los convenios que prohíben la importación de bienes culturales exportados ilegalmente de sus países de origen, que han sido suscritos por Perú con El Salvador (2000), con Argentina (2001), con Uruguay (2002), con Panamá (2002), con México (2003) y con Honduras (2007), así como también aquellos entre Ecuador y Colombia (1996), Bolivia y Colombia (2001), Perú y Paraguay (2003), Bolivia y Paraguay (2004), Ecuador y Costa Rica (2005) y Bolivia y Uruguay (2007).

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

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

frente a las cuales los objetos son protegidos, los acuerdos bilaterales entre países latinoamericanos ofrecen igualmente cierta amplitud al abarcar la cooperación en materia judicial y administrativa para el seguimiento de los responsables en casos de sustracción y transmisión ilícitas. Estos últimos convenios están, por otra parte, dirigidos a impedir el ingreso de los objetos ilícitamente exportados en ambas direcciones, es decir, cualquiera de los dos Estados puede ser país receptor o país de procedencia, a diferencia de los adoptados sobre la base de legislaciones nacionales que implementan la Convención de la Unesco de 1970, como los Estado Unidos y Suiza, que sólo regulan el movimiento ilegal de los objetos indicados en las listas de designación hacia el país que ha dictado la respectiva Ley.

Cuadro-resumen: Acuerdos bilaterales entre países latinoamericanos

	México	*Perú*	*Bolivia*	*Ecuador*
Guatemala	1975 y 1995	2003		
El Salvador	1992	2000		
Belice	1996			
Perú	2003		2001	
Colombia	1996		2002	1996
Costa Rica				2005
Uruguay		2002	2007	
Argentina		2001		
Panamá		2002		
Paraguay		2003	2004	
Honduras		2007		

En la Unión Europea, por su parte, es de tener en cuenta, por un lado, la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, lo cual es la base del mercado interior, es decir, el espacio sin fronteras interiores para la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales.[32] Por otro lado, hay que considerar el hecho de que los bienes culturales se encuentran

[32] Fuentes Camacho, V. (1993), *El tráfico ilícito internacional…, cit.*, pp. 281.

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

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

excluidos de dicha regla (artículo 36, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea). En este sentido, a los Estados miembros de la Unión Europea les es permitido imponer prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito por razones de protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. El alcance de esa protección es determinado por la legislación nacional de cada uno de los Estados miembros, y las autoridades nacionales tienen que decidir en cada caso concreto.[33] La situación es similar en relación con situaciones que implican a Estados no comunitarios, principalmente en virtud del artículo XX, letra f, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), conforme al cual:

> A reserva de que no se apliquen… en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: … impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico.

En este orden de ideas, establecer una prohibición legal de exportación es posible para los Estados europeos. De hecho, casi todos los países europeos han prohibido, en diferente medida, la exportación no autorizada de bienes culturales.[34] En este sentido, la Directiva 93/7/CEE del Consejo, del 15 de marzo de 1993, sustituida luego por la Directiva 2014/60, del 15 de mayo de 2014 (véase el capítulo undécimo), tomando en cuenta la creación del mercado interior a partir del 1 de enero de 1993, y el artículo 36 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, regula la restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea[35] (artículo 2), debiendo entenderse (artículo 1, párrafo 2) que han salido ilegalmente cuando la salida haya tenido lugar en contravención de la legislación nacional o del Reglamento (CEE) 3911/92 del Consejo, del 9 de diciembre de 1992, cuyo artículo 2, párrafo 1, exige precisamente la autorización de exportación para que esta pueda considerarse legal. De acuerdo con el artículo 2, párrafo 2, la autorización deberá ser

[33] *Ibidem*, p. 278.

[34] Siehr, K. (2003), *A Special Regime for Cultural Objects in Europe…*, *cit.*, p. 554.

[35] Como se ha indicado antes (véase capítulo undécimo), esta directiva no se aplica a Estados que no son miembros de la Unión Europea. Véase Arabische Republik Ägypten gegen Millenium Art Holding Ltd. Kammergericht. 10 U 286/05KG, 16.10.2006. NJW 10/2007, pp. 705-707.

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

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

expedida por la autoridad de un Estado miembro cuando, en relación con el bien cultural de que se trate, se presenta alguna de las siguientes situaciones: (1) se encontraba legal y definitivamente en su territorio el 1o. de enero de 1993, o (2) después del 1 de enero de 1993 se encontraba en su territorio tras de su expedición lícita y definitiva desde otro Estado miembro, o tras de su importación de un país tercero, o reimportación de un país tercero al que haya sido a su vez exportado de forma regular desde un Estado miembro.[36] No obstante, más allá de la existencia de las excepciones a las que nos hemos referido, el hecho de que la creación del mercado interior en la Unión Europea implica la eliminación de las fronteras entre los Estados miembros hace difícil la implementación de prohibiciones o restricciones por parte de los Estados miembros, pues éstas están destinadas a ser ejecutadas mediante los controles aduaneros.[37]

Ahora bien, por otra parte, las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión Europea pueden reconocer las legislaciones de terceros Estados —no miembros de la Unión Europea— que sujeten la exportación legal de sus bienes culturales a autorización. Esto se produce, particularmente, en virtud de la Convención de la Unesco de 1970 (artículos 3 y 7). Se puede observar en este sentido que en Alemania la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural (*Gesetz zum Schutz von Kulturgut* o *Kulturgutschutzgesetz* [KGSG], que entró en vigor el 6 de agosto de 2016),[38] en su artículo 32, además de contemplar la ilegalidad de la exportación no autorizada de un bien cultural proveniente de un Estado miembro de la Unión Europea —de conformidad con la Directiva 93/7/CCE—, se refiere a los bienes culturales exportados de Estados "contratantes", que son aquellos Estados para los cuales es vinculante la Convención de la Unesco de 1970 (artículo 2, párrafo 19, KGSG). La importación de un bien cultural proveniente de un Estado contratante es ilegal cuando dicha exportación se haya producido en violación de su legislación para la protección del patrimonio cultural con posterioridad al 26 de abril de 2007, fecha de ratificación de la

[36] Excepcionalmente, es posible que los Estados miembros apliquen estas normas a solicitudes de restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de otros Estados miembros antes del 1 de enero de 1993 (art. 14, párrafo 2 de la Directiva 93/7/CEE del Consejo de 15 de marzo de 1993 y la Directiva 2014/60 de 15 de mayo de 2014). Véase El-Bitar, J. (2006), *Der deutsche und fransösiche Kulturgüterschutz nach der Umsetzung der Kulturgüterrückgaberichtlinie*, Fráncfort, Peter Lang, pp. 110 y 111.

Sobre la situación en diferentes legislaciones sobre patrimonio cultural, se puede observar O'Keefe, P. y Prott, L. (1984), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 1…, *cit.*, pp. 31 y ss.; Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…, cit.*

[37] Fuentes Camacho, V. (1993), *El Tráfico Ilícito Internacional…, cit.*, p. 281.

[38] Última modificación: 1 de julio de 2017.

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

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

Convención de la Unesco de 1970 por parte de Alemania. Ha de tenerse en cuenta que los bienes culturales a los que se refiere esta norma son aquellos que se encuentren protegidos por la legislación nacional del correspondiente Estado, sin necesidad de que medie una designación particularizada o un acuerdo bilateral con el Estado alemán.[39]

IV. El derecho latinoamericano en cuanto derecho extranjero aplicable

1. *¿Normas de derecho público o derecho privado?*

En relación con lo expuesto, es necesario tomar en cuenta que, como regla general, las normas jurídicas de carácter público originarias de otro Estado no son aplicables en el extranjero, a diferencia de lo que ocurre tratándose de normas jurídicas de carácter privado.[40] En este sentido, en derecho internacional privado no es irrelevante la distinción entre el carácter público o privado de las normas materiales de un ordenamiento jurídico extranjero, a fin de que éstas que puedan ser consideradas como aplicables para resolver el fondo de una situación jurídica privada internacional. Tras esta cuestión subyacen motivos asociados a la soberanía de cada Estado, pues el hecho de aplicar normas jurídicas extranjeras de carácter público puede ser entendido como un consentimiento en el ejercicio del poder soberano del Estado del cual dichas normas son originarias.[41] Eso puede, en términos generales, cam-

[39] Press Office of the Federal Government Commissioner for Culture and the Media (2016). Key aspects of the new Act on the Protection of Cultural Property in Germany, p. 9. Disponible en: *https://www.bundesregierung.de/resource/blob/72488/388072/9203e94dc88ae9dced8ad9d6db108ac6/2016-09-23-kulturgutschutz-informationen-englisch-data.pdf?download=1*.

Sobre la situación específica en ciertos países, se puede ver sobre Egipto, El Wahed, M. A. (2003), *The 1995 Unidroit Convention…, cit.*; sobre Italia, Ivonne, V. (2009), *Die Umsetzung des Unesco Übereinkommens…, cit.*; sobre China, Ding, J. (2014), *China…, cit.*; Lau, T. (2011), *The Grading of Cultural…, cit.*; sobre México, Becerril, E. (2014), *México…, cit.*; sobre Australia, Forrest, C. (2014), *Australia…, cit.*; sobre Estados Unidos, Kaye, L. M. (2013), *The Fight Against the Illicit Traffic…, cit.*; sobre Canadá, Paterson, R. (2014), *Canada…, cit.*; sobre Japón, Kozai, S. y Kono, T. (2014), *Japan…, cit.*; sobre Suiza, Renold, M. A. y Schönenberger, B. (2014), *Switzerland…, cit.*; sobre Grecia, Nikolentzos, K., Voutsa, K. y Koutsothanasis, C. (2017), *What Does It Take…, cit.*; sobre Moldavia, Musteata, S. (2012), *A New Law—A New Perspective…, cit.*; sobre Hungría, Bánffy, E., Gyucha, A. y Csiky, G. (2011), *Fundamental Modifications…, cit.*

[40] Siehr, K. (2002), "Das IPR der Kulturgüter", *MHB Yil*, 22, 751-772, pp. 754 y 755.

[41] Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, p. 7; Anton, M. (2010), *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht*, vol. 2, Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel, Berlín, De Gruyter, p. 2.

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

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

biar mediante la existencia de un instrumento internacional[42] que sea aceptado y ratificado por todos los Estados involucrados en la situación jurídica de que se trate.

En relación con situaciones jurídicas internacionales en materia de derechos reales sobre bienes culturales, la cuestión de la distinción entre el carácter público o privado de las normas de un ordenamiento jurídico extranjero alude principalmente a las normas sobre protección del patrimonio cultural que se encuentran en el ordenamiento jurídico del Estado de origen de dichos bienes. Hemos visto que estas normas pueden referirse a temas como la propiedad del Estado sobre los bienes culturales, su inalienabilidad, inembargabilidad o imprescriptibilidad o a la prohibición de su exportación. Las normas que se refieren a la propiedad del Estado sobre los bienes culturales suelen ser incluidas dentro del ámbito del derecho privado, al igual que puede ocurrir con las relativas a la inalienabilidad, a la inembargabilidad o a la imprescriptibilidad de estos bienes. Pero las normas que regulan la prohibición de su exportación son normas de derecho administrativo, por lo que poseen carácter de derecho público, y, en tal medida, su aplicabilidad no podría ser, en principio, reconocida en jurisdicciones extranjeras.

Ahora bien, más allá de que, como veremos más adelante, en relación con la repatriación o restitución internacional de bienes culturales ha ido ganado espacio la posibilidad de reconocimiento y aplicación de normas jurídicas extranjeras que protegen el patrimonio cultural del país de origen, independientemente de su naturaleza pública o privada,[43] en el contexto del derecho internacional privado las normas jurídicas extranjeras de derecho público pueden ser tomadas en consideración en dos situaciones.[44] La primera situación consiste en que la norma de derecho púbico en cuestión haga parte del ordenamiento jurídico que sea aplicable por mandato de una norma de conflicto de leyes del país del foro, es decir, que haga parte de la *lex fori* (véase el capítulo primero). Esta situación puede enmarcarse en una resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1975,[45] referida

[42] Este tema fue recogido en la Resolution of the Institute of International Law about The International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage, Basilea, 1991, que en su art. 3 (que debe ser leído en concordancia con el art. 2) dice: "Los preceptos de la ley del país de origen que rigen la exportación de obras de arte deberán ser aplicadas".

[43] Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…*, *cit.*, p. 202.

[44] Siehr, K. (1994), *Öffentliches Recht und internationales Privatrecht…*, *cit.*, p. 96; Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem...*, *cit.*, p. 507.

[45] Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem...*, *cit.*, p. 507. Resolution of the Institute of International Law about The Application of Foreign Public Law, Wiesbaden, 1975. Dispnible en: *http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_04_en.pdf*.

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

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

a la aplicación del derecho público extranjero, que propone lo siguiente: "El carácter de derecho público atribuido a una disposición de derecho extranjero, designada por una regla de conflicto de leyes, no debe impedir la aplicación de esta disposición, permaneciendo sujeta, sin embargo, a la reserva fundamental de orden público". Dicha norma fue seguida por la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, cuyo artículo 13 establece que "La referencia a un derecho extranjero en esta Ley incluye todas las disposiciones que bajo dicho derecho son aplicables al caso. La aplicación de un derecho extranjero no está excluida por el mero hecho de que se considere que una disposición tiene un carácter de derecho público".[46]

Si bien no dispone que sea aplicable toda disposición extranjera de carácter público, la referencia a un derecho extranjero que hace dicha norma incluye toda disposición que, bajo tal derecho, sea aplicable al caso, no encontrándose excluida norma alguna por el mero hecho de tener carácter de derecho público.[47] Esta norma fue considerada en un caso decidido por el Tribunal de Apelación de Basilea, Suiza, en relación con cinco estelas de origen turco que se encontraban en el Museo de Arte Antiguo de Basilea.[48] Según Turquía, las estelas se remontaban a 200-300 d. C., y habían sido extraídas de la región de Altintas, que es parte del actual territorio turco. Con base en el argumento de que al ser descubiertas habían pasado directamente a ser propiedad del Estado turco, la República de Turquía solicitó ante el tribunal civil de la ciudad Basilea la devolución de las cinco estelas. La sentencia del Tribunal Civil[49] no fue favorable a Turquía, entre otras consideraciones, porque la procedencia de tres de las estelas no había sido suficientemente demostrada. Al decidir sobre la apelación interpuesta por Turquía, el tribunal de apelación consideró que el objeto del proceso se refería a la cuestión de si la demandante (Turquía) podía reclamar la propiedad sobre las estelas. En este sentido, consideró el artículo 100 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, según el cual "La adquisición y pérdida de los derechos sobre bienes muebles se rigen por la ley del lugar donde se encuentran los bienes en el momento de los hechos en los que se basa la adquisición o pérdida". Basándose en ese artículo, y en el artículo

[46] Traducción propia.

[47] Siehr, K. (1994), *Öffentliches Recht und internationales Privatrecht…, cit.*, p. 96. Véase también Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…, cit.*, p. 207.

[48] Appellationsgericht Basel, Decision of 18 August 1995, (1997), Basler Juristische Mitteilungen 17, citado por Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem..., cit.*, p. 507.

[49] Urteil des Zivilgerichts vom 16.8.1993 in Sachen Türkische Republik/Kanton Basel-Stadt und Kons.

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

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

16, párrafo 1, de la misma Ley,[50] el tribunal de apelación consideró aplicable el ordenamiento jurídico turco, indicando que

> [s]egún el artículo 697 del Código Civil de Turquía (vigente desde 1926), que corresponde esencialmente al artículo 724 del Código Civil [suizo], los objetos naturales de gran valor científico y las antigüedades encontradas son propiedad del Tesoro. Esta disposición es, por naturaleza, derecho público…, con lo cual se plantea la cuestión de si debe ser observada por el juez suizo. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Derecho Internacional Privado, la aplicación de una norma de derecho extranjero no está excluida únicamente por el hecho de que tiene un carácter de derecho público.[51]

La segunda situación se refiere a la aplicación indirecta de una norma imperativa de un país extranjero. Esta última situación ha sido muy discutida,[52] y se ha tratado en relación con decisiones de tribunales en diferentes países, incluyendo casos relativos a obras de arte,[53] entre los que se encuentran el caso sobre los bienes culturales originarios de Nigeria, que fue decidido en 1972 por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (véase el capítulo noveno),[54] un caso sobre unas monedas de oro provenientes de India que fue decidido en 2005 por el Tribunal Federal de Suiza,[55] y un caso referido a un caballo originario de China que fue decidido en 2010 por el Tribunal Superior de Austria.[56]

Como hemos tenido oportunidad de observar (véase el capítulo noveno), el reconocimiento y aplicación de leyes extranjeras sobre patrimonio cultural han sido la base para le decisión de algunos casos en los que Estados de origen de bienes culturales han tratado tener de vuelta objetos pertenecientes a su patrimonio cultural que han dejado su territorio ilícitamente.

---

[50] Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, art. 16, párrafo1: "El contenido de la ley extranjera será establecido por la autoridad de oficio".

[51] Appellationsgerichts. Urteil. 18 August 1995. Basler Juristische Mitteilungen 1997, p. 21 (traducción propia).

[52] Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem..., cit.*, p. 508.

[53] *Ibidem,* p. 507.

[54] BGH, Urteil vom 22.6.1972, *Allgemeine Versicherungsgesellschaft v EK*, BGHZ 59.

[55] Swiss Bundesgericht, Decision of 8 April 2005, 131 III Entscheidungen des Schweizerischen.

Bundesgerichts 418, (2006), Die Praxis 310. Véase Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem..., cit.*, p. 507; Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage…, cit.*, p. 300.

[56] Austrian Oberster Gerichtshof, Decision of 30 June 2010, (2010) Juristische Blätter 707, (2010).

Österreichische Juristen-Zeitung 1067, [2011] Kunst und Recht 119.

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

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

Pero las decisiones en cada caso pueden ser disímiles, atendiendo a las particulares de casa situación. Algunos de estos casos han sido ampliamente comentados por la doctrina, como los casos *United States v. Schultz*[57] y *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited*, decidido en 2007,[58] ambos decididos por tribunales ingleses.

El caso *United States v. Schultz* fue decidido por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos en 2003 en aplicación de la NSPA (véase el capítulo decimosegundo). El objeto principal sobre el que giraba este caso era la cabeza de Amenhotep III, que fue extraída ilegalmente de territorio egipcio haciéndola pasar por un *souvenir* de poco valor. Schultz, quien era un prestigioso comerciante de arte de Nueva York, la había adquirido de Jonathan Tokeley Perry, un ciudadano inglés, con quien llegó a trabajar conjuntamente para "traer más antigüedades egipcias a América para la reventa, contrabandeándolas desde Egipto, haciéndolas pasar por *souvenirs* baratos, asignándoles una proveniencia falsa y restaurándolas con técnicas de la década de 1920".[59] En aplicación de la NSPA, se consideró en este caso que los objetos habían sido robados a la República de Egipto, en virtud de que en ese país la Ley 117 de 1983 le otorga al Estado la propiedad de todas las antigüedades no descubiertas o excavadas.[60] Esta decisión coincide parcialmente con la del caso *United States v. McClain*[61] (véase el capítulo decimosegundo), relativo a piezas originarias de Perú, que había sido decidido anteriormente y, como hemos mencionado, se considera hito en la jurisprudencia de Estados Unidos sobre la materia.

En el caso *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Ltd.*,[62] decidido en 2007 en Inglaterra, Irán solicitaba que una galería londinense le devolviera dieciocho piezas (frascos tallados, cuencos y tazas de clorita) de aproximadamente cinco mil años de antigüedad, que formaban

---

[57] 333 F.3d 393 (2003) United States of America, Appellee, v. Frederick Schultz, Defendant-Appellant. United States Court of Appeals, Second Circuit. Reproducido en: Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, pp. 678 y ss.

[58] [2007] EWHC 705 (QB); [2007] EWCA Civ 1374; [2008] 1 All ER 1177; QB 22 [2009]. Véase Siehr, K. (2015), *Private International Law and the Difficult Problem..., cit.*, pp. 503-515, y Wantuch-Thole, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation…, cit.*, pp. 13-15.

[59] Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, p. 279.

[60] 333 F.3d 393 (2003) United States of America, Appellee, v. Frederick Schultz, Defendant-Appellant. United States Court of Appeals, Second Circuit. Reproducido en Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, pp. 678 y ss.

[61] Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…, cit.*, p. 79.

[62] Disponible en: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/1374.html* (29/11/2919). Reproducido en: Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, pp. 700 y ss.

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

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

parte de su patrimonio cultural nacional. Las piezas habían sido excavadas ilícitamente en la región de Jiroft en territorio iraní, mientras Barakat afirmaba haberlas adquirido en Francia, Alemania y Suiza. En este caso se analizó la posibilidad de reconocimiento y/o ejecución de leyes nacionales extranjeras sobre patrimonio, entre otras cosas, de cara al hecho de que el Reino Unido había ratificado en 2002 la Convención de la Unesco de 1970, y que Irán lo había hecho en 1975.[63] A tal efecto, se determinó que la cuestión sobre si Irán era el propietario de las piezas debía regirse por la ley iraní, en tanto *lex situs* (ley de ubicación) en el momento en que Irán adquirió tal derecho,[64] ya que en Inglaterra se reconoce el principio *lex rei sitae* para regir los derechos reales sobre bienes muebles.[65] Barakat adujo que la ley iraní (*The Legal Bill* of 1979) era una ley tanto penal como pública y, por lo tanto, Inglaterra no podía aplicarla a efectos de reconocer los derechos de Irán sobre las piezas. Sin embargo, para el gobierno de Irán era una reclamación patrimonial, que no representaba el ejercicio de una autoridad soberana, pues no se originaba en una confiscación. Así planteada, la reclamación fue finalmente exitosa, basada como estaba en la exigencia de reconocimiento y ejecución de un derecho de propiedad[66] cuyo surgimiento podía trazarse, por lo menos, desde el momento en que las piezas fueron encontradas en suelo iraní.[67]

Por otra parte, la ratificación de la Convención de la Unesco de 1970 ha tenido como consecuencia en algunos países que las normas que prohíben la exportación de bienes culturales, que, como hemos mencionado, son normas de derecho público, puedan tener efectos en jurisdicciones extranjeras. Esto ocurre, por ejemplo, en virtud de la *Gesetz zum Schutz von Kulturgut* (*Kulturgutschutzgesetz* [KGSG]) de Alemania, que ya mencionamos arriba, y que establece en su artículo 32 lo siguiente:

> (1) La importación de bienes culturales es ilegal:

---

[63] *Ibidem*, p. 701.

[64] *Ibidem*, p. 717.

[65] *Ibidem*, p. 716.

[66] En la decisión se reconocía que algunas de las normas del Legal Bill de 1979 eran de carácter penal o público, pero se aclaraba que ello no afectaba a la ley como un todo. Algunas de sus normas se referían, en efecto, al derecho de propiedad y, en este sentido, la ley podía ser "válida y efectiva en Inglaterra si era válida y efectiva según el derecho del país donde la cosa se encontraba (lex situs) en el momento en que la ley surtió efecto…". Véase Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, p. 723.

[67] Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, p. 723. Uno de los puntos centrales discutidos en la decisión tenía que ver con el hecho de si el Estado de origen debía haber estado en posesión de los bienes culturales en cuestión. La decisión respondió esto negativamente.

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

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

> 1. cuando los bienes culturales han sido exportados de otro Estado en contra de las leyes y reglamentos aplicables en ese Estado para la protección del patrimonio cultural nacional,
>
> a) después del 31 de diciembre de 1992 del territorio de otro Estado miembro [de la Unión Europea],
>
> o b) después del 26 de abril de 2007, del territorio de un Estado parte [de la Convención de la Unesco de 1970],
>
> 2. si la importación infringe el § 28, o
>
> 3. si la importación infringe otra legislación aplicable en la República Federal de Alemania.[68]

Es destacable en esta norma el hecho de que abarca regulaciones generales sobre exportación y comercio, así como regulaciones civiles, penales, de protección del patrimonio cultural o de otro tipo que se encuentren vigentes en el Estado de origen, siempre que se destinen a la protección del patrimonio cultural nacional.[69] La norma es aplicable, sin embargo, cuando la contravención de leyes o reglamentos aplicables en el Estado de origen se ha producido después de la entrada en vigor de la Convención de la Unesco de 1970 para Alemania (26 de abril de 2007), en relación con los Estados que no hacen parte de la Unión Europea, como es el caso de los Estados de América Latina.

En relación con las normas sobre inalienabilidad de los bienes culturales, el artículo 13, párrafo d, de la Convención de la Unesco de 1970 contiene la obligación de cada Estado de reconocer el derecho imprescriptible que tienen los demás Estados de clasificar y declarar inalienables determinados bienes culturales. Esto tiene como fin, impedir que dichos bienes sean exportados, y, si lo fueran, facilitar su recuperación por parte del Estado interesado. En cualquier caso, esta obligación, además de estar sujeta a "lo dispuesto en la legislación de cada Estado", según se establece en el encabezado del artículo indicado, ha tenido poco efecto y ha sido poco invocada en la práctica.[70]

1. *Redacción de las normas de forma que puedan aplicarse en el extranjero*

Las normas que establecen la propiedad estatal sobre bienes culturales son normas de derecho privado que se han establecido en las legislaciones

[68] Traducción propia.

[69] Elmenhorst, L. y Wiese, V. (2018), *KGSG – Kulturgüterschutzgesetz..., cit.*, p. 215.

[70] Renold, M. A. (2013), *The International Protection of Cultural Heritage…, cit.*, p. 301.

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

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

adoptadas a partir del siglo XIX en países ricos en bienes culturales. Especialmente son reconocidas en relación con los objetos arqueológicos no descubiertos ni excavados, para que éstos pasen *ipso facto* a ser propiedad del Estado sin necesidad de previo decomiso o apropiación física por parte de alguna autoridad oficial. Debido a la inclusión de dicha norma en las legislaciones de protección del patrimonio cultural, tales legislaciones han sido denominadas "leyes paraguas" (*umbrella statutes/laws*),[71] expresión usada en los Estados Unidos, o "leyes de tesoros escondidos" (*treasure trove statutes*), expresión usada en Europa.[72] Mediante el reconocimiento legal de la propiedad estatal sobre los bienes culturales, el Estado puede tener el derecho de propiedad de la misma forma que lo puede hacer cualquier ciudadano privado, y, en esta medida, puede reclamar la restitución de los bienes sobre los que recae tal derecho.[73]

Hemos tenido oportunidad de ver que en tiempos recientes han ido desarrollándose tendencias tanto doctrinarias (véase el capítulo décimo) como legales (véase el capítulo undécimo), y veremos que también en el ámbito jurisprudencial (véase el capítulo decimotercero), que han ido acercándose, en diferentes grados y paulatinamente, a una mayor aceptación de la necesidad de considerar las leyes de los países de origen (*lex originis*) al momento de decidir sobre la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. En este contexto, una cuestión fundamental es la que tiene que ver con que dichas normas se encuentren redactadas de manera que puedan ser consideradas en el extranjero y eventualmente aplicadas para decidir si los bienes en cuestión deben regresar finalmente a sus propietarios originarios.[74]

Tomado esto en cuenta, el Comité Intergubernamental de la Unesco para la Promoción del Retorno de Bienes Culturales Hacia sus Países de Origen o su Restitución en Caso de Apropiación Ilícita y el Consejo de Administración de Unidroit aprobaron en 2011 las Disposiciones Modelo Uni-

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

[72] Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…, cit.*, p. 78. Michael Anton se refiere a las llamadas *automatic forfeiture clauses*, mediante las cuales los bienes culturales pasan a la propiedad del Estado en el momento en que se infringen las normas de protección y antes de que sean exportados ilícitamente. Anton, M. (2010), *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz…, cit.*, p. 133.

[73] Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Ltd. Véase Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law…, cit.*, p. 723. Véase también Anton, M. (2010), *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz…, cit.*, pp. 2 y 3.

[74] Siehr, K. (2005), *Protection of Cultural Property…, cit.*, pp. 80 y 81.

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

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

droit/Unesco en las que se define la propiedad del Estado con respecto a los objetos culturales no descubiertos.[75] Tras la propuesta y elaboración de estas disposiciones subyace la preocupación de que en algunos Estados la legislación no es suficiente, y de que es posible brindar ayuda a los Estados a ese respecto.

Las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco se dirigen en particular a los objetos de naturaleza arqueológica. Es por ello que aquéllas se refieren expresamente a bienes que no hayan sido descubiertos y que se encuentren en el subsuelo o en zonas subacuáticas.[76] Sin embargo, por supuesto, es posible que los Estados incluyan otras clases de bienes.[77] Dichas disposiciones a) sirven de base para la elaboración de legislaciones nacionales, y b) promueven el uso uniforme de ciertos términos.

Entre las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco, la disposición recomendada para regular la propiedad del Estado sobre los bienes no descubiertos es la siguiente: "Disposición 3 – Propiedad del Estado. Los objetos culturales no descubiertos son propiedad del Estado, siempre y cuando no haya ningún derecho de propiedad anterior".

Más adelante, se proponen disposiciones que se refieren expresa y claramente a la ilicitud de las excavaciones y al carácter bienes robados de los bienes que sean resultado o se encuentren en dichas excavaciones, lo cual va acompañado de la nulidad de la transferencia de dichos bienes y su consideración como bienes robados por tribunales extranjeros a efectos de garantizar el retorno o la restitución al Estado de origen. Dichas disposiciones han sido redactadas como se indica a continuación:

> Disposición 4 – Excavación o conservación ilícita. Se consideran robados los objetos culturales encontrados en excavaciones ilícitas, o encontrados en excavaciones lícitas pero que son conservados de modo ilícito.
>
> Disposición 5 – Inalienabilidad. La transferencia de propiedad de un objeto cultural considerado robado con arreglo a la disposición 4 es nula y sin efecto, a menos que pueda establecerse que la parte cedente disponía de un

[75] Estas normas modelo toman en cuenta la Recomendación de la Unesco de 1956, que define los principios internacionales que deberían aplicarse a las excavaciones arqueológicas, la cual se refiere a la propiedad estatal sobre objetos arqueológicos (II. Principios generales, 5, e).

[76] Véase la definición que se incluye en la disposición modelo 2. Las directrices que acompañan esta disposición aclaran, sin embargo, que "[el] régimen de propiedad establecido con arreglo a la Convención de 2001 sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático —distinto del de las presentes disposiciones modelo— se aplicará a los Estados Parte en dicha Convención".

[77] Véase las directrices que acompañan disposición modelo 2.

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

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

título de propiedad válido sobre el objeto en el momento de efectuarse la transferencia.

Disposición 6 – Aplicación internacional. A efectos de garantizar el retorno o la restitución al Estado promulgante de los objetos culturales descubiertos en excavaciones ilícitas o descubiertos en excavaciones lícitas pero que han sido conservados de modo ilícito, dichos objetos serán considerados objetos robados.

En definitiva, el objetivo de las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco es que todos los Estados las puedan tomar en cuenta en sus procesos legislativos, no sólo de elaboración de normas, sino también, como se dice en el informe explicativo que las acompaña, de reforzamiento de éstas, favoreciendo el uso de "principios jurídicos suficientemente explícitos como para garantizar la propiedad de sus bienes culturales".

La necesidad de esa explicitud a la que se alude es precisamente que las normas sobre propiedad del Estado sobre sus bienes culturales puedan, en un caso concreto, ser aplicadas por tribunales extranjeros fácilmente y sin tener que acudir a interpretaciones complejas. Veremos cómo este aspecto salió a flote en el caso *United States v. McClain*, en el que se hizo referencia a que la ley mexicana era "vaga e inaccesible",[78] y en el caso *Peru v. Johnson*, en el que se dijo que el alcance de la reclamación de propiedad del Perú como parte de su legislación interna era incierto[79] (véase el capítulo decimotercero). Además, como se señala en el mencionado informe explicativo, es aconsejable que las normas sean comprensibles para los sujetos que participan en el comercio internacional de este tipo de bienes.

En este orden de ideas, la manera como se encuentran redactadas las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco puede servir como criterio para evaluar las normas que se encuentran en las legislaciones de América Latina en materia de protección de bienes culturales, y, si fuera necesario, realizar los ajustes que aseguren que las mismas sean claras y explícitas. Esto serviría para garantizar de un modo más efectivo la propiedad de sus bienes culturales, no sólo dentro de las fronteras de los respectivos Estados, sino muy especialmente en el extranjero, por parte de autoridades judiciales, lo que aplica también a procesos no judiciales, como, por ejemplo, procesos de arbitraje o procesos de negociación directa.

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

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

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

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

Capítulo decimotercero

CASOS RELATIVOS A BIENES CULTURALES LATINOAMERICANOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Repubblica dell'Ecuador contro Danusso[6]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[8] Traducción propia.

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

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

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

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

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

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

[9] Traducción propia.

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

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

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

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

En conclusión, el tribunal afirmó lo siguiente:

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

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

II. United States v. Hollinshead[12]

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

[10] Traducción propia.

[11] *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[17] Traducción propia.

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

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

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

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

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

III. United States v. McClain[25]

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

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

[20] *Idem*.

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

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

[23] *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido,

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

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

---

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

[34] *Idem*.

[35] *Idem*.

[36] *Idem*.

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

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

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

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

IV. Peru v. Johnson[41]

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

[37] *Idem*.

[38] *Idem*.

[39] *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[44] *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

[55] *Ibidem*, p. 190.

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

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

VI. Textiles de Coroma

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[61] *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. Machu Picchu[74]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[79] *Ibidem*, párrafo 126.

[80] *Ibidem*, párrafo 91.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo decimocuarto

NORMAS RELATIVAS A BIENES CULTURALES ORIGINARIOS DE PUEBLOS INDÍGENAS

La repatriación o restitución internacional de bienes culturales originarios de pueblos indígenas conlleva una diversidad de complejidades. Mientras que los tratados internacionales relativos al movimiento internacional de bienes culturales —en especial, aunque no exclusivamente, la Convención de la Unesco de 1970 y el Convenio de Unidroit de 1995 (véase el capítulo segundo)— colocan a los Estados en una posición central, el papel de los pueblos indígenas se descuida considerablemente. En lugar de recibir una atención principal, estos pueblos son expulsados del centro y relegados a la periferia.[1] Esta dualidad centro-periferia se puede ver particularmente cuando los Estados que exigen el retorno de bienes culturales indígenas a instituciones extranjeras integran éstos a los museos nacionales sin considerar los intereses o derechos que sobre ellos puedan tener pueblos o comunidades indígenas con los cuales se encuentran vinculados.[2]

Sin embargo, en el ámbito nacional de algunos países se puede distinguir una tendencia que se ha desarrollado desde hace varias décadas en una dirección diferente. Esta tendencia se observa, por ejemplo, en Estados Unidos, donde en 1994 se adoptó la Ley de Protección y Repatriación de Tumbas de los Nativos Americanos (*Native American Graves Protection and Repatriation Act* [NAGPRA]).[3] El objetivo de la NAGPRA es permitir a los grupos originarios la recuperación de artículos culturales que se encuentren en museos y agencias federales de Estados Unidos. Como resultado, restos humanos y bienes funerarios, objetos sagrados y patrimonio cultural, es decir, los objetos de im-

[1] Barkan, E. (2002), "Amending Historical Injustices: The Restitution of Cultural Property – An Overview", en Barkan, E. y Bush, R. (eds.), *Claiming the Stones, Naming the Bones: Cultural Property and the Negotiation of National and Ethnic Identity* (pp. 16-50), Los Angeles, Getty Research Institute.

[2] Vrdoljak, A. F. (2008), *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Cambridge, Cambridge University Press.

[3] Native American Graves Protection and Repatriation Act (NAGPRA), Pub. L. 101-601, 25 U.S.C. 3001 et seq., 104 Stat. 3048.

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

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

portancia duradera, histórica, tradicional o cultural para una cultura indígena americana se restituyen a grupos indígenas organizados y reconocidos por el Estado si dichos grupos tienen una relación con tales objetos. En ese contexto, dentro de Estados Unidos ha de observarse el comentario que hacía John Henry Merryman refiriéndose a algunas de las complejidades que implica la repatriación o restitución de esta clase de bienes:

> Algunos objetos del tipo que conservan los museos occidentales se crearon con la intención de ser consumidos o expuestos al deterioro o destruidos deliberadamente después de un uso ceremonial. Otros objetos están destinados a ser vistos solo por un grupo restringido de personas en momentos particulares o expuestos solo en un lugar específico. Cuando un museo preserva y exhibe tales objetos, resulta un claro conflicto cultural. Todos los motivos por los que queremos preservar y mostrar tales objetos están presentes, pero entran en conflicto con las razones por las cuales sus creadores quieren que sean consumidos o destruidos o que permanezcan ocultos.
>
> Este tipo de conflicto es común. Gran parte de lo que nos queda de las culturas antiguas se encontró en sepulturas y tumbas, colocadas allí con la intención de que permanezca con los muertos. Cada extracción de un objeto tal para una colección privada, o incluso para un museo o con fines académicos, viola las intenciones de la cultura de origen. Cuando esa cultura está muerta, el conflicto se ha resuelto —la violación se justifica— a favor de la recolección y preservación; pero cuando la cultura de origen está viva y consciente, el asunto no se resuelve tan fácilmente. Para su creador, el tratamiento adecuado del objeto puede ser esencial para su vida o estatus. Para la cultura, la violación puede ser un desastre espiritual que amenaza con consecuencias drásticas para el grupo.[4]

Las palabras de Merryman muestran claramente algunas de las complejidades que implican el acceso y la extracción de bienes culturales originarios de pueblos indígenas, que naturalmente inciden en su eventual repatriación o restitución internacional. Sin embargo, al mismo tiempo sobresale en el fragmento transcrito un aspecto problemático de especial relevancia. El autor se refiere únicamente a *razones* o *intenciones* de los creadores individuales o grupos culturales de origen, pero no hace referencia a los *derechos* de tales sujetos en relación con el uso o la disposición de tales bienes. En este capítulo trataremos algunas nociones que pueden ser útiles para aproximarnos a la comprensión de este aspecto.[5]

[4] Merryman, J. H. (1989), *The Public Interest…*, *cit.*, p. 356 (traducción propia).

[5] Nótese que otro aspecto problemático fundamental que se plantea es la distinción entre los bienes culturales provenientes de una cultura "muerta" y aquellos originarios de

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

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

I. Los bienes culturales originarios de pueblos indígenas en normas aplicables en América Latina

1. *Normas internacionales*

En las normas internacionales, la relación entre los bienes culturales de naturaleza material y los pueblos indígenas de los que son originarios no se regula como derecho de propiedad, en el sentido legal tradicional de éste. La consideración legal de los bienes culturales materiales debe distinguirse de la que se otorga a los bienes inmateriales. A nivel internacional, el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en relación con sus creaciones o aportes de carácter inmaterial se encuentra en el Convenio sobre Diversidad Biológica (artículo 8, lit. j)[6] y en los instrumentos normativos que se han estado preparando en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), dentro del órgano específicamente creado en 2000 para debatir esta clase de asuntos, es decir, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.[7] En este ámbito, se han desarrollad reglas generales en torno al consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios como requisitos previos para el acceso al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas sobre los recursos biológicos y las manifestaciones culturales inmateriales (música, danzas, etcétera).[8]

---

una cultura "viva". No ahondamos aquí sobre este punto; sin embargo, se recomienda ver al respecto la ponencia presentada por la Organización Indígena de Colombia (ONIC) en el marco de la audiencia pública realizada en la Corte Constitucional de Colombia en el caso de la colección Quimbaya (véase introducción), disponible en: *https://www.onic.org.co/noticias/70-destacadas/928-el-tesoro-quimbaya-la-vida-de-102-pueblos-en-persistencia* (2911/2919).

[6] Más información sobre la protección de los conocimientos tradicionales en el marco del Convenio sobre Diversidad Biológica, disponible en: *https://www.cbd.int/traditional/* (2911/2919).

[7] Más información sobre el trabajo delComité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual disponible en: *https://www.wipo.int/tk/es/index.html* (2911/2919).

[8] Bajo la influencia de estas disposiciones desarrolladas a nivel internacional, se han establecido en jurisdicciones nacionales, como la de Perú, el consentimiento fundamentado previo y la distribución de beneficios como requisitos previos para el acceso al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas sobre los recursos biológicos. El art. 6 de la Ley 27811 de Perú se refiere al deber de cualquier parte interesada de obtener el consentimiento de organizaciones indígenas competentes previamente informadas. Y el art. 7 requiere la celebración de un acuerdo de licencia para la participación equilibrada en los beneficios si el

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

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

Los bienes culturales materiales originarios de estos pueblos, por su parte, fueron considerados como "patrimonio cultural indígena" en los Principios y Directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, redactados por la relatora especial, Erica-Irene Daes, y publicados en 1994,[9] así como en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas[10] trece años después. La concepción integral de los Principios y Directrices resulta en parte del hecho de que las voces de los pueblos indígenas fueron tomadas en cuenta para su elaboración. En particular, se consideraron la Declaración de Kari Oca de la Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas sobre Territorio, Medio Ambiente y Desarrollo (Brasil, 1992) y la Declaración de Mataatua de la Primera Conferencia Internacional sobre Cultura e Intelectual Derechos de Propiedad de los Pueblos Indígenas (Nueva Zelanda, 1993). Con respecto a los elementos relevantes del patrimonio indígena, los Principios y Directrices incluyeron todos los objetos, sitios y conocimientos transmitidos de generación en generación y pertenecientes a un pueblo en particular o su territorio (párrafo 11), así como todos los bienes muebles según lo definido por las convenciones pertinentes de la Unesco, restos humanos, bienes culturales inmuebles y documentación del patrimonio de los pueblos indígenas (párrafo 12).

Al referirse al derecho consuetudinario indígena, los Principios y Directrices establecieron que un pueblo, familia o clan en concreto, asociación o individuos son propietarios tradicionales (párrafo 13), y se refirieron a ellos como protectores principales de su cultura (párrafo 3). También se afirmó que la propiedad y retención de su patrimonio debe ser colectiva, permanente e inalienable (párrafo 5). En el resto del texto, sin embargo, no se hace alusión al derecho de propiedad, sino simplemente de una especie de preservación, que, sin embargo, incluye algunos elementos del derecho de propiedad. Por un lado, el párrafo 9 establece que el uso del patrimonio indígena está sujeto al consentimiento libre e informado de las personas interesadas. Esto significa que los propietarios tradicionales tienen derecho, primero, a disponer de los bienes y, segundo, a disponer de su uso, excluyendo a terceros (derechos de exclusividad). Por otro lado, el párrafo 10 establece que si se

propósito del acceso es para uso comercial o industrial. Las regulaciones nacionales sobre la protección de los bienes culturales no incluyen el consentimiento previo e informado y la distribución de beneficios para los bienes culturales materiales.

[9] Consejo Económico y Social, Organización de las Naciones Unidas, 8 de julio de 1994, Documento E/CN.4/Sub.2/1994/31 (anexo).

[10] Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007, Resolución A/RES/61/295 (anexo).

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

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

autoriza el uso comercial o la aplicación de los bienes culturales, los pueblos interesados deben ser beneficiarios principales de dicho uso comercial. De allí se deduce que tendrían derecho a participar de los beneficios derivados de su uso.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 también incluye el consentimiento fundamentado previo en relación con una noción de patrimonio cultural indígena, que abarca los bienes culturales, reconociendo el derecho a una reparación que *puede* "incluir la restitución". Esto está previsto en el segundo párrafo del artículo 11 de la Declaración:

> Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

La misma norma se encuentra en el artículo XIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 14 de junio de 2016 por la Organización de Estados Americanos,[11] en el cual se incluye el derecho a la identidad e integridad cultural de estos pueblos.

Los Principios y Directrices de 1994, la Declaración de la ONU de 2007 y la Declaración de la OEA de 2016 no son, sin embargo, instrumentos vinculantes. Los Estados no están legalmente obligados a reconocer a nivel nacional los derechos previstos en ellos, pero, a pesar de esto, dichos documentos reflejan estándares internacionales. En especial, la Declaración de la ONU de 2007 y la Declaración de la OEA de 2016 son manifestación oficial de la voluntad de los Estados miembros de cada una de esas organizaciones internacionales, que tienen una un importante fuerza política y moral.

Ahora bien, como se ha indicado más arriba, los tratados internacionales relativos al movimiento internacional de bienes culturales (Convención de la Unesco de 1970 y el Convenio de Unidroit de 1995) reconocen sólo a los Estados como interesados, y por lo tanto sujetos de derechos y de obligaciones. En este orden de ideas, la decisión sobre qué objetos son relevantes para el grupo y, por lo tanto, dignos de protección, no es tomada por los pueblos indígenas, sino por el Estado (véase capítulo segundo). Esta decisión se toma teniendo en cuenta valores ajenos al respectivo pueblo. Las

[11] Resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), aprobada el 14 de junio de 2016.

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

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

reclamaciones indígenas dirigidas al control material de ciertos bienes culturales se enfrentan a ese supuesto fundamental del derecho internacional público. Tales reclamos no sólo entran en tensión con el derecho del Estado a controlar ciertos bienes culturales y, por tanto, el derecho a la propiedad estatal, sino también la posición privilegiada de los Estados como sujetos prioritarios en el sistema legal internacional. Ello explica que los bienes originarios de pueblos indígenas no se encuentren mencionados explícitamente en la Convención de la Unesco de 1970 ni en instrumentos regionales, como la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas de 1976, adoptada por la Organización de Estados Americanos (Convención de San Salvador).[12] Los desarrollos acaecidos internacionalmente en términos del reconocimiento de derechos a favor de los pueblos indígenas se reflejan, sin embargo, al observar el reconocimiento de ciertos intereses de estos pueblos en la Convención de Unidroit de 1995 (artículos 3.8, 5.3.d y 7.2).

En los acuerdos bilaterales que prohíben la importación de objetos arqueológicos, históricos y artísticos han sido celebrados entre algunos Estados latinoamericanos (véase el capítulo decimotercero), la definición de bienes protegidos es más general. Dado que el alcance de cada tratado en cuanto a los bienes protegidos no se especifica en detalle, los bienes culturales originarios de pueblos indígenas pueden calificarse como bienes culturales precolombinos. También pueden estar protegidos al provenir de una región particular, cuya población es predominantemente indígena, como la región amazónica. Una singularidad de los acuerdos en los cuales participan países de la región andina, particularmente Perú, es que en ellos se hace referencia expresa a materiales pertenecientes a grupos culturales de la Amazonia. No obstante existir otras categorías más generales; por ejemplo, objetos de origen precolombino o históricos, dentro de las cuales a primera vista los objetos pertenecientes a grupos amazónicos podrían estar incluidos, crear una categoría separada para los objetos culturales amazónicos deja clara su significación especial, así como la intención de evitar su tráfico ilegal y estimular la devolución de los que hayan sido exportados de una forma no amparada por el orden jurídico. Aunque hay una tendencia a evitar el uso del término "indígena" de manera explícita, puede afirmarse que los objetos originarios de pueblos indígenas se encuentran incluidos en estos acuerdos. Tales objetos se encuentran contemplados explícita-

[12] Asamblea General, Organización de Estados Americanos, 16 de junio de 1976, Resolución AG/RES.210 (VI-O/ 76). Ratificada por Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú.

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

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

mente en los acuerdos que Perú ha celebrado con El Salvador, Argentina, Uruguay, Panamá, México y Honduras. El acuerdo celebrado entre Perú y El Salvador se refiere expresamente a aquellos pueblos que se encuentren amenazados de extinción.[13]

Por otro lado, en el marco de la ley nacional estadounidense que implementa la Convención de la Unesco de 1970 (véase el capítulo segundo), el gobierno de Estados Unidos ha celebrado memorandos de entendimiento (o acuerdos bilaterales) con ciertos países de origen. En estos acuerdos, los bienes culturales cubiertos (que figuran en las listas de designación anexas a cada acuerdo) se clasifican principalmente de acuerdo con criterios temporales. Puede verse en los acuerdos celebrados entre Bolivia y los Estados Unidos,[14] por ejemplo, que se han incluido explícitamente bienes específicos que tienen una relación sustancial con comunidades indígenas.

2. *Normas nacionales*

Los países latinoamericanos han evitado también en sus legislaciones nacionales sobre patrimonio cultural la protección explícita de los bienes materiales originarios de pueblos indígenas. Pueden considerarse como excepciones la Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico de Costa Rica, del 28 de diciembre de 1981, que incluye como parte del patrimonio nacional arqueológico "los muebles o inmuebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas culturas" (artículo 1), así como la Ley del Patrimonio Cultural Boliviano, del 23 de mayo del 2014. Esta última establece que el patrimonio cultural boliviano se compone por los significados y valores atribuidos a los bienes y expresiones culturales, inmateriales y materiales, por parte de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, comunidades interculturales transmitidos por herencia y establecidos colectivamente (artículo 4, segundo párrafo). La legislación boliviana establece además que cualquier expresión o bien cultural que se considere portador de identidad de las naciones y pueblos indígena puede ser reconocido como

[13] Convenio entre Perú y El Salvador, 2000, art. 2, lit. n.

[14] El actual acuerdo bilateral entre los Estados Unidos y Bolivia es de 2016; anteriormente se celebraron acuerdos en 2001, 2006 y 2011. Todos los acuerdos bilaterales celebrados por el gobierno de Etados Unidos en el marco de la *Cultural Property Implementation Act* se encuentran disponibles en: *https://eca.state.gov/cultural-heritage-center/cultural-property-advisory-committee/current-import-restrictions*.

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

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

patrimonio cultural (artículo 34.II). Pero estas normas no sujetan los bienes culturales originarios de pueblos indígenas a un régimen de propiedad distinto del régimen sobre patrimonio cultural nacional. Estos bienes tendrían que entenderse, siguiendo este orden de ideas, como regidos por el régimen de propiedad estatal, en la medida en que los bienes que integran el patrimonio cultural nacional son propiedad del Estado.

Además, existen en los países latinoamericanos, legislaciones especiales que han sido creadas para responder a ciertos intereses de los pueblos indígenas en relación con sus bienes culturales. Estas legislaciones especiales, aunque no favorecen la propiedad como tal, reconocen a los pueblos o comunidades indígenas como titulares de ciertos derechos. Entre las distintas legislaciones nacionales especiales que se han desarrollado en esa dirección se pueden reconocer tres constelaciones. Dos de ellas se refieren a leyes de protección de bienes culturales que tienen en cuenta expresamente las creaciones culturales indígenas, y el tercer grupo incluye leyes que integran cierto tipo de normas que han sido consideradas sui géneris.

1) En la primera constelación de legislaciones nacionales se encuentran aquellas que exigen respeto a las culturas indígenas y promueven su protección. El Decreto 26-97 de Guatemala, por ejemplo, prohíbe la degradación de la cultura tradicional de las comunidades indígenas para que no se impida el desarrollo de sus estilos de vida, la realización de sus rituales tradicionales y el uso de sus lenguas. Las violaciones a estas disposiciones son castigadas con una multa (artículo 53). El Instituto de Patrimonio Cultural de Ecuador, por su parte, debe tomar medidas para conservar y proteger las culturas indígenas: costumbres, idioma, artesanía, etcétera. Para controlar esto, se establece, por ejemplo, que para cualquier investigación sobre expresiones culturales se cuente con autorización, así como también para su documentación con fines comerciales (artículos 30-33, Ley 3501 de 1979).
2) En una segunda constelación se encuentran las legislaciones que estipulan explícitamente la inclusión de los bienes culturales indígenas como patrimonio cultural de la nación. Aquí, los bienes culturales indígenas están directamente sujetos a las regulaciones para la protección de los bienes culturales. Por ejemplo, el Decreto 21951 de Bolivia, que se dirige específicamente a los textiles indígenas, complementa a la Ley de Protección de la Propiedad Cultural (Decreto 05918), que reconoce las expresiones etnológicas, etnográficas y folclóricas, las artesanías y los textiles fabricados antes de 1950 como patrimonio

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

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

cultural nacional. De ello se deduce que no sólo está prohibida su exportación, sino también su venta, al tiempo que pertenecen al Estado y deben ser inventariados (artículo 1, Decreto 21951 de 1988). Las disposiciones del Decreto 21951 se complementaron mediante el Decreto 22546 de 1990, con el fin de apoyar la recuperación de textiles tradicionales de la comunidad indígena de Coroma (véase el capítulo decimotercero). Este decreto estableció el apoyo del gobierno para la recuperación y devolución de ciertos textiles que habían sido retirados de la comunidad y exportados ilegalmente. Aunque de acuerdo con los decretos 2195 y 05918 la propiedad de los textiles se mantuvo en manos del Estado, se estableció que debido a su importancia para la organización social, política y religiosa de los *ayllus* de Coroma, se devolverían a éstos y no se depositarían en ningún museo. Estos decretos no establecen el derecho de propiedad a favor de los indígenas de Coroma, pero les reconoce como protectores. Otras leyes nacionales de protección cultural que hacen de los bienes culturales indígenas parte del patrimonio nacional son las de Honduras y Paraguay. La legislación hondureña habla de nombres indígenas de pueblos y sitios, como lugares sagrados (toponimia), así como de expresiones culturales (artículo 5, lit. e, Decreto 81-84 de 1984). Según la legislación de Paraguay, las lenguas indígenas, las creencias populares y los estudios relacionados pueden declararse patrimonio cultural nacional (artículo 5, Decreto 946 de 1982). Las normas patrimoniales costarricenses y bolivianas mencionadas arriba entran también en este grupo.

3) La tercera constelación de legislaciones, como se indicó anteriormente, incluye aquellas que integran cierto tipo de normas que han sido consideradas sui géneris. Estas normas no consideran los bienes culturales indígenas desde la perspectiva de la protección del patrimonio cultural, sino que, por el contrario, se centran en su protección como creaciones espirituales inmateriales. Esto está garantizado en una forma que, aunque no es idéntica a la propiedad intelectual, se acerca a este tipo de normas. A este respecto, se pueden mencionar dos leyes nacionales que rigen ciertas formas especiales de propiedad. Estas son la Ley 426 de Guatemala, que establece derechos exclusivos para el uso de diseños, dibujos y bordados de textiles indígenas, y la Ley 20 de Panamá, que se refiere a derechos colectivos de propiedad intelectual.

En Guatemala, el Decreto 426 de 1947 distingue entre "tejidos indígenas", "tejidos originales" y "tejidos de Guatemala" (artículo 2). El "Comité para el control de tejidos indígenas" de cada comunidad,

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

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

cuya composición está determinada en el mismo Decreto (artículo 4), puede registrar diseños, dibujos y tejidos de textiles indígenas y originales en la Oficina de Marcas y Patentes. Esto le da al comité la propiedad exclusiva para el uso de los tejidos protegidos de esta manera y le permite controlar y administrar el uso de la etiqueta de autenticidad emitida por la indicada oficina (artículos 4 y 7). Sólo las comunidades indígenas guatemaltecas que tradicionalmente fabrican estos tejidos pueden usar la etiqueta de autenticidad en los textiles autóctonos u originales que producen. Otros textiles fabricados industrialmente no pueden ser etiquetados como indígenas. Sin embargo, la industria textil puede registrar sus diseños para que puedan comercializarse como "tejidos de Guatemala" siempre que dichos diseños no sean autóctonos u originales y no hayan sido registrados (artículo 9). Además, el Decreto 426 de 1947 prohíbe vender, comprar o exportar textiles con diseños indígenas a nivel nacional (artículo 12).

Por su parte, Panamá adoptó en 2000 la Ley 20, que ha sido considerada como uno de los sistemas sui géneris más completos para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas.[15] En la Ley 20 de Panamá, los llamados derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas recaen sobre las creaciones de estos pueblos. Las creaciones a las que se refiere la Ley son vestimentas, instrumentos musicales y medios de trabajo, es decir, objetos físicos, pero también música, bailes y otras creaciones intangibles (artículo 4). Éstos incluyen prendas tradicionales de los siguientes pueblos indígenas: *kuna*, *ngöbe*, *buglé*, *emberá*, *wounaán*, *naso* y *bri-bri* (artículo 3). Por disposición de esta Ley, sujetos particulares no pueden hacer uso exclusivo de bienes pertenecientes al patrimonio cultural indígena si no están autorizados para hacerlo (artículo 2). La Ley establece explícitamente que se requiere el consentimiento de la comunidad cuando, por ejemplo, los bailes tradicionales u otras representaciones relacionadas con su cultura son reproducidos por terceros, lo cual aplica también a la reproducción de vestimentas indígenas (artículo 16). Las creaciones correspondientes deben registrarse para que puedan ser protegidas y excluir así a terceros de su uso o aplicación. El registro puede ser solicitado por el representante de la comunidad ante

[15] Ramsauer, T. (2005), *Geistiges Eigentum und kulturelle Identität: eine Untersuchung zum immaterial-güterrechtlichen Schutz autochthoner Schöpfungen*, Múnich, Beck; Lucas-Schloetter, A. (2008), "Folklore", en Lewinski, S. (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (pp. 339-306), La Haya, Kluwer Law International.

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

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

la Oficina de Propiedad Industrial (artículo 4). Para la determinación de cómo debe entenderse representada la comunidad y quién es reconocido como representante, se aplica el derecho consuetudinario indígena. El derecho consuetudinario indígena también puede regular el uso y la comercialización de cada bien cultural registrado, según se encuentre dispuesto en el reglamento de uso, que también debe registrarse (artículo 15). En cualquier caso, se establece que la protección legal ofrecida por la Ley es ilimitada en el tiempo (artículo 7). Los artículos 18 y 19 de la Ley 20 también prohíben la importación de productos que imitan los bienes protegidos. Con ello, se intentó proteger la autenticidad de la manufactura y el sector industrial asociado con las expresiones culturales tradicionales. La prohibición de importación se aplica también a artículos que imitan productos tradicionales, como las *molas*, que consisten en tejidos realizados mediante técnicas de aplicaciones que han sido tradicionalmente confeccionados por mujeres.[16] Estas normas, que están contenidas en la Ley 21 de 1967 y en la Ley 26 de 1984, se refieren en gran parte a artículos hechos por pueblos indígenas. Conforme a la mencionada Ley 21 de 1967, también son aplicables ciertas restricciones sobre determinados artículos ingresados en una lista detallada. Dicha lista contiene algunos, que pueden ser de origen indígena. La Ley 26 de 1984 aborda específicamente la protección de las *molas*, antes mencionadas, que son de gran importancia para el pueblo indígena cuna. No sólo porque son una expresión de su cultura, sino también debido a que su comercialización juega un papel central en la economía del grupo. De hecho, la adopción del proyecto de ley fue creada con el fin de brindar una protección urgente a las *molas* ante su creciente falsificación, que se había vuelto cada vez más frecuente, especialmente en Japón y Taiwán, para ser comercializadas en Estados Unidos, e incluso dentro del mismo territorio panameño.[17] Como resultado, la Ley 26 prescribe que tales imitaciones o falsificaciones de *molas*, o de textiles que podrían competir en el mercado con otros trabajos artesanales del pueblo cuna, no deben importarse a Panamá.

[16] Steward, J. (1948), *Handbook of South American Indians*, tomo 4, Washington, Smithsonian Institution, p. 260.

[17] OMPI (2001), Conocimientos Tradicionales: Necesidades y Expectativas en Materia de Propiedad Intelectual. Informe Relativo a las Misiones Exploratorias sobre Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales (1998-1999), Misión Exploratoria a Centroamérica, p. 149.

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

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

> Las dos leyes descritas —la Ley 426 de Guatemala y la Ley 20 de Panamá— prevén diferentes soluciones al reconocimiento de derechos relativos a bienes culturales originarios de pueblos indígenas. Esto se aplica en particular a la exclusividad en el uso de dichos bienes. Dado que se trata la protección de bienes inmateriales (música, bailes y otras creaciones intangibles) o a la dimensión inmaterial de tales bienes (diseños), los regímenes contenidos en dichas leyes se asemejan a los derechos desarrollados en el ámbito de la propiedad intelectual (en especial, del derecho de autor y derechos conexos y del derecho de marcas y otros signos distintivos). La peculiaridad de los sistemas nacionales que hemos descrito es que la protección que establecen no se requiere que se cumpla con los requisitos que se exigen en el régimen de propiedad intelectual. En este orden de ideas, dichas regulaciones nacionales sui géneris vinculan las creaciones intangibles con ciertos elementos que se aproximan al derecho de propiedad. A ello han contribuido las discusiones que han tenido lugar especialmente en del marco del Comité Intergubernamental de la OMPI y del Convenio de Diversidad Biológica en relación con la protección de las creaciones intangibles de los pueblos indígenas. Otros estándares internacionales que se han desarrollado en el campo de los derechos indígenas, y que consideran el patrimonio cultural indígena en un sentido más amplio, también han influido en las discusiones sobre la producción intangible de estos pueblos.

Como se ha indicado, los bienes culturales originarios de pueblos indígenas de naturaleza material están cubiertos por las leyes nacionales dirigidas a la protección del patrimonio cultural de la nación. De ello se deriva la idea de que en relación con estos bienes culturales ha de atenderse primordialmente al interés del Estado, en tanto el cual debe prevalecer sobre los intereses de los grupos indígenas. Éste es un tema complejo que presenta diversas aristas, que pueden diferir en los respectivos contextos nacionales.

En cualquier caso, el hecho de que en estas leyes no se encuentren formulados derechos que puedan ser claramente identificados como derechos de propiedad a favor de los pueblos indígenas se erige en un evidente obstáculo desde el punto de vista del derecho internacional privado. Esto se evidencia en la imposibilidad de su eventual aplicación en tanto *lex originis*, que pueda servir de fundamento al reconocimiento de la propiedad de pueblos o comunidades indígenas por parte de tribunales extranjeros en casos relativos a repatriación o restitución internacional de bienes culturales originarios de dichos pueblos.

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

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

II. Derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con sus bienes culturales

El derecho de propiedad ha sido reconocido como un derecho humano.[18] Esto se refiere al derecho de propiedad sobre cualquier clase de bienes, incluidos los bienes culturales, e independientemente de los sujetos que son sus titulares. En el ámbito americano, ha quedado claro que el derecho de propiedad abarca la propiedad indígena, con todas sus particularidades culturales, gracias a la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[19] que ha sido realizada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. La interpretación evolutiva de dicho artículo ha sido la base para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobres sus territorios ancestrales desde el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua decidido en 2001,[20] lo que ha sido reiterado en otros casos de los que también ha conocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Observar los derechos de los pueblos indígenas desde su dimensión de derechos humanos tiene una relevancia especial, puesto que, entre otras cosas, los derechos de estos pueblos tienen en las legislaciones nacionales un desarrollo menor que el que han tenido los derechos relativos a sujetos de otras clases.

En el contexto de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, es importante tener presente que los pueblos indígenas no pierden los derechos sobre sus expresiones culturales debido a que sus bienes culturales hayan pasado a estar en manos de una tercera persona o institución, o en un país extranjero, si tal situación ha ocurrido sin su consentimiento. Esta idea, planteada por Symeonides refiriéndose en general a la protección legal de que goza el propietario originario de bienes culturales de acuerdo con el ordenamiento jurídico de origen,[21] es aplicable en relación con los derechos de los pueblos indígenas en tanto propietarios originarios de cierta clase de bienes culturales.

---

[18] Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 17; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978, art. 21.

[19] Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

[20] Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, excepciones preliminares, sentencia del 1 de febrero de 2000, serie C, núm. 66.

[21] Symeonides, S. (2005), *A Conflict-of-law Rule…, cit.*, p. 1186; Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, p. 594.

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

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

Los derechos a los que aludimos han sido reconocidos a favor de tales pueblos mediante instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, la necesidad de consentimiento por parte de los pueblos indígenas en este tipo de situaciones puede ser vista como una expresión de su derecho al autogobierno incluido en el artículo 7, párrafo 1, y en el artículo 8, párrafos 1 y 2, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169 de la OIT),[22] así como del principio de autodeterminación.[23] De manera más específica, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto DESC) incluye el derecho a la participación en la vida cultural en su artículo 15, párrafo 1 a).[24] A través de este artículo, los Estados que han ratificado el Pacto DESC reconocen que toda persona tiene el derecho a "participar en la vida cultural", el cual ha sido interpretado por la Observación General 21 sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a) del Pacto DESC, que se adoptó en 2009 en la 43a sesión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC).

De acuerdo con esta Observación General, un primer aspecto que debe considerarse es que los pueblos indígenas, como sujetos colectivos, "gozarán plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación", lo cual está establecido en el artículo 3 del Convenio 169 de la OIT. Además, según el Comité DESC, el derecho a la participación en la vida cultural es, por una parte, interdependiente del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, que se encuentra en el artículo 1 del Pacto DESC, y, por otra parte, es un derecho colectivo, por lo que, amén de poder ser ejercido individualmente, también puede ser ejercido por una persona en asociación con otras, considerando que la cultura es "creación y producto social".[25]

El derecho a la participación en la vida cultural, tal como lo ha interpretado el Comité DESC, implica obligaciones para los Estados que han

[22] Adoptado en la 76a. reunión Conferencia Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989. Actualmente 14 países latinoamericanos son parte del Convenio 169 de la OIT.

[23] Anaya, J. (2005), *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta.

[24] El Pacto de DESC ha sido ratificado por 19 países latinoamericanos. Estado de firmas y ratificaciones disponible en: *https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_en* (29/11/2019).

[25] Observación General 21. Consejo Económico y Social. Organización de las Naciones Unidas. 43 período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2 a 20 de noviembre de 2009. Documento E/C.12/GC/21/Rev.1, p. 3. Disponible en: *https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN21* (29/11/2019).

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

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

ratificado el Pacto, incluidos los Estados latinoamericanos. Entre estas obligaciones, dos son especialmente relevantes en las situaciones jurídicas internacionales relativas a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales originarios de pueblos indígenas. Estas obligaciones deben considerarse de cara a una labor codificadora que está por ser desarrollada sobre la base del derecho internacional privado, en cuanto ámbito jurídico que se ocupa de la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a situaciones jurídicas privadas internacionales (véase el capítulo primero).

En primer lugar, en el marco del artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto DESC, los Estados que lo han ratificado deben tomar medidas para proporcionar acceso y preservar los bienes culturales. Esto significa que esos Estados deben garantizar que los pueblos indígenas y sus miembros conozcan y comprendan su propia cultura, para que puedan seguir un estilo de vida asociado con el uso de bienes culturales y beneficiarse del patrimonio cultural.[26] En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural. Todo esto no puede desarrollarse adecuadamente si los pueblos indígenas están privados ilegítimamente de ciertos objetos culturales y éstos no son devueltos.

En segundo lugar, existe otra obligación importante para esos Estados, que consiste en que éstos "deben cerciorarse de que su legislación no obste al ejercicio de esos derechos".[27] En este sentido, se puede observar que la no devolución de los objetos culturales de los que haya sido despojado ilegítimamente un pueblo indígena puede ser el resultado de un contexto legal desfavorable, que ha sido consentido por los Estados.[28]

---

[26] Consejo Económico y Social, Organización de las Naciones Unidas, 43 periodo de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2 a 20 de noviembre de 2009, Documento E/C.12/GC/21/Rev.1.

[27] *Idem*.

[28] Para ahondar en la relación entre los derechos e intereses de los pueblos indígenas en el contexto de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales, se puede consultar la siguiente bibliografía: Kuprecht, K. (2014), *Indigenous Peoples' Cultural Property Claims Repatriation and Beyond*, Nueva York, Springer; Kuprecht, K. (2010), "Human Right Aspects of Indigenous Cultural Property Repatriation", en Odendahl, K. y Weber, P. (coords.), *Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht* (pp. 191-227), Baden-Baden, Nomos Verlag; Kuprecht, K. (2012), "NAGPRA: Its Potential and Limits in the Global Protection of Indigenous Cultural Property Rights", *International Journal of Cultural Property*, 19, 33-63; Escobar, T. (2018), "Indigenous Art: The Challenge of the Universal", en Pous. F., Quin, A. y Viera, M. (eds.), *Authoritarianism, Cultural History, and Political Resistance in Latin America. Exposing Paraguay* (pp. 83-105), Londres, Palgrave MacMillan; Nafziger, J. y Nicgorski, A. (2009), *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization, and Commerce*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers; Jessiman, S. (2011), "The Repatriation of the G'psgolox Totem Pole: A Study of its Context, Process, and Outcome", *International Journal of Cultural Property*, 18, 365-391; Cornu,

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

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

En el próximo capítulo enmarcaremos lo dicho en este acápite dentro del derecho internacional privado y presentaremos una propuesta para la formulación de una norma de conflicto de leyes, que dentro de ese mismo marco apoyaría la labor de los Estados latinoamericanos para cumplir con las obligaciones que hemos mencionado arriba.

M. (2013), "About Sacred Cultural Property: The Hopi Masks Case", *International Journal of Cultural Property*, 20, 451-466.

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

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

Capítulo decimoquinto

UNA PROPUESTA EN PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

I. Los Estados latinoamericanos en cuanto Estados de origen

Recordemos el caso de la colección Quimbaya mencionado al comienzo de este libro (véase la introducción). Si ocurriera que el gobierno colombiano, siguiendo la decisión de la Corte Constitucional, decidiera seguir la vía del derecho internacional privado a fin de procurar la devolución de las piezas de oro que se encuentran en España, se encontraría con que, conforme a la regla *forum rei sitae*, los tribunales españoles serían competentes.[1] Además, posiblemente, estos tribunales considerarían la aplicación de la regla *lex rei sitae*, establecida en su ordenamiento jurídico interno (artículo 10 del Código Civil) sin tomar en cuenta, de manera directa, los tratados internacionales sobre la materia (Convención de la Unesco de 1970 y Convenio de Unidroit de 1995), por no ser aplicables a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor. En un contexto tal, las piezas podrían ser tratadas por los tribunales como propiedad de España, y, en consecuencia, el gobierno español podría disponer legalmente de ellas.

Por otra parte, es posible pensar en torno a cómo podría ser vista esta situación desde las perspectivas que hemos expuesto, que abogan por la aplicación de las leyes del país de origen de los bienes culturales (véase el capítulo décimo). Así, por ejemplo, de acuerdo con la interpretación propuesta por Calvo Caravaca y Carrascosa González, basada en el artículo 3 de la Convención de la Unesco de 1970, sería posible que la ilegalidad de la donación sea analizada a partir de la *lex originis*, es decir, de las normas materiales colombianas. Si así fuera, los tribunales españoles podrían decidir que el gobierno español debe devolver las piezas. Pero si partiéramos de la hipotética

[1] Recordemos el art. 7, párrafo 4, del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y la interpretación que de esa norma hace Siehr en cuanto a que es posible que la acción sea ejercida por un Estado no miembro de la Unión Europea (véase capítulo cuarto).

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

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

existencia de una norma como la propuesta por Symeonides, podría pensarse que la aplicación del derecho material colombiano, en tanto *lex originis*, habría de ser presumida. No obstante, en un caso tal, España podría plantear la necesidad de que se resuelvan las siguientes cuestiones: primero, si existe una relación más estrecha entre España y la situación jurídica tratada; y, segundo, si España ha actuado de buena fe. Dentro del marco de la norma propuesta por Symeonides, la devolución de las piezas no podría tener lugar únicamente si alguna de estas dos preguntas tiene una respuesta afirmativa.

Como se desprende de lo expuesto en las páginas precedentes, existe una tendencia internacional, que se inclina hacia la transformación de la regla *lex rei sitae* en aquellas situaciones jurídicas privadas internacionales en las cuales se encuentran en juego derechos sobre bienes culturales (véanse los capítulos décimo, undecimo y decimotercero). Esta tendencia, que ha encontrado cierta acogida en ordenamientos jurídicos nacionales, como el búlgaro y el belga, debería también ser considerada y, eventualmente, estudiada en la región latinoamericana, en la cual el interés por la protección del patrimonio cultural es particularmente importante. Más allá de contribuir al reconocimiento de las normas de los terceros países desde los cuales ingresen de forma ilegal al respectivo país latinoamericano bienes culturales extranjeros, la consideración en la región del establecimiento de la regla *lex originis* debería actuar como acicate para la promoción de un desarrollo normativo en el plano internacional.

Un desarrollo normativo tal debería servir, por una parte, para que se tomen en cuenta los legítimos intereses de los países de la región, en cuanto éstos son tradicional e históricamente países de origen de bienes culturales. Y, por otra parte, para que los gobiernos latinoamericanos afiancen sus compromisos y den pasos firmes hacia el cumplimiento de obligaciones establecidas ya en sus propios ordenamientos jurídicos. Como hemos visto (véase el capítulo decimosegundo), en las legislaciones de los países latinoamericanos dichos bienes no sólo son considerados propiedad del Estado y han sido declarados como inalienables, imprescriptibles e inembargables, sino que deben esforzarse por que los bienes culturales que han salido ilícitamente regresen a sus territorios.

Las dificultades que pueden tener lugar alrededor del reconocimiento en el extranjero de dichas normas como *lex originis*[2] hacen que su establecimiento en el plano internacional adquiera sentido. La inclusión en un tratado internacional de una regla de conflicto de leyes formulada en esa dirección, que considere lo discutido en las páginas precedentes, sería deseable, además, porque ofrecería mayor seguridad jurídica. La propuesta de

[2] Siehr, K. (2002), *Das IPR der Kulturgüter…*, *cit.*, pp. 754 y 755.

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

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

la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1991, que hemos mencionado (véase el capítulo décimo), contiene una regla de conflicto de leyes redactada en términos claros y sencillos; pero aunque representa un importante avance, no se refiere a todo lo que sería necesario que se discutiera en torno a la existencia de una norma internacional sobre este tema. Esta resolución no se refiere, por ejemplo, a la cuestión sobre cómo ha de determinarse que el objeto es un objeto cultural y que se encuentra en el patrimonio cultural del país; dicho de otra forma, no se refiere a cómo se determina que entre el Estado y un objeto determinado existe un "vínculo cultural";[3] esto es, si debe respetarse la atribución que cada país hace en relación con determinados objetos como parte de su patrimonio cultural.[4] Así, esta propuesta no estaría respondiendo, pues, a la pregunta sobre cuál es el Estado de acuerdo con cuyo ordenamiento jurídico habría de realizarse el proceso de calificación (véase el capítulo tercero).

En cualquier caso, más allá de los asuntos técnicos legales, se encuentra el hecho de que para alcanzar una solución a través de un tratado internacional se requiere de un acuerdo de voluntades. La voluntad de los Estados es esencial para que éstos se obliguen mediante un tratado internacional. Ciertamente, es difícil que una voluntad tal exista en el contexto actual en todos los Estados, especialmente en los Estados de destino, en los que se encuentran la mayoría de los museos, coleccionistas privados, galerías y marchantes de arte y antigüedades. Pero esa voluntad existe, o debería existir, en muchos Estados que, como los países latinoamericanos, son Estados de origen de bienes culturales. Es imaginable, entonces, que estos Estados promuevan discusiones encaminadas a la creación, en el plano internacional, de una normativa que se ocupe del tema que estamos tratando.

Una cuestión importante se refiere, por supuesto, a cuáles serían los foros internacionales en los que pueden tener lugar tales discusiones. En primer lugar, habría de pensarse en la Organización de Estados Americanos, donde se han realizado esfuerzos para la armonización, codificación y desarrollo de soluciones a importantes temas en el marco del derecho internacional privado. La repatriación o restitución internacional de bienes culturales debería ser uno de esos temas, especialmente si consideramos que en el seno de esta organización se adoptó ya en 1976 la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador), que tiene un enfoque desde derecho internacional público. Las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacio-

[3] Jayme, E. (1997), *Protection of Cultural Property and Conflict of Laws…, cit.*, pp. 376-378.
[4] Siehr, K. (2006), *The Beautiful One Has Come…, cit.*, pp. 128 y 129.

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

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

nal Privado han producido más de veinte instrumentos internacionales desde que se abandonó en la región la idea de lograr una codificación general y comprensiva (como lo había sido el Código Bustamante)[5] y se comenzaron a elaborar convenciones especiales sobre materias específicas a partir de la primera Conferencia realizada en Panamá en 1975.

No obstante, es de tener en cuenta, por una parte, el alcance territorial limitado de los instrumentos adoptados en un ámbito regional y, por otra parte, la diversidad que existe en las legislaciones nacionales de los Estados de la región en materia de derecho internacional privado.[6] Frente a ello, es conveniente pensar en impulsar el debate también en foros de alcance universal. En cualquier caso, el tratamiento del tema en el marco de la Organización de Estados Americanos se presenta como insoslayable, dado que ofrece la ventaja esencial de permitir cohesionar voluntades en dos sentidos. Por un lado, para reforzar medidas que desde el derecho internacional privado pueden aunar esfuerzos para hacer frente al problema entre los países de la región, en relación con lo cual es importante recordar que Estados Unidos, donde se encuentra el mercado más importante de bienes culturales, es miembro de la Organización, al igual que lo es Canadá. Por otro lado, tratar el tema de la repatriación o restitución internacional de bienes culturales dentro de la Organización de Estados Americanos fortalecería una posición conjunta de la región en otros foros internacionales, a la vez que la eventual adopción en este ámbito de un instrumento internacional sobre el tema podría influir en negociaciones en la misma dirección en foros internacionales de alcance universal.

En este último sentido, podemos pensar en dos organizaciones internacionales que serían especialmente idóneas para servir como escenarios en el desarrollo de esa labor: el Unidroit y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El primero tiene por objeto trabajar por la armonización, coordinación y uniformidad internacionales de las normas de derecho internacional privado,[7] mientras que la segunda orienta su trabajo hacia la unificación progresiva de esas normas.[8]

---

[5] Samtleben, J. (1983), *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. 1, *Parte general*, Buenos Aires, Depalma, p. 45.

[6] *Ibidem*, p. 46.

[7] Estatuto del Unidroit (con enmienda de 1993), art. 1: "El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado tiene por objeto estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados, de una legislación de derecho privado uniforme".

[8] Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (con última enmienda del 2007), art. 2: "La Conferencia de La Haya tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado".

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

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

El Unidroit, que es una organización intergubernamental establecida en 1940, tiene un amplio recorrido en esta materia. Allí se adoptó el Convenio de Unidroit de 1995, cuyos trabajos en el tema que nos ocupa han sido tratados anteriormente (véanse los capítulos segundo y cuarto). El Unidroit se ha dedicado además al desarrollo de algunos instrumentos de *soft law*, como las Disposiciones Modelo Unidroit/Unesco sobre propiedad estatal de objetos culturales no descubiertos que sean importantes "para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura el arte o la ciencia y que se encuentren en el suelo o bajo el agua", adoptadas en 2011 (véase el capítulo decimosegundo),[9] y recientemente ha incluido el tema de las colecciones privadas de arte en su plan de trabajo para los años 2017-2019.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por su parte, fue establecida como organización intergubernamental en 1955.[10] A favor de la Conferencia de La Haya como foro internacional idóneo para discutir el tema que estamos tratando habla el hecho de que los instrumentos normativos que se han adoptado en su seno gozan de un alto grado de aceptación entre los diferentes Estados. Entre los tratados adoptados en el seno de Unidroit, no son largas las listas de Estados en los cuales se encuentran en vigor. Una excepción es el Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, y su Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico. Además, en la Conferencia de La Haya se han adoptado un mayor número de instrumentos internacionales de *hard law* (tratados internacionales), mientras que en el Unidroit prevalecen instrumentos de *soft law*, es decir, documentos distintos de tratados; por ejemplo, normas modelo o principios.

Ahora bien, paralelamente a la promoción para la adopción de una regla en el plano internacional, sería deseable que se discuta este asunto a nivel nacional en cada uno de los Estados. Sería necesaria una revisión de normas nacionales sobre protección de patrimonio cultural, considerando su eventual aplicación como *lex originis*, lo cual requiere que sean configuradas de una forma que sea posible su comprensión por tribunales extranjeros. Una revisión tal no debería producirse de forma aislada, sino en el contexto de una observación del derecho internacional privado en general,

[9] Estas normas modelo toman en cuenta la Recomendación de la Unesco de 1956, que define los principios internacionales que deberían aplicarse a las excavaciones arqueológicas, la cual se refiere a la propiedad estatal sobre objetos arqueológicos (II. Principios generales, 5, e).

[10] El Estatuto de la Conferencia de La Haya fue adoptado el 31 de octubre de 1951 y entró en vigor el 15 de julio de 1955. Actualmente, la Conferencia de La Haya cuenta con 83 Estados miembros, frente a los 63 Estados que hacen parte del Unidroit.

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

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

y de su papel en el contexto del movimiento internacional de los bienes culturales, evaluando su trascendencia en cuanto a las posibilidades para la repatriación o restitución internacional de ese tipo de bienes.

II. Planteamiento considerando los bienes culturales originarios de pueblos indígenas

1. *Punto de partida*

De las explicaciones expuestas cuando describimos el uso de la regla *lex rei sitae* (véase capítulo séptimo) se desprende que el territorialismo ha estado presente en el derecho internacional privado en América Latina desde que se crearon las primeras codificaciones en el siglo XIX. Desde ese entonces, el territorialismo se ha manifestado en dos dimensiones, que evidentemente tienen connotaciones políticas. La primera dimensión, que se afianzó en los países de la región para ser ejercida frente a la antigua potencia colonial y a los demás Estados,[11] ha implicado una resistencia al reconocimiento y aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales extranjeros (dimensión externa). Esto se ha logrado redactando las normas de conflictos de leyes de manera unilateral (véase el capítulo primero), como ha ocurrido en relación con las normas de conflicto de leyes que incluyen la regla *lex rei sitae* (véase el capítulo séptimo). La segunda dimensión, que hasta el momento ha sido menos estudiada desde la perspectiva del derecho internacional privado, se traduce en el no reconocimiento de los sistemas normativos de los grupos indígenas que viven en los territorios de los países latinoamericanos desde la época precolombina (dimensión interna). Las manifestaciones de ambas dimensiones del territorialismo, tanto la externa como la interna, aún pueden identificarse en los sistemas legales de latinoamericanos. El planteamiento que se expondrá a continuación tiene como objetivo principal analizar la dimensión interna del territorialismo, considerando la posibilidad de atender a algunas normas que se refieren a derechos humanos reconocidos a favor de los pueblos indígenas en los últimos decenios.

Para realizar dicho planteamiento, partiremos de la doctrina del derecho interpersonal.[12] Esta doctrina implica el hecho de que en un Estado

[11] Samtleben, J. (1971), *Territorialitätsgrundsatz im Internationalen Privatrecht…, cit.*

[12] Como se mostrará más adelante, en el marco del presente planteamiento, el derecho interpersonal se ve desde una perspectiva diferente a la adoptada en algunas legislaciones latinoamericanas, como el Código Civil peruano (art. 2056), la Ley de Derecho Internacional

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

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

existan diferentes sistemas legales para diferentes grupos religiosos o culturales. Contrariamente a la doctrina del derecho interestatal o interregional, en la doctrina del derecho interpersonal la selección del ordenamiento jurídico aplicable a una situación jurídica internacional no se realiza atendiendo a divisiones geográficas, sino sobre la base de motivos religiosos o étnicos. Teniendo esto en cuenta, considerar la doctrina del derecho interpersonal podría aportar algunos insumos para imaginar formas de enfrentar algunos de los efectos negativos de la dimensión interna del territorialismo que ha existido tradicionalmente en el derecho internacional privado de América Latina.

La pregunta sobre si la doctrina del derecho interpersonal, en el sentido referido, se encuentra incorporada en los sistemas jurídicos nacionales de América Latina podría ser respondida de dos maneras diferentes. La primera respuesta es que el derecho interpersonal no se encuentra incorporado en los ordenamientos jurídicos de América Latina, en la medida en que no existen normas de conflicto de leyes codificadas que se refieran expresamente a situaciones de derecho interpersonal relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas. La segunda respuesta es que el derecho interpersonal existe en los ordenamientos jurídicos de América Latina, porque a) los Estados latinoamericanos forman parte de instrumentos internacionales vinculantes sobre derechos humanos, como el Convenio 169 de la OIT, que contiene los derechos de los pueblos indígenas a la participación y control de sus derechos y del desarrollo económico, social y cultural propio; b) con base en la diversidad étnica y el pluralismo cultural, los Estados latinoamericanos reconocen derechos fundamentales de los pueblos indígenas en sus Constituciones y regulaciones legales; c) existen las llamadas jurisdicciones indígenas, y d) la aplicación de derecho indígena ha sido reconocida por algunos tribunales nacionales no sólo en materia penal, sino también en asuntos familiares y de propiedad.[13]

Se puede ver fácilmente que si bien la primera respuesta se basa en un enfoque conflictual, la segunda respuesta se basa en una perspectiva material, orientada a los resultados, que se dirige a satisfacer la necesidad de

---

Privado de Venezuela (art. 3) o el Código Civil y Comercial de Argentina (art. 2595, letra b), todos los cuales consideran una remisión a la ley de un Estado plurilegal extranjero en lugar de considerar la diversidad legal en sus propios sistemas jurídicos. Para realizar este planteamiento nos enfocamos en el hecho de que, debido a su diversidad cultural y jurídica, que está reconocida en sus propios órdenes constitucionales y legales, los Estados latinoamericanos son plurilegales en sí mismos.

[13] Figuera Vargas, S. (2011), *La jurisdicción especial indígena y su reconocimiento en el sistema jurídico español*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, disponible en: *https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/108961/1/DDAFP_Figuera_Vargas_SC_LaJurisdicciónEspecial.pdf*.

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

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

ofrecer una justicia material basada en los derechos humanos. Ambas respuestas son correctas.

Comencemos diciendo que la segunda respuesta es correcta, porque en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se pueden encontrar normas materiales específicas sobre los derechos humanos que permiten que los sistemas normativos propios de los pueblos indígenas se apliquen a situaciones que tradicionalmente se rigen por el derecho privado.[14]

Pero llamar la atención, como lo hace la primera respuesta, a la ausencia de normas de conflicto de leyes codificadas que se dirijan a situaciones de derecho interpersonal que involucran a pueblos indígenas, nos exhorta a considerar, en primer lugar, que las normas de conflicto de leyes codificadas pueden contribuir a la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, que las mismas pueden servir al logro de los objetivos subyacentes en la segunda respuesta, centrados en (la justicia basada en) los derechos humanos.[15] Estos derechos incluyen aquellos referidos al patrimonio cultural de los pueblos indígenas que han sido incorporados en instrumentos internacionales, y que respaldan la restitución de objetos que sean importantes para sus tradiciones y hayan sido extraídos de sus territorios sin autorización.[16]

En este sentido, existe un reconocimiento general en la doctrina, que se encuentra reflejado también en el Convenio del Unidroit de 1995, en torno al hecho de que, tratándose de bienes culturales que son usados por grupos culturales vivos con fines religiosos o culturales, ha de prevalecer el interés de dichos grupos en acceder a ese tipo de bienes. Este interés estaría por encima del interés de conservación, de manera que habría de ser aceptada incluso la pérdida originada por dicho uso.[17]

En este orden de ideas, el planteamiento que se realiza en este capítulo desembocará en una regla de conflicto de leyes que incluye algunas características de la doctrina del derecho interpersonal, y que puede servir para satisfacer adecuadamente derechos culturales reconocidos a favor de los pueblos indígenas, que se encuentran en instrumentos de derecho interna-

[14] Estas normas podrían considerarse como normas materiales relevantes para conflictos de leyes. Véase Caamiña, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes…, cit.*

[15] Las reglas de elección de la ley pueden diseñarse para producir un resultado sustantivo particular, como ha señalado Symeonides. Véase Symeonides, S. (2001), "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law", en Borchers, P. y Zekoll, J., *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers.

[16] Nafziger, J. y Dobkins, R. (1999), "The Native American Graves Protection and Repatriation Act in Its First Decade", *International Journal of Cultural Property*, 8(1), 77-107.

[17] Wyss, M. P. (1996), *Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter…, cit.*, p. 205.

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

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

cional público. Dicha norma podría convertirse en una norma de conflicto de leyes codificada aplicable a situaciones relacionadas con la restitución de bienes culturales valiosos para las culturas de esos pueblos, y también podría considerarse como un modelo en otros asuntos.

2. *Derecho internacional privado y diversidad cultural: el derecho interpersonal*

El derecho interpersonal presupone la existencia de Estados con sistemas plurilegales. Los sistemas plurilegales se pueden clasificar en dos grupos. En el primer grupo se encuentran los sistemas de base geográfica (o territorial). Los sistemas en este grupo pueden adoptar varias formas; por ejemplo, pueden ser multilocales, multiestatales o multirregionales, dependiendo de la división y organización política interna de cada Estado. El segundo grupo de sistemas plurilegales está conformado por aquellos que tienen una base personal.[18] En este grupo, diferentes ordenamientos jurídicos son aplicables a diferentes grupos religiosos o étnicos, sin ser necesariamente relevantes los elementos geográficos (territoriales).

En ambos tipos de sistemas plurilegales puede haber situaciones que, en principio, podrían ser regidas por varios ordenamientos jurídicos, es decir, puede haber conflictos de leyes (véase el capítulo primero) en el ámbito interno de los Estados.[19] Las reglas de derecho interpersonal tratan sobre la forma en que se ha de seleccionar el ordenamiento jurídico que se aplicará a una situación a la que varios ordenamientos jurídicos —incluidas normas étnicas o religiosas diferentes— podrían ser, en principio, aplicables. En términos generales, hay dos perspectivas a partir de las cuales las normas de derecho interpersonal, en el sentido en el que está siendo tratado, pueden se concebidas e incorporadas en los sistemas jurídicos.

Primera perspectiva: diversidad en un orden jurídico extranjero

En muchos Estados, las reglas de derecho interpersonal se conciben como aquellas que responden a la pregunta sobre cómo aplicar el ordenamiento jurídico de un Estado extranjero que tiene un sistema plurilegal de

[18] Rauscher, T. (2017), *Internatinales Privatrecht*, 5a. ed. Heidelberg, C. F. Müller.

[19] En el marco del planteamiento que aquí se presenta, se considerará el derecho interpersonal que contempla los conflictos de ley que ocurren en sistemas plurilegales por razones personales.

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

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

base personal,[20] cuando la aplicación de dicho ordenamiento jurídico es ordenada por una norma de conflicto de leyes nacional. En otras palabras, estos Estados consideran la remisión a un ordenamiento jurídico extranjero, es decir, perteneciente a otro Estado con un sistema plurilegal de base personal, en lugar de considerar la existencia de diversidad jurídica y la posibilidad del surgimiento de conflicto de leyes dentro de sus propios sistemas. En este sentido, encontramos entre las codificaciones de derecho internacional privado en América Latina el artículo 2056 del Código Civil peruano, por ejemplo, que establece lo siguiente: "Cuando en la ley extranjera aplicable coexistan varios sistemas legales, el conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en la ley extranjera correspondiente". La misma regla está incluida en la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (artículo 3). El artículo 2595, letra b, del Código Civil y Comercial de Argentina es muy similar, aunque además incluye la conexión más cercana (o vínculo más estrecho) como factor de conexión:

> …si hay varios sistemas legales vigentes con competencia territorial o personal, o si se siguen diferentes sistemas legales, la ley aplicable está determinada por las normas vigentes en el Estado al que pertenece ese derecho y, en ausencia de tales normas, por el sistema legal en disputa que presenta las conexiones más cercanas con la relación jurídica en cuestión.

Remisiones al ordenamiento jurídico de un Estado extranjero con un sistema plurilegal se encuentran en codificaciones de derecho internacional privado en diferentes partes del mundo, como el artículo 4, párrafo 3, de la Ley Introductoria al Código Civil alemán,[21] o el artículo 12, párrafo 5, del Código Civil español.[22] También se usan en instrumentos supranacionales o internacionales.[23]

[20] Por lo general, la remisión a los ordenamientos jurídicos de Estados con sistemas plurilegales basados tanto en motivos geográficos (territoriales) como personales se tratan en la misma norma, como se hace en el art. 4, párrafo 3, de la Ley Introductoria al Código Civil alemán.

[21] Ley Introductoria al Código Civil de Alemania, art. 4, párrafo 3: "Cuando se hace referencia a la ley de un Estado con varias jurisdicciones sin especificar la más autorizada, la ley de ese Estado determina la ley de qué jurisdicción parcial se aplicará. Si falta dicha regla, se debe aplicar la ley de la jurisdicción parcial con la que los hechos están más estrechamente relacionados" (traducción propia).

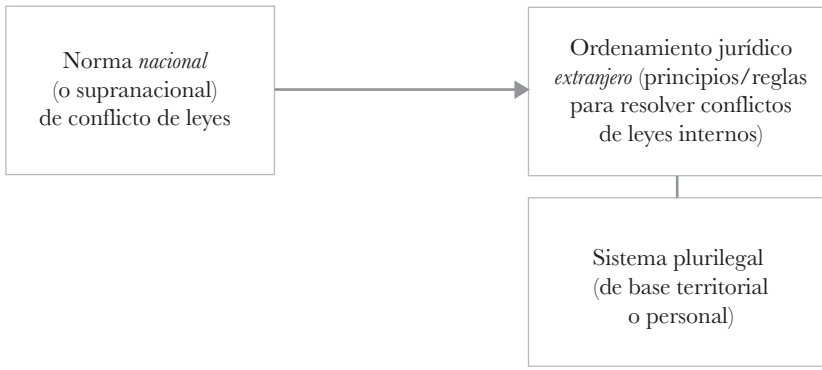
[22] Código Civil de España, art. 12, párrafo 5: "Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado".

[23] Ejemplos de esto último son el art. 37 del Reglamento de la UE 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a

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

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

Desde la perspectiva descrita anteriormente, el funcionamiento de las reglas de derecho interpersonal se puede exponer gráficamente de la siguiente manera:



A veces, las normas de derecho interpersonal solamente se relacionan con asuntos de matrimonio, familia o sucesiones,[24] como integrantes del llamado estatuto personal. El motivo de esto parece ser que en estos asuntos es más probable que se aplique un ordenamiento jurídico extranjero, mientras que, en otros asuntos, aquellos que no están incluidos en el estatuto personal, existen reglas según las cuales la aplicación de la ley extranjera no es tan fácil; por ejemplo, en asuntos de propiedad, a los que generalmente se aplica la regla *lex rei sitae* de forma territorial (unilateral), como hemos tenido oportunidad de ver (véase el capítulo séptimo). Sin embargo, si la norma de derecho interpersonal está escrita en términos generales (como ocurre, por ejemplo, en el Código Civil peruano), no parece haber razón para limitar su alcance de esa manera.

---

la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; el art. 34 de la Reglamento de la UE (UE) 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas; el art. 34 del Reglamento de la UE (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, o el art. 49 del Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

[24] Rauscher, T. (2017), *Internationales Privatrecht…, cit.*

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

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

Es de aclarar que algunos tratados internacionales sobre derecho internacional privado incluyen normas que se parecen a las normas mencionadas anteriormente, pero que en realidad son diferentes. Se trata de las denominadas "cláusulas federales".[25] Éstas se encuentran en convenciones adoptadas en el marco de la OEA,[26] en las que se hace referencia a los Estados que tienen varias unidades territoriales, cada una con un sistema legal diferente sobre el tema tratado en la convención respectiva. En ellas se contempla, entonces, la existencia de Estados con un sistema plurilegal de base territorial. Estos Estados tienen la opción de declarar a cuáles de tales unidades territoriales se aplicará la Convención de que se trate. Este tipo de normas se encuentran, por ejemplo, en las convenciones de la OEA sobre arbitraje comercial internacional (artículo 11), sobre restitución internacional de menores (artículo 34) y sobre normas generales de derecho internacional privado (artículo 15). Igualmente, se pueden encontrar normas de este tipo en tratados universales (artículo 14, primer párrafo, del Convenio del Unidroit de 1995).

Segunda perspectiva: diversidad en el orden jurídico propio

Desde esta perspectiva, el derecho interpersonal se refiere a órdenes internos jurídicamente plurales, es decir, a la existencia de sistemas plurilegales de base personal que se fundamentan en la diversidad religiosa o étnica dentro del propio Estado. En este sentido, se alude a "…conflictos [que] pueden surgir de la coexistencia de varios grupos o tribus raciales, entre adherentes de comunidades religiosas particulares, entre miembros de grupos escindidos dentro de la misma fe o entre clases".[27]

La doctrina del derecho interpersonal desde esta perspectiva fue ampliamente desarrollada en las antiguas *Dutch Indies*, actual Indonesia. Allí se creó un sistema de derecho privado pluralista, no uniforme. Este sistema era aplicable para los principales grupos de población identificados por el Estado: europeos, extranjeros orientales y nativos indonesios,[28] y

[25] Maekelt, T., Hernández-Bretón, E. y Madrid, C. (2015), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y concordancias*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pp. 19 y 20.

[26] Maekelt, T. (2005), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, p. 207.

[27] Boparai, H. (1985), "Reviewed Work(s)", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III (*Private International Law*), Chapter 10, "Interpersonal Conflict of Laws by Kurt Lipstein and Istvan Szaszy", *American Journal of Comparative Law*, 36(4), 783-87, pp. 783-785.

[28] Gouw Giok Siong (1965), "Interpersonal Law in Indonesia", *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 29, p. 549.

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

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

sus reglas tenían como objetivo determinar qué ordenamiento jurídico debía aplicarse a las situaciones jurídicas en las que sujetos de diferentes grupos realizaran transacciones privadas entre sí. Tales situaciones podían referirse a cualquier asunto legal; por ejemplo, contratos, matrimonio, asuntos agrarios o responsabilidad extracontractual.[29] Rasgos del modelo desarrollado en Indonesia se transmitieron a algunos países de África, donde ya existía una administración de justicia autóctona, aplicable en los territorios de autogobierno, para resolver situaciones de conflicto de leyes.[30] La doctrina del derecho interpersonal se ha desarrollado también en otras regiones.

En los diferentes Estados con sistemas plurilegales de base personal se han desarrollado soluciones desde el punto de vista jurisdiccional (dirigidas a resolver conflictos de jurisdicción) y soluciones desde el punto de vista del derecho aplicable (dirigidas a resolver conflictos de leyes). Dependiendo del reconocimiento y regulación en cada Estado, estas soluciones pueden tener lugar, o bien en normas de conflicto de leyes adoptadas por el propio Estado, o bien mediante el reconocimiento de las normas que integran el sistema normativo propio del grupo.[31]

En este sentido, han sido identificadas las siguientes modalidades:[32]

1) Sistemas que operan dentro de su propia esfera, de forma separada del Estado y de otros sistemas jurídicos (esto ha ocurrido con sistemas normativos religiosos, como en el caso del derecho canónico y otras Iglesias cristianas).
2) Sistemas que son aplicados por los tribunales estatales (esto ha ocurrido en países como Egipto, Túnez, Algeria, Marruecos, Sudán, Grecia, Indonesia, India, Paquistán, Bangladesh y Malasia), y
3) Sistemas que son administrados por los tribunales del propio grupo, que ejercen jurisdicción basada en delegación realizada por el Estado (esto ha ocurrido en Siria, Iraq, Jordania, Libia, Líbano e Israel).

[29] *Idem*.

[30] Schiller, A. (1962), "Conflict of Laws in East Africa", en edited by R. Kollewijn, R. y Offerhaus, J. (eds.), *De Conflictum Legum*, Leiden, A. W. Sijthoff, p. 430; Rauscher, T. (2017), *Internationales Privatrecht…, cit.*

[31] Lipstein, K. y Szászy, I. (2011), "Interpersonal Conflict of Laws", en Lipstein, K. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 3, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 1-35.

[32] Esta clasificación ha sido realizada por Lipstein y Szászy (2011), quienes ofrecen una exposición detallada sobre la conformación de los diferentes sistemas de derecho personal que se indican en cada una de las modalidades indicadas.

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

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

Si bien los sistemas plurilegales de base personal pueden estar atados de alguna forma a un espacio territorial,[33] el elemento territorial no es esencial a ellos. De allí deriva que sea la membresía, es decir, la pertenencia al grupo, el aspecto que se utiliza como elemento atributivo de competencia (en las normas de conflicto de jurisdicción) o como factor de conexión (en las normas de conflicto de leyes) (véase el capítulo primero). En este sentido, cuando la jurisdicción es ejercida por el propio grupo (modalidad 3), la pertenencia al grupo sirve como base para el ejercicio de la jurisdicción, a la vez que determina el ordenamiento jurídico aplicable. Sin embargo, en el caso de que la solución adoptada en el ordenamiento jurídico respectivo consista en otorgar jurisdicción y competencia a los tribunales estatales (modalidad 2), la pertenencia al grupo determina únicamente cómo se resolverá el conflicto de leyes, es decir, determina sólo el ordenamiento jurídico aplicable.[34]

III. Situación en América Latina

En América Latina existió después de la independencia un periodo en el que se aplicaban diversas normas nacionales y normas de origen español. En el siglo XIX, a raíz de la independencia, la solución que se encontró a esa especie de caos legal consistió en crear codificaciones uniformes en cada una de las nuevas repúblicas.[35] En términos generales, estas soluciones se basaron en el Código Civil francés, en el que se inspiró el Código Civil escrito por Andrés Bello por encargo del gobierno chileno, y que fue adoptado en 1855 (véase el capítulo séptimo). En el desarrollo de este proceso, algunos Estados se convirtieron en sistemas federales, de modo que algunos países tienen un sistema plurilegal de base territorial o geográfica. No obstante, desde el punto de vista personal (religioso o étnico), las codificaciones en materia de derecho privado (tanto civil como comercial) se establecieron de manera uniforme. En este mismo sentido, en el marco de esas codificaciones, las reglas de derecho internacional privado se incluyeron también uniformemente.

Sin embargo, especialmente durante las últimas tres décadas, la diversidad cultural y jurídica de América Latina ha sido reconocida en sus órde-

[33] Véase, por ejemplo, Constitución Política de Colombia, art. 246: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales *dentro de su ámbito territorial*, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República…" (resaltado fuera del texto).

[34] Lipstein, K. y Szászy, I. (2011), *Interpersonal Conflict of Laws…*, *cit.*, p. 25.

[35] Lira Urquieta, P. (1981), *Código Civil de la República de Chile*, Introducción…, *cit.*

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

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

nes constitucionales y legales. Este reconocimiento se ha relacionado con los debates sobre cuestiones indígenas en el ámbito internacional y la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en los instrumentos de derecho internacional público, destacando el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas de 2007 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Antes de que este desarrollo comenzara a consolidarse, la diversidad de sistemas normativos —indígenas y no indígenas— no daba lugar a la existencia de verdaderos conflictos de leyes dentro de los sistemas nacionales de América Latina, puesto que las complejidades derivadas de la existencia de los sistemas normativos indígenas no eran plenamente reconocidas por los Estados, con lo cual no podían operar efectivamente. La jurisdicción de las autoridades indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos indígenas no era reconocida por el Estado; tampoco los tribunales estatales aplicaban dichas normas.[36]

De ello derivó que la diversidad jurídica de nuestros países no haya sido estudiada desde el punto de vista de la doctrina del derecho interpersonal, y que el derecho internacional privado, en cuanto disciplina científica, haya soslayado este asunto. Puede decirse, entonces, que la relevancia del derecho interpersonal en América Latina vendría de la mano del desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en el plano internacional, así como de los cambios constitucionales ocurridos en los países de la región durante las últimas décadas.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho internacional privado, no parece posible asegurar que las normas legales que reconocen y desarrollan los derechos de los pueblos indígenas puedan ser consideradas normas de conflicto de leyes propiamente, aseveración ésta cuya comprobación requeriría de un análisis exhaustivo de cada uno de tales instrumentos normativos. Lo que puede decirse con certeza, por ahora, es que en los órdenes jurídicos latinoamericanos se ha usado el método de atribución de jurisdicción a las autoridades de los propios grupos.[37]

En este sentido, se pueden mencionar algunos ejemplos. Así, se puede hacer referencia a la decisión del Segundo Juzgado de Primera Instancia en Asuntos Civiles, Comerciales y Agrarios del estado Anzoátegui, en Venezuela, del 22 de abril de 2008, relativa a los derechos de mejoras sobre un lote de terreno. Tanto el demandante como el demandado eran

[36] Para Lipstein y Szászy, si se presentan esos tres escenarios, no hay propiamente conflicto de leyes, desde el punto de vista del derecho interpersonal. Lipstein, K. y Szászy, I. (2011), *Interpersonal Conflict of Laws…*, *cit.*, p. 4.

[37] Véase, por ejemplo, la Constitución Política de Colombia, art. 246.

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

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

miembros de una comunidad indígena. El tribunal declinó la jurisdicción para conocer del caso, por considerar que éste debía ser decidido por las autoridades indígenas, de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales.[38] Otros ejemplos que pueden mencionarse se encuentran relacionados con el divorcio y la adopción. En uno de estos casos, una autoridad indígena en Colombia aprobó el divorcio entre dos miembros de la comunidad y decidió, según la ley indígena (Wayuu), que la familia de la esposa estaba obligada a compensar a la familia del esposo con una determinada suma de dinero y un collar.[39]

En otro caso, la autoridad de una comunidad indígena Nasa-Páez, en el departamento colombiano del Cauca, permitió que un niño abandonado fuera adoptado por una pareja, basándose en el amor que le habían otorgado. Asimismo, se puede hacer referencia a una decisión en materia de sucesiones de la comunidad Nasa, en el departamento del Tolima, Colombia.[40] Después de la muerte del padre, se realizó la partición de un terreno entre los hijos supervivientes. Una hija se había ido de la comunidad hacía veinticinco años y no había atendido a sus padres durante la vejez. Según las leyes tradicionales del pueblo Nasa, los hijos que abandonan a la familia por más de diez años pierden los derechos hereditarios. Sólo se reconocen tales derechos a quienes, habiéndose ido por razones justificadas, continúan "…cumpliendo con sus obligaciones comunitarias como indígenas y ayuden a sus familias en las necesidades de la vida… cuando mueren los padres, los hijos se ponen de acuerdo y buscan a la autoridad indígena… para que realice la partición de los bienes".[41]

En este caso, la hija que había abandonado la comunidad demandó a sus hermanos ante los tribunales ordinarios, frente a lo cual los hermanos recurrieron a la jurisdicción especial indígena. La autoridad indígena de-

[38] Véanse arts. 119 a 126 de la Constitución venezolana y arts. 27, 130, 131, 132 y 133 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

Véase también Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Transito. Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui – Venezuela. Juez Provisorio: Jesús Gutiérrez Díaz. Interdicto Restitutorio. 22 de abril de 2008. Véase Figuera Vargas, S. (2011), *La jurisdicción especial indígena…, cit.*, pp. 178-180.

[39] Oficina de Asuntos Indígenas de Uribia. Decisión Indígena de Divorcio. Guajira. 29 de agosto de 1989. Véase Figuera Vargas, S. (2011), *La jurisdicción especial indígena…, cit.*, anexo.

[40] Jurisdicción Especial Indígena Nasa de la Comunidad de Barbacoas. Cabildo Indígena Nasa de Barbacoas. Rioblanco. Tolima. Resolución 001 de 2002. Véase Consejo Superior de la Judicatura (2006), *Compilación y selección de fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena, 1980-2006*, Bogotá, Centro de Documentación Judicial, pp. 130-132.

[41] *Idem*.

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

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

cidió asumir la competencia para realizar el reparto de los bienes según el derecho de la comunidad.[42]

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede haber duda de que los sistemas jurídicos de los Estados latinoamericanos son sistemas plurilegales de base personal. Sin embargo, deben ser hechas algunas observaciones. Por una parte, desde el punto de vista del derecho internacional privado, en América Latina se mantienen características de uniformidad de las codificaciones adoptadas en el siglo XIX. Si bien algunas codificaciones sobre derecho internacional privado toman en cuenta, como se ha visto, el derecho interpersonal que pueda existir en órdenes jurídicos extranjeros, el derecho internacional privado no considera la doctrina del derecho interpersonal en relación con los propios órdenes jurídicos nacionales, en tanto órdenes internos jurídicamente plurales. Por otra parte, el tratar de dar a los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas un carácter autónomo y absoluto, parece haberse producido el efecto de "dividir en lugar de unir".[43] Frente a ello, sería aconsejable en términos de efectividad, y también en aras de claridad y seguridad jurídica, que se promueva una integración mediante legislación estatal.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, en el marco del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en los planos nacional e internacional, no ha sido fin de los Estados latinoamericanos modificar o suplementar los sistemas jurídicos indígenas. Esto se relaciona con el hecho de que en los países latinoamericanos, al igual que en otros países con población indígena, se ha rechazado la posibilidad de codificación de los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas con base en argumentos de diversa índole, pero especialmente debido al riesgo de petrificación. Colombia es tal vez el país en América Latina donde más se ha intentado tratar de una manera sistemática la diversidad jurídica reconocida en las normas constitucionales y legales. Ello ha tenido lugar mediante jurisprudencia y a través de la doctrina, pero no desde el punto de vista del derecho privado, sino más bien atendiendo principalmente a su relevancia desde el punto de

[42] Cabildo del Resguardo Indígena de Vitonco. Resolución 002. Cauca. 17 de septiembre de 1999. Véase Figuera Vargas, S. (2011), *La jurisdicción especial indígena… op. cit.*, p. 165.

[43] Según Lipstein y Szászy, "[si] bien es cierto que las reglas de conflictos interpersonales promulgadas o controladas por el estado equilibran y estabilizan los enfrentamientos entre las leyes de las diversas comunidades, el carácter autónomo o absoluto de los sistemas jurídicos personales divide a las unidades a pesar de cualquier intervención de la autoridad central; y los desarrollos recientes han demostrado que la integración es promovida mejor por la legislación central…". Lipstein, K. y Szászy, I. (2011), *Interpersonal Conflict of Laws…*, *cit.*, p. 26.

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

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

vista del derecho penal.[44] No obstante, no se ha realizado una sistematización clara en cuanto a los sistemas normativos indígenas ni de la relación de éstos entre sí ni de su relación con el sistema jurídico del Estado. Esa situación ha conducido a que se ponga en duda la existencia de un verdadero pluralismo jurídico en Colombia.[45]

Desde el punto de vista jurídico (más que político, antropológico o de otra índole), la diversidad cultural, y con ella la diversidad jurídica, ha sido observada sólo dentro del marco del derecho público, en particular dentro de la esfera del derecho internacional público (derechos humanos) o la esfera del derecho constitucional. Si bien es importante observar la diversidad cultural desde el derecho internacional público y el derecho constitucional, pues allí es donde tiene lugar el reconocimiento y se trazan los límites de los derechos de los pueblos indígenas, no parece suficiente ver la diversidad cultural, y con ella la diversidad jurídica, *únicamente* dentro de esas esferas jurídicas. Cada una de dichas esferas jurídicas tiene sus propias herramientas teóricas y normativas, que son distintas de las que han sido construidas en el marco de lo que en el desarrollo de la historia del derecho se ha identificado como derecho privado. La esfera del derecho privado dispone, por su parte, de herramientas teóricas y normativas que le son propias, y que están llamadas a respetar, pero también a materializar los derechos humanos y fundamentales en transacciones entre sujetos privados, siendo éstos individuos o colectividades. En este contexto, ha de observarse que ha sido en la esfera del derecho privado donde se ha desarrollado la doctrina del derecho interpersonal en los sistemas jurídicos de los diferentes países que han sido mencionados. El observar, pues la diversidad cultural y jurídica dentro de la esfera del derecho privado, en particular desde la perspectiva que brinda el derecho internacional privado, puede permitir tener en cuenta las experiencias en esos países, en las direcciones mencionadas, y abrir, así, los horizontes de análisis.

Como se ha dicho, desde el punto de vista del derecho internacional privado, no parece posible asegurar que las normas constitucionales y legales que reconocen y desarrollan los derechos de los pueblos indígenas puedan ser consideradas normas de conflicto de leyes propiamente. En este contexto, el reconocimiento de la existencia de sistemas plurilegales de base

[44] Benítez Naranjo, H. D. (2002), "La Corte Constitucional ¿juez penal? El caso de la Jurisdicción Especial Indígena", *Opinión Jurídica*, 1(2), 51-58.

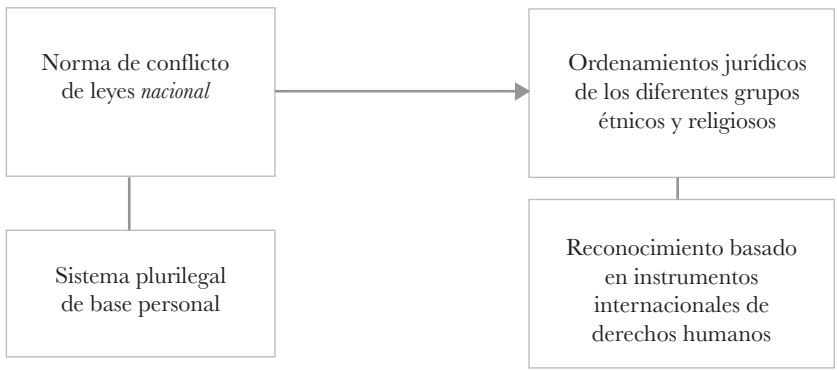
[45] Figuera Vargas, S. y Ariza Lascarro, A. (2015), "Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano", *Revista de Estudios Sociales*, 53, pp. 65-76.

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

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

personal en América Latina podría tener lugar mediante la codificación de normas de conflicto de leyes en relación con ciertos temas.

La forma como podría funcionar el reconocimiento mediante una regulación de los conflictos de leyes se puede representar gráficamente de la siguiente manera:



Vale acotar que las dos formas antes mencionadas de concebir el derecho interpersonal —es decir, como referido a la remisión a un ordenamiento jurídico extranjero y como aplicado a situaciones jurídicas internas— pueden incluirse en el sistema de derecho internacional privado de un mismo Estado con un sistema plurilegal. Este es el caso en España, que es un Estado con un sistema plurilegal de base territorial bastante complejo.[46] El Código Civil español contiene no sólo la regla del artículo 12, párrafo 5, mencionado anteriormente, para regir las remisiones al ordenamiento jurídico de un Estado plurilegal extranjero, sino también la regla del artículo 16, que se dirige a resolver conflictos de leyes internos, surgidos por la naturaleza plurilegal de su propio sistema.[47]

[46] Borrás Rodríguez, A. (1994), "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 249, La Haya, Martines Nijhoff Publishers; Domínguez Lozano, P. (1997), "Internal Conflicts and «Interregional Law» in the Spanish Legal System", *Spanish Yearbook of International Law*, 5, 43-72.

[47] Código Civil de España, art. 16: "1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1a. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2a. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del art. 12 sobre calificación, remisión y orden público.

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

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

IV. Territorialismo y bienes culturales indígenas

Una concepción rígida de la regla *lex rei sitae* —que, como hemos visto ordena la aplicación de la ley del lugar de la ubicación (véase el capítulo séptimo)— puede socavar los reclamos de los pueblos indígenas para la restitución de objetos culturales que son valiosos para sus culturas. Ello puede ocurrir, por ejemplo, debido a la protección de la adquisición de buena fe por parte de terceros (véase el capítulo cuarto), o debido a la prescripción de las acciones que pudieran ser ejercidas en los Estados donde dichos objetos se encuentran actualmente situados (véase el capítulo sexto). En este sentido, se podría pensar que la regla *lex rei sitae* es problemática cuando se encuentra en los ordenamientos jurídicos de los Estados de destino de los objetos culturales cuyos tribunales tienen competencia para decidir sobre tales reclamaciones, y no en los Estados de origen, como es el caso de la mayoría de los países latinoamericanos en relación con objetos culturales arqueológicos o etnográficos, valiosos para los pueblos indígenas. Por otra parte, se podría decir que los problemas relacionados con la regla *lex rei sitae* no inciden sólo en las reclamaciones de los pueblos indígenas, sino que surgen también en relación con las reclamaciones de los propios Estados de origen o de sujetos privados. Es común que, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos de los países de origen, el Estado tenga derechos de propiedad sobre algunos objetos culturales (por ejemplo, objetos arqueológicos), así como que los sujetos privados tengan derechos de propiedad (protegidos por el derecho privado común), aunque estos pueden estar limitados legalmente (véase el capítulo decimosegundo).

---

2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del art. 9 y, en su defecto, por el Código Civil.

En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación".

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

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

Ambas consideraciones son correctas. Sin embargo, lo que aborda críticamente el planteamiento que se presenta aquí va más allá de la concepción exclusiva de la regla *lex rei sitae* en relación con la restitución de objetos culturales únicamente desde una perspectiva internacional. Este planteamiento encara el territorialismo, en su dimensión interna, que subyace tras la rígida forma en la que se encuentra formulada la regla *lex rei sitae* dentro de los sistemas de derecho internacional privado de los países latinoamericanos, y los efectos que esto puede tener con respecto a algunos derechos culturales de los pueblos indígenas.

V. Propuesta normativa

La protección legal de los objetos culturales de los pueblos indígenas frente a su exportación ilegal puede producirse, y de hecho se ha producido, mediante normas materiales (véase el capítulo primero). Un ejemplo de ello se encuentra en el Decreto Supremo 22546 de Bolivia, del 23 de julio de 1990, en el que se autoriza a las autoridades de la comunidad Coroma, provincia Quijarro, departamento de Potosí, para que realicen gestiones "dentro o fuera del país, para la recuperación total de los textiles ceremoniales de los *ayllus* de Coroma… inclusive en nombre y representación del Estado Boliviano, si fuere necesario" (artículo 1), y se establece que "los textiles de los *ayllus* de Coroma que sean recuperadas no ingresarán al Museo Nacional de Etnografía y Folklore, sino que retornarán al cantón Coroma y sus *ayllus*, responsables de su cuidado y conservación" (véase el capítulo decimosegundo). El Decreto justifica esa disposición por "la función preponderante que desempeñan en la organización social, política y religiosa de la citada comunidad" (artículo 2).

La siguiente propuesta se distingue de una regulación como la que acaba de señalarse, porque, además de ser realizada desde la perspectiva conflictual del derecho internacional privado, la que se propone es una regla que tiene carácter general. Aunque la regla que se propone no tiene como objetivo ofrecer una solución a todos los conflictos de jurisdicción o de leyes que surjan de situaciones de derecho interpersonal relacionadas con los pueblos indígenas que viven en un Estado en particular, sino sólo casos referidos a bienes culturales restituidos del extranjero. En este sentido, no se pretende formular una nueva versión del derecho interpersonal para los países latinoamericanos. No obstante, esta propuesta podría contribuir a la concepción de una futura norma de conflicto de leyes que po-

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

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

dría considerarse "elíptica", al abarcar solamente algunas situaciones con elementos de derecho interpersonal que pudieran tener lugar.[48] El objetivo de la presente propuesta es ofrecer una posible manera de enfrentar situaciones referidas a la restitución de bienes culturales originarios de pueblos indígenas, desde la perspectiva del conflicto de leyes. En la propuesta se pueden encontrar, asimismo, elementos de la doctrina del derecho interpersonal.

Es posible plantear, como punto de partida, una situación que permita encontrar un patrón hipotético.[49] Podría pensarse en un pueblo indígena que perdió una colección de objetos culturales; por ejemplo, esculturas de madera[50] o textiles[51] con un valor religioso para el pueblo. Más allá de las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos a las que se ha hecho referencia, en estos casos, y en aquellos referidos a restos humanos pertenecientes a grupos culturales indígenas, se trata, como señala Siehr, de bienes culturales que, independientemente de su valor artístico o histórico, son parte de un contexto cultural, a cuya conservación todos estamos llamados o, por lo menos, todos debemos respetar.[52]

Supóngase que tales objetos fueron tomados por individuos locales y transferidos a terceros (por ejemplo, vendedores de antigüedades) en el ex-

[48] Una regla de conflicto "elíptica" no pretende cubrir todos los casos posibles. Symeonides, S. (2016), *Choice of Law…, cit.*, p. 228.

[49] Symeonides, S. (2005), *A Conflict-of-law Rule…, cit.*, p. 1183.

[50] Un caso muy conocido referido a esta clase de bienes es el caso Afo-A-Kom. En este caso, se trata de una figura de un tótem que apareció en Estados Unidos en los años setenta. La figura, que era originaria de Camerún, específicamente del reino Kom, para el cual representaba un importante símbolo, había sido adquirida por un comerciante de arte de Nueva York, quien la ofrecía a la venta. Finalmente, la figura fue devuelta voluntariamente a Camerún. Sin embargo, si la figura hubiera sido reclamada judicialmente por Camerún, como considera Siehr, el caso posiblemente hubiera sido resuelto de manera comparable al caso de las estatuillas nigerianas, resuelto por el Tribunal Federal de Alemania, en 1972 (véase el capítulo noveno). Véase Siehr, K. (1994), *Öffentliches Recht und internationales Privatrecht…, cit.*, p. 98; Merryman, J. H. (1989), *The Public Interest…, cit.*; Jayme, E. (1994), *Neue Anknüpfungsmaximen…, cit.*; Kurpiers, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht…, cit.*, p. 209.

Otros casos relacionados con bienes culturales de origen indígena que han sido ampliamente comentados son el caso de Lakota Ghost Dance Shirt (véase Carruthers, J. (2005), *The Transfer of Property in the Conflict of Laws…, cit.*, p. 125), devuelta por el Comité de Arte y Cultura del Ayuntamiento de Glasgow en 1998.

[51] Por ejemplo, el caso de los tejidos de la comunidad Coroma en Bolivia (véase el capítulo decimosegundo). Más bibliografía sobre este caso disponible en: *https://traffickingculture.org/encyclopedia/case-studies/coroma-textiles/*.

[52] Siehr, K. (1994), *Öffentliches Recht und internationales Privatrecht…, cit.*, p. 99. Véase también Kurpiers, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht…, cit.*, p. 209.

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

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

tranjero. En el caso extremo, podría ocurrir incluso que los objetos se transfieren en un país cuyo sistema legal permite que, aun cuando se exija la buena fe, los bienes muebles puedan ser adquiridos sin tener en cuenta la procedencia legal de los objetos (véase el capítulo cuarto).

Ahora, la propuesta se refiere, en concreto, a situaciones en las que los bienes culturales originarios de un pueblo indígena, que han sido trasladados fuera del territorio del país que dicho pueblo habita, son restituidos desde el extranjero. De manera que la cuestión principal consistiría en determinar qué ordenamiento jurídico debe aplicarse para decidir sobre el destino final de los objetos.

En este sentido, en la legislación nacional del Estado de origen se podría incluir una norma de conflicto de leyes como la siguiente:

> Si un objeto de valor cultural para un pueblo indígena es (o puede ser) devuelto al territorio nacional, el destino final de dicho objeto se rige por el ordenamiento jurídico de ese pueblo indígena, a menos que el pueblo indígena decida que debe regirse por el ordenamiento jurídico nacional del Estado del cual hace parte.

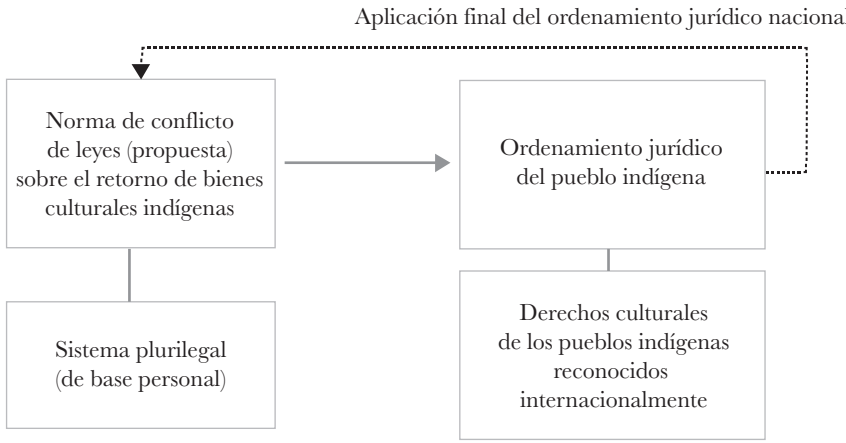
En la última oración se puede observar el carácter residual de la norma propuesta. Esta norma se basa en el derecho al autogobierno, tal como ha sido reconocido a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Incluso, más que una simple consulta, la decisión del pueblo indígena puede verse como una expresión del principio de autodeterminación.

Desde el punto de vista del derecho internacional privado, en su perspectiva conflictual, el ordenamiento jurídico del pueblo indígena puede ser visto como el ordenamiento con la relación más estrecha. Esta solución ya ha sido considerada en materia de bienes culturales (véase el capítulo octavo). La Resolución de Basilea de 1991 (véase el capítulo décimo), por ejemplo, adoptó tal aproximación en relación con las ventas internacionales de obras de arte, para las que se recomendó la aplicación de la ley del país de origen: "Se aplicarán las disposiciones de la ley del país de origen que rigen la exportación de obras de arte" (artículo 3), entendiendo que "«país de origen» de una obra de arte significa el país con el cual la propiedad en cuestión está más estrechamente vinculada desde el punto de vista cultural" (artículo 1, lit. b).

El funcionamiento de la aplicación de la norma propuesta puede ser representado gráficamente de la siguiente manera:

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

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



En la aplicación de la norma propuesta pueden identificarse dos momentos. El primer momento es aquel en el cual la situación es resuelta directamente mediante el ordenamiento jurídico propio del pueblo indígena (derecho sustantivo). En un segundo momento, la situación se resuelve según el ordenamiento jurídico nacional (derecho sustantivo), debido a una remisión hecha por la decisión del pueblo indígena, en consideración de su ordenamiento jurídico propio.

Una norma de conflicto de leyes como la propuesta, en la cual se incluye un enfoque desde la doctrina del derecho interpersonal, brindaría mayor claridad y certeza no sólo a las autoridades nacionales, sino también a las extranjeras, cuyos sistemas de derecho internacional privado contengan una norma como la de la Ley Introductoria al Código Civil alemán o la del Código Civil y Comercial argentino, a las que se ha hecho referencia anteriormente. En este sentido, en la medida en que el artículo 4, párrafo 3, de la Ley Introductoria al Código Civil alemán, que mencionamos arriba, por ejemplo, contiene una remisión al ordenamiento jurídico extranjero en su conjunto (*Gesamtverweisung*),[53] es posible plantearse si dicha remisión pudiera incluir normas no codificadas (por ejemplo, las que hacen parte de un ordenamiento jurídico indígena) como parte del ordenamiento jurídico nacional extranjero. En cualquier caso, la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero de un Estado con un sistema jurídico purilegal de base personal sería más acorde con las normas internacionales de derechos humanos si este ordenamiento incluye una norma de conflicto de leyes codificada como la que se propone.

[53] Rauscher, T. (2017), *Internationales Privatrecht…, cit.*, p. 99.

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

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

Una norma que ofrece una solución que puede, en el fondo, producir en la práctica un resultado similar, aunque únicamente en cuanto respecta a los restos humanos indígenas que se encuentran en museos, se encuentra en la Ley 25517 de Argentina, adoptada en 2001, en la cual se regula lo concerniente a ese tipo de bienes. El artículo 1 de esa Ley establece: "Los restos mortales de aborígenes, cualquiera fuera su característica étnica, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas, deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que lo reclamen".[54]

Ahora bien, una pregunta importante es la que se refiere a cómo llegarían las autoridades de un país cuyo sistema legal contiene una regla de conflicto de leyes (por ejemplo, el artículo 2595, letra b, del Código Civil y Comercial de Argentina) a aplicar el ordenamiento jurídico del país de origen del objeto de valor cultural para un pueblo indígena, en lugar de la regla *lex rei sitae*, en el caso de que ésta fuera, en principio, aplicable según su ordenamiento jurídico. Frente a dicha cuestión, las siguientes tres respuestas serían posibles:

Primero, una interpretación flexible o amplia de la regla *lex rei sitae* por parte de las autoridades, que tome en cuenta, por ejemplo, que las circunstancias fácticas exigen la consideración de la *lex originis* como el ordenamiento jurídico que tiene el "vínculo más estrecho" con la situación (véase el capítulo octavo). También se pueden observar los límites estrechos (carácter rígido) de la regla *lex rei sitae* y considerar que existe una laguna axiológica, porque el ordenamiento jurídico del lugar de la ubicación no tiene en cuenta la protección de los bienes culturales, en cuanto valor protegido por instrumentos internacionales vinculantes, como la Convención de la Unesco de 1970, valor éste que sería mejor atendido mediante la *lex originis* (véase el capítulo décimo).

En segundo lugar, una norma nacional (o de carácter supranacional o regional) puede contener una excepción específica a la regla *lex rei sitae* en relación con la propiedad cultural. Las variantes de esta opción son diversas, de lo cual dan muestra las normas adoptadas en Bélgica, Bulgaria y la Unión Europea, que conllevan una remisión a la *lex originis* (véase el capítulo undécimo).

En tercer lugar, una posible norma de conflicto de leyes codificada, que podría ser incluida en un instrumento de derecho internacional público

[54] Endere, M. L. y Colombato, L. C. (2017), *The New Unified Civil and Commercial Code…*, *cit.*, p. 84.

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

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

(tratado internacional), podría establecer que si un bien de valor cultural para un pueblo indígena se devuelve de un Estado a otro Estado que haya ratificado el tratado internacional respectivo, el destino final de tal bien se rige por el ordenamiento jurídico nacional del último Estado. Esta remisión tendría que ser hecha al ordenamiento jurídico del Estado de origen en su conjunto.

En cualquiera de esos tres escenarios, una regla de conflicto de leyes dentro del ordenamiento jurídico nacional del Estado de origen que se refiera a la aplicación directa del ordenamiento jurídico indígena tiene más sentido. El último escenario, que se refiere a la remisión al Estado de origen por medio de un tratado internacional, sería preferible, por tres razones: 1) un tratado internacional también podría remitir directamente al ordenamiento jurídico indígena (derecho sustantivo), en términos similares a la regla que se ha propuesto a nivel nacional; 2) la comunidad internacional ya ha expresado su voluntad de proteger derechos indígenas específicos en relación con los bienes culturales, y 3) los intereses de los pueblos indígenas han sido reconocidos en el tratado internacional más importante que protege la propiedad cultural desde la perspectiva del derecho internacional privado; es decir, el Convenio del Unidroit de 1995. El Convenio del Unidroit no contiene una remisión a la aplicación del ordenamiento jurídico indígena ni del ordenamiento jurídico del país de origen. Sin embargo, su artículo 7, párrafo 2, permite las demandas de devolución de bienes exportados ilícitamente "cuando el bien cultural haya sido creado por un miembro o miembros de la comunidad autóctona o tribal para uso tradicional o ritual de esa comunidad y el bien se deba devolver a esa comunidad", contrariamente a la regla general que impide las demandas de devolución de bienes exportados ilícitamente cuando "la exportación del bien cultural no sea más ilícita en el momento en que se solicite la devolución" o cuando "el bien se haya exportado en vida de la persona que lo creó o durante un período de cincuenta años después del fallecimiento de esa persona".

VI. Breve balance

Ciertamente, la función y el objetivo principal de los sistemas plurilegales de base personal no consiste en proteger las minorías, sino en reconocer las particularidades de cada grupo social.[55] Ello es verdad también en relación

[55] Maekelt, T. (2005), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada…, cit.*, 207.

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

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

con las normas de derecho interpersonal que abordan los conflictos de leyes que surgen al interior de sistemas plurilegales de ese tipo. Incluso se podría decir que su función, y su objetivo principal, no es cumplir con las normas de derechos humanos. Sin embargo, eso no significa que no puedan cumplir ese objetivo, y que, de hecho, lo hagan finalmente, satisfaciendo así no solamente exigencias de justicia formal, a las cuales apunta la perspectiva conflictual del derecho internacional privado, sino también exigencias que impone la justicia material. El planteamiento expuesto en las páginas precedentes puede ser visto también desde este último punto de vista.

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

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

CONCLUSIONES Y BALANCE GENERAL

I. Derecho internacional privado: necesidad y utilidad de sus aproximaciones y herramientas

Este libro se ha ocupado de ciertas cuestiones que emanan de la relación entre la protección de los bienes culturales y el derecho internacional privado. La necesidad de que el derecho internacional privado acudiera en auxilio de las normas de derecho público destinadas a regular el movimiento internacional ilícito de bienes culturales se vio desde los inicios mismos de la formulación de un marco legal internacional sobre la materia. Debido a la diversidad de Estados que existen, hay también en el mundo ordenamientos jurídicos diversos, y a pesar de las complejas transformaciones que han tenido lugar en relación con la regulación de las situaciones jurídicas privadas internacionales, especialmente de la mano de la creciente expansión de la ordenación privada,[1] puede afirmarse todavía hoy que cada uno de ellos goza de considerable autonomía. De cara a esto, el derecho internacional público pareciera haber fracasado, pues los tratados internacionales tienen un alcance limitado, que reposa en la voluntad de los propios Estados, quienes deciden si se obligan o no a través de ellos. Esta circunstancia deriva en una limitación territorial de los tratados internacionales junto a la cual se encuentra la restricción temporal que impone en este contexto el principio de irretroactividad de la ley, que impide la aplicación de los tratados a hechos que hayan ocurrido antes de su entrada en vigor. Esto aplica no sólo a la Convención de la Unesco de 1970, sino también al Convenio del Unidroit de 1995 y a todo tratado en general. El derecho internacional público, no obstante, va más allá de las obligaciones convencionales, pues no sólo en la voluntad expresamente manifiesta de los Estados se originan sus normas: no olvidemos, por ejemplo, que también los principios y la costumbre han contado tradicionalmente entre sus fuentes.[2]

En este panorama, es necesario y útil comprender el derecho internacional privado y estar en capacidad de moverse en sus entresijos. No sólo porque

[1] Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas… op. cit.*

[2] Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

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

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

esto es ineludible para la resolución de ciertos casos, sino también porque, de manera general, esto permite enriquecer la paleta de posibilidades en cuanto a modos de acercarse y hacer frente a problemas que ocurren en la realidad. Las herramientas que esta materia jurídica ha desarrollado para tal fin —como el orden público internacional, los que en este libro hemos expuesto como mecanismos que permiten escapar de la regla *lex rei sitae* o las tendencias (legales, doctrinarias y jurisprudenciales) que favorecen la aplicación de las normas de los países de origen en los casos referidos a bienes culturales— sirven de apoyo en la reconfiguración y reformulación de las normas tradicionalmente aplicables en ciertos campos. Este es el caso de los derechos reales, en relación con los cuales dichas transformaciones están teniendo lugar con miras, entre otras cosas, a favorecer el logro de la justicia material a la que se dirigen las normas protectoras de los bienes culturales, sean éstas nacionales, supranacionales o propiamente internacionales.

II. Un cambio con significación: del lugar de ubicación al lugar de origen

En el derecho internacional privado, las reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae* han sido el prisma a través del cual se suelen ver los problemas derivados de las situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a derechos reales, incluidas las que se refieren a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. No es extraño ver cómo las reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae* cuentan con férreos defensores. Sin embargo, tanto en el pasado (podemos remontarnos incluso a las doctrinas estatutarias) como en la actualidad, se ha reconocido que cuando tales situaciones están referidas a bienes muebles, se impone considerar el uso de otras reglas, como la aplicación del ordenamiento jurídico del domicilio del propietario, o morigerar la aplicación del ordenamiento jurídico de la ubicación.

En relación con los bienes culturales, hoy resulta incontestable el reconocimiento de la necesidad de que tales bienes gocen de una protección especial. Esta protección podría estar garantizada mediante la aplicación, en tanto *lex originis*, del ordenamiento jurídico del lugar del que estos bienes son originarios, el cual les resguarda legalmente. Ello ha estado consolidándose desde hace décadas en general, y en particular en relación con bienes de origen latinoamericano, como hemos visto en este libro, por lo menos desde los años ochenta, cuando se decidió en Italia el caso *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso*. La protección legal a que aludimos la encontramos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos mediante el establecimiento de

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

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

restricciones a la exportación de los bienes culturales, la limitación de su transferencia o el reconocimiento de la propiedad estatal con preferencia a una propiedad privada absoluta sobre ellos. A través de este libro nos hemos aproximado al arsenal teórico y técnico-legal que dentro del derecho internacional privado podemos encontrar para atender la indicada necesidad.

III. Bienes culturales indígenas: repensar el origen y atender a una deuda pendiente

En ciertos casos, es necesario que se considere a los pueblos indígenas —y no a la nación aparentemente única y homogénea existente al interior de determinado Estado— como el origen de cierta clase de bienes culturales. Estos bienes están constituidos por aquellos objetos que se han originado en el seno de estos pueblos y en relación con los cuales éstos tienen el derecho de continuar dicho vínculo cultural. Así lo exigen los derechos de los pueblos indígenas que han sido desarrollados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, y que, además, han sido reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados latinoamericanos, que pueden ser enmarcados en el principio de la autodeterminación de estos pueblos. Alcanzar la justicia material en la resolución de situaciones relativas a la repatriación o restitución internacional de esta clase de bienes exige considerar esos derechos.

En este orden de ideas, el derecho internacional privado puede ayudar al logro conjunto de dos fines: por un lado, la aplicación de las normas dictadas por los Estados de origen para proteger sus bienes culturales en cuanto *lex originis* (camino en el que, como hemos visto, ya se ha avanzado considerablemente) y, por otro lado, atender a los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con los bienes culturales originados en su seno. Una de las maneras que ofrece el derecho internacional privado, que hemos explorado en este libro, es la posibilidad de acudir a la doctrina del derecho interpersonal; pero no debemos excluir que otros ámbitos puedan también ser explorados.

IV. Mirando hacia adelante: retos y algunas cuestiones abiertas

Hasta ahora, las reclamaciones de restitución internacional de bienes culturales que han estado basadas en la aplicación de la *lex origins* han sido reali-

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

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

zadas por Estados, y, como hemos visto, esto ha ocurrido con cierto, aunque limitado, éxito. No ha sucedido lo mismo cuando esto ha sido intentando por grupos indígenas.[3] En ambos casos, aunque más en el segundo que en el primero, se han erigido como obstáculos el principio de aplicación territorial de la ley,[4] la ausencia de normas internacionales convencionales obligatorias y el principio de irretroactividad de la ley. Sin embargo, estos obstáculos pueden considerarse salvables al observar la paulatina pero constante configuración de un orden público internacional favorable a la restitución de los bienes culturales y los desarrollos en materia de derechos humanos, tanto en la forma como estos últimos ha sido formulados como en su interpretación y aplicación; un ejemplo de lo cual es la interpretación evolutiva del derecho de propiedad que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[5]

Estos avances deben ser vistos como un llamado de atención a los países latinoamericanos. Es importante recordar que en América Latina ha tenido lugar, desde un tiempo que pronto podremos contar por siglos, un importante desarrollo del derecho internacional privado. Haciendo honor a esta historia, no es justificable que el derecho internacional privado de la región siga dando la espalda a una problemática a la cual, como hemos constatado en este libro, esta materia puede hacer frente, y que nos afecta en nuestra propia identidad cultural: el de la ilicitud del movimiento internacional de bienes que representan rasgos que nos identifican, no sólo como grupo humano con características comunes, sino también como un grupo humano que amalgama una gran diversidad cultural que nos enriquece y fortalece.

[3] Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg. Beschluss. 21.2.2019. 1 VB 14/19, disponible en: *https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-verfgh/dateien/190221_1VB14-19_Beschluss.pdf*.

[4] En relación con reclamaciones de grupos indígenas, véase Jayme.

[5] Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, excepciones preliminares, sentencia del 1 de febrero de 2000, serie C, núm. 66.

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

ANEXO

Cuadro-resumen de normas nacionales de Estados de América Latina sobre aspectos de la protección del patrimonio cultural relevantes para el derecho internacional privado

	Propiedad del Estado	*Propiedad particular*	*Imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad*	*Prohibición de exportación*	*Repatriación*
Argentina	*arts. 9 y 30. Ley 25743, 2003. Bienes paleontológicos y arqueológicos. Dominio público del Estado.	*art. 22. Ley 25743, 2003. Colecciones u objetos arqueológicos o restos paleontológicos registrados. Los propietarios particulares de deberán permitir el acceso al material.	*art. 18. Ley 25743, 2003. Colecciones u objetos arqueológicos y restos paleontológicos inscriptos en el Registro Oficial. Sólo transferencia a título gratuito por herencia o donación.		
Bolivia		Decreto Supremo 05918, 1961. Se refiere a propiedad particular (arts. 3, 9, 10, 15, 16, 20, 23). *art. 9. Bienes culturales de propiedad particular registrados en la Dirección Nacional de Bellas Artes. En caso de transferencia la citada Dirección puede manifestar la necesidad de adquisición del	*art. 100, I. Constitución, 2009. Patrimonio cultural (bienes arqueológicos, paleontológicos, históricos, documentales, de culto y del folclore lo son por ley). Inalienable, inembargable e imprescriptible. *art. 8. Decreto Supremo 05918, 1961. Tesoro cultural de la Nación (todo monumento,	*art. 4. Decreto Supremo, 15/4/1930. Monumentos culturales. Prohibición de exportación. *arts. 3 y 19. Decreto Supremo 05918, 1961. Tesoro cultural de la Nación (todo monumento, museo, obra o pieza que tenga valor artístico, histórico y arqueológico existente en el territorio	*art. 8. Decreto Supremo 21951, 1988. Especímenes o colecciones de material antropológico y etnológico de valor histórico cultural que se encuentren en el extranjero. El Museo Nacional de Etnografía y Folklore y el Instituto Boliviano de Cultura y el Ministerio de Relaciones

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

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

		bien transferido o enajenado. *art. 23. Cualquier objeto artístico, histórico o arqueológico, inventariado o registrado en la Dirección Nacional de Cultura. En caso de extravío o hurto, el propietario particular estará obligado a dar conocimiento del hecho a dicha Dirección.	museo, obra o pieza que tenga valor artístico, histórico y arqueológico existente en el territorio de la República). Inembargabilidad. Sin embargo... *art. 10. Decreto Supremo 05918, 1961. La venta o transferencia es posible entre particulares, previa autorización escrita de la administración y registro. *art. 1. Decreto Supremo 21951, 1988.Materiales y recursos etnológicos, etnográficos, folklóricos, artesanías y textiles de arte popular producidos antes de 1950. Inalienabilidad.	de la República). Prohibición de exportación, solo previa autorización. *art. 1. Decreto Supremo 21951, 1988. Materiales y recursos etnológicos, etnográficos, folklóricos, artesanías y textiles de arte popular producidos antes de 1950 constituyen a partir de la fecha del presente decreto. Prohibición de exportación.	Exteriores y Culto realizará acciones y campañas necesarias para la recuperación, acogiéndose a la política de la UNESCO para el retorno de estas colecciones a los países de origen.
Chile	*art. 21. Ley 17288, 1970. Bienes arqueológicos, antropológicos y paleontológicos. Pertenecen al Estado.	*art. 6.4. Ley 17288, 1970. Bienes Monumentos nacionales. Es posible la propiedad particular.		*art. 43. Ley 16441, 0966. Bienes culturales (especificados en la ley). Extracción del territorio solo con autorización de la administración.	

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

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

Colombia	*art. 72. Constitución, 1991. Patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional. Pertenecen a la nación.	*art. 7. Ley 1185, 2008. Bienes materiales de interés cultural de propiedad pública y privada. Están sometidos a un régimen especial de protección.	*arts. 63 y 72. Constitución, 1991. Patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional. Son inalienables, inembargables e imprescriptibles. *art. 10. Ley 397, 1997. Bienes de interés cultural que conforman el patrimonio cultural de la nación que sean propiedad de entidades públicas. Inembargables, imprescriptibles e inalienables. (Es posible, en casos excepcionales, la enajenación o el préstamo en el ámbito nacional entre entidades públicas.) *art. 7.4. Ley 1185, 2008. Bienes de interés cultural de propiedad privada. Es posible la transferencia de dominio a cualquier título, previa comunicación a la administración y agotado el derecho de preferencia de esta.	*art. 11. Ley 397, 1997. Bienes muebles de interés cultural. Prohibición de exportación (pueden salir temporalmente para investigación o exposición, hasta por tres años, con autorización de la administración).	*art. 11. Ley 397, 1997. Bienes de interés cultural extraídos ilegalmente. Ministerio de Cultura y otras instituciones públicas realizarán los esfuerzos para repatriarlos.

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

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

Costa Rica	*art. 3. LPNA, Ley 6703, 1981. Objetos arqueológicos, que sean descubiertos en cualquier forma, encontrados a partir de la vigencia de esta ley, así como los poseídos por particulares después de la vigencia de la ley No. 7 del 6 de octubre de 1938, cuando éstos no hayan cumplido con los requisitos exigidos por esa ley. Son propiedad del Estado. *Nota: La Corte Suprema de Justicia mediante resolución del 14/4/1983 (expediente No. 0047-82) declaró parcialmente inaplicable este artículo, por incluir bienes arqueológicos de propiedad particular.	*art. 5. LPNA, Ley 6703, 1981. Objetos arqueológicos. Se concede, a actuales coleccionistas y tenedores particulares custodia de las piezas arqueológicas que hayan adquirido antes de la promulgación de esta ley. *Nota: La Corte Suprema de Justicia mediante resolución del 14/4/1983 (expediente No. 0047-82) declaró parcialmente inaplicable este artículo, porque el dominio de actuales coleccionistas y tenedores particulares de objetos arqueológicos no puede convertirse en custodia.	*art. 8. LPNA, Ley 6703, 1981. Objetos arqueológicos. Prohibición de comercio por parte de particulares e instituciones privadas o estatales.	*art. 8. LPNA, Ley 6703, 1981. Objetos arqueológicos. Prohibición de exportación, solo el Museo Nacional los puede exportar por intercambio o investigación, previa autorización de la administración.	
Ecuador	*art. 9. Ley 465, 19/11/2004. Bienes arqueológicos que se encontraren en el suelo o en subsuelo y en el fondo	*art. 9. Ley 465, 19/11/2004. Bienes arqueológicos que se encontraren en el suelo o en subsuelo y en el fondo	*art. 64. Constitución, 2008. Bienes culturales patrimoniales del Estado. Inalienables, inembargables e imprescriptibles.	*art. 23. Ley 465, 19/11/2004. Objetos pertenecientes al patrimonio cultural del Estado. No pueden salir del	

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

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

	marino. Son patrimonio del Estado.	marino. Son patrimonio del Estado, aunque el dominio sea ejercido por instituciones privadas.		país, excepto para exposiciones o fines de divulgación, en forma temporal.	
El Salvador		*art. 9. LPC, Decreto 513, 1993. Bienes culturales. Pueden ser de propiedad pública o privada. *Propiedad pública*: bienes que se encuentran en poder de dependencias gubernamentales, instituciones oficiales. *Propiedad privada*: corresponden a personas naturales o jurídicas de derecho privado.	*art. 4. LPC, Decreto 513, 1993. Bienes culturales, muebles e inmuebles de propiedad pública. Inalienables e imprescriptibles. **Sin embargo*… arts. 12 y 35. Es posible la transferencia de propiedad, previa comunicación a la administración (Ministerio).	*arts. 9 y 22. LPC, Decreto 513, 1993. Bienes culturales muebles. Prohibición de exportación sin autorización de la Asamblea Legislativa. (Para la salida temporal de bienes culturales muebles, se debe acreditar propiedad o posesión.)	
Guatemala		*art. 5. LPC, Decreto 26, 1997. Bienes culturales. Pueden ser de propiedad pública o privada	*art. 60. Constitución, 1985. Bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos. Prohibición de enajenación. *art. 5, LPC, Decreto 26, 1997. Bienes culturales de propiedad o posesión pública. Imprescriptibles.	*art. 11. LPC, Decreto 26, 1997. Bienes culturales. Prohibición de exportación definitiva. (Puede autorizarse hasta por 3 años, para exposición, investigación, conservación o restauración.)	
Honduras		*art. 7. LPC, 1984. Bienes del Patrimonio Cultural	*art. 30. LPC, 1984. Bienes a que se refiere	*arts. 39 y 42. LPC, 1984. Bienes del patrimonio	*art. 50. LPC, 1984. Bienes del Patrimonio

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

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

		que se encuentren en poder de particulares. Por control, el Instituto Hondureño de Antropología e Historia llevará un registro nacional obligatorio para los particulares. *art. 8. LPC, 1984. Bien cultural que no esté debidamente registrado. Se tendrá como posesión ilícita (La autoridad judicial que conozca del asunto despachará la orden de decomiso sin más trámite, sin perjuicio de la acción civil a que hubiere lugar.) *art. 9. LPC, 1984. Cualquier bien o bienes culturales. Quien esté en posesión legítima será considerada depositaria temporal y será responsable de su conservación y custodia. *art. 18. LPC, 1984. Bienes integrantes del Patrimonio Cultural. Los particulares no podrán adquirir ni formar con ellos nuevas	el art. 5 (incluye bienes muebles, manufacturados antes de 1900). Dominio o propiedad permanente, inalienable o imprescriptible.	cultural. Se sanciona a quien los exportara. (No hay prohibición directa general.)	Cultural. El Poder Ejecutivo a excitativa de la Secretaría de Estado en los Despachos de Cultura y Turismo, ejercerá las acciones legales necesarias que conduzcan a la recuperación de dichos bienes, cuando los mismos estén en poder de otros países o particulares en el extranjero.

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

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

		colecciones, sin previa autorización del Instituto Hondureño de Antropología e Historia.			
México	*art. 27. LMZA, 1972. Monumentos arqueológicos, muebles o inmuebles, producto de culturas anteriores al establecimiento de la hispánica, así como restos humanos, de flora y fauna. Son propiedad de la nación.	*art. 16. LMZA, 1972. Monumentos históricos y artísticos de propiedad particular. Pueden ser exportados temporal o definitivamente (con permiso de la administración).	*art. 27. LMZA, 1972. Monumentos arqueológicos, muebles o inmuebles, producto de culturas anteriores al establecimiento de la hispánica, así como restos humanos, de flora y fauna. Son inalienables e imprescriptibles.	*art. 16. LMZA, 1972. Monumentos arqueológicos. Se prohíbe exportación. (Quedan a salvo canjes o donativos a gobiernos o institutos científicos extranjeros por acuerdo del presidente). *art. 32. Reglamento, LMZA. Bienes artísticos de propiedad particular que de oficio hayan sido declarado monumentos. Queda prohibida la exportación definitiva. *art. 33. Reglamento, LMZA. Algunos de los monumentos históricos por determinación de la LMZA (art. 36), los que no sean sustituibles; y aquellos cuya integridad pueda ser afectada por su transportación. Queda prohibida su exportación definitiva.	*art. 16. LMZA, 1972. Monumentos arqueológicos de especial valor para la nación mexicana, que se encuentran en el extranjero. El Instituto Nacional de Antropología e Historia, promoverá la recuperación.

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

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

Nicaragua		*art. 75. Constitución, 1948. Riqueza artística o histórica sea quien fuera su dueño. Es tesoro de la nación. *art. 21. LPC, Decreto 1142, 22/11/1982. Bienes culturales. Poseedores y propietarios, sean estos personas naturales o jurídicas, quedan obligados a inscribir en el registro los bienes que sean de su propiedad o posean, traspasos de dominio, de posesión o de lugar a favor de terceros.			
Panamá	*art. 19. LPHN, Ley 14, 5/5/1982. Bienes arqueológicos. Dominio estatal.	*art. 26. LPHN, Ley 14, 5/5/1982. Colecciones arqueológicas. Existen poseedores, depositarios o custodios.	*art. 1. Ley 67, 1941. Monumentos y objetos arqueológicos. Prohibición de explotación y comercio por personas inexpertas.	*art. 27. LPHN, Ley 14, 5/5/1982. Colecciones o piezas arqueológicas nacionales. Deben permanecer en el país. (El INAC puede autorizar exportación temporal por razones culturales o científicas.)	*art. 27. LPHN, Ley 14, 5/5/1982. Colecciones o piezas arqueológicas nacionales. El INAC puede autorizar exportación temporal por razones culturales o científicas, tomando medidas que aseguren su retorno al país.

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

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

Paraguay		*art. 16. Ley 946, 1982. Bienes culturales. Las personas naturales o jurídicas que sean coleccionistas o propietarias deberán llevar un inventario de los mismos.	*art. 22, Ley 946, 1982. Bines culturales. Transferencia solo entre personas con residencia permanente en el país. *art. 23, Ley 946, 1982. Bienes culturales. Enajenación solo previo ofrecimiento a la administración. *art. 31, Ley 946, 1982. Bienes culturales extranjeros introducidos ilegalmente al país. Fuera del comercio (serán devueltos a pedido del gobierno interesado).	*art. 81. Constitución, 1997. Objetos, documentos y espacios de valor histórico, arqueológico, paleontológico, artístico o científico, así como sus respectivos entornos físicos. Prohibición de enajenación con fines de exportación. *art. 3. Ley 18, 1943. Bienes del patrimonio nacional. Prohibición de llevar al exterior bajo cualquier concepto. *Sin embargo…* *art. 25. Ley 18, 1943. Bienes culturales. Podrá autorizarse salida temporal para exhibición.	*art. 26. Ley 946, 1982. Bienes culturales. Podrá autorizarse salida temporal para exhibición, para lo cual se exigirá suficiente garantía de restitución.
Perú	*art. 5. LPC, 2004. Bienes culturales no descubiertos, muebles e inmuebles. Exclusiva propiedad del Estado. *art. 5. LPC, 2004. Bienes arqueológicos descubiertos o conocidos *que no son propiedad*	*art. 4. LPC, 2004. Bienes culturales muebles e inmueble que hacen parte del patrimonio cultural de la nación. Propiedad privada es regulada por la ley. *art. 7.1. LPC, 2004. Bienes muebles del	*art. VI, título preliminar. LPC, 2004. Bienes declarados patrimonio cultural de la nación. Derechos de la nación son imprescriptibles. *art. 5. LPC, 2004. Bienes arqueológicos descubiertos o conocidos	*art. 10. LPC, 2004. Bienes muebles del patrimonio cultural de la nación. Se perderá automáticamente a favor del Estado la propiedad al ser materia de exportación ilícita o de intento de tal. *art.	*art. 10. LPC, 2004. Bienes muebles del patrimonio cultural de la nación. Se perderá automáticamente a favor del Estado la propiedad al ser materia de exportación ilícita o de intento de tal.

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

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

	privada. Mantienen la condición de bienes públicos.	patrimonio cultural de la nación. Los que sean de propiedad privada conservan su condición particular. *art. 40. LPC, 2004. Colecciones privadas. Pueden ser formadas con el fin de que permanezcan como unidad indivisible.	que no son propiedad privada. Son bienes intangibles e imprescriptibles. *art. 9.1. LPC, 2004. Bienes integrantes del patrimonio cultural. Pueden ser transferidos libremente bajo cualquier título dentro del territorio nacional. *art. 42. LPC, 2004. Colecciones privadas. Transferencia libre dentro del país.	36. LPC, 2004.Bienes muebles del patrimonio cultural de la nación. Pueden ser exhibidos excepcionalmente en el exterior.	*art. 35,2. LPC, 2004. Bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación. Las embajadas, consulados y representaciones permanentes en el exterior están obligadas a informar al Ministerio Público y al organismo competente la existencia o exhibición.
Uruguay		*art. 34. Constitución, 1967. Riqueza artística o histórica del país. Sea quien fuera su dueño.			
Venezuela	*art. 35. LPC, 1993. Bienes culturales declarados patrimonio cultural de la República, relativos al patrimonio arqueológico, prehispánico, colonial, republicano y moderno, así como los bienes del patrimonio paleontológico que fuesen descubiertos en	*art. 6. LPC, 1993. Bienes de interés cultural declarados patrimonio cultural de la república que se encuentren en el territorio nacional o que ingresen a él. Quienquiera que sea su propietario. *art. 17. LPC, 1993. Bien declarado monumento	*art. 99. Constitución, 1999. Bienes que constituyen el patrimonio cultural de la nación. Son inalienables, imprescriptibles e inembargables. *art. 4. LPC, 1993. Patrimonio cultural de la república. Es inalienable e imprescriptible.	*art. 30. LPC, 1993. Bienes muebles catalogados y bienes muebles que hayan permanecido en el país por más de 10 años. Prohibición de salida del país, a menos que hayan sido ofrecido en venta al Estado.	

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

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

	cualquier zona del suelo o subsuelo nacional, incluidas las zonas subacuáticas. Son propiedad del Estado.	nacional. Si es propiedad particular, el dueño está obligado a notificar a la administración los actos que le afecten, como constitución de gravamen o servidumbre.			

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

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

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

FUENTES DE INFORMACIÓN

ALVA GUERRERO, B. (2013), "El Comité Subsidiario: Propuesta de Futuras Tareas", en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*, México, UNAM.

ÁLVAREZ LONDOÑO, L. y GALÁN BARRERA, D. (2001), *Derecho internacional privado (parte general)*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

ANAYA, J. (2005), *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta.

ANGLIM, J. (2004), "Crossroads in the Great Race: Moving Beyond the International Race to Judgment in Disputes Over Artwork and Other Chattels", *Harvard International Law Journal*, 45(1).

ANTON, M. (2010), *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht*, vol. 2, *Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel*, Berlín, De Gruyter.

ARMANDO, M. y LIPSZYC, D. (2003), "Bienes inmateriales", en FERNÁNDEZ ARROYO, D. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía.

ARMBRÜSTER, C. (2001), "Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland", *NJW*, 2001.

ASKERUD, P. y CLÉMENT, É. (1997), *Preventing the Illicit Traffic in Cultural Property, A Resource Handbook for the Implementation of the 1970 UNESCO Convention*, París, Unesco Cultural Patrimony Division.

BADEN-WÜRTTEMBERG (28 febrero 2019), Witbooi-Bibel und Peitsche an Namibia übergeben, disponible en: *https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/witbooi-bibel-und-peitsche-an-namibia-uebergeben/*.

BÁKULA, C. (2008), "Yale y el valor de un inventario", *Caretas*, 12.

BÁNFFY, E. *et al*. (2011), "Fundamental Modifications to Archaeological Heritage Protection Regulations in Hungary: A Brief Report", *International Journal of Cultural Property*, 18.

BARKAN, E. (2002), "Amending Historical Injustices: The Restitution of Cultural Property – An Overview", en BARKAN, E. y BUSH, R. (eds.), *Claiming the Stones, Naming the Bones: Cultural Property and the Negotiation of National and Ethnic Identity*, Los Angeles, Getty Research Institute.

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

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

BASEDOW, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, Bogotá, Legis.

BASEDOW, J. *et al*. (eds.) (2017), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

BECERRIL, E. (2014), "México", en NAFZIGER, J. y PATERSON, R. (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar; Sánchez Cordero, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*, México, UNAM.

BECK, C. (2005), *Die Rückgabe gestohlener und rechtswidrig ausgeführter Kulturgüter nach del UNIDROIT-Übereinkommen 1995 und das deutsche Internationales Privatrecht*, Entlebuch, Huber Druck.

BELLO, A. (1873), *Principios del derecho internacional*, 3a. ed., Garnier.

BENÍTEZ NARANJO, H. D. (2002), "La Corte Constitucional ¿juez penal? El caso de la Jurisdicción Especial Indígena", *Opinión Jurídica*, 1(2).

BLECKMANN, A. (1974), "Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. Juni 1972", *ZaöRV*, 34(1).

BOGDAN, M. (2012), *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, La Haya, Hague Academy of International Law.

BOGUSLAVSKY, M. (1994), "Der Begriff des Kulturguts und seine Rechtliche Relevanz", en DOLZER, R., JAYME, E. y MUßGNUG, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, C. F., Müller Juristischer Verlag.

BOKOVA, I. (2013), "Poner coto al tráfico ilícito de bienes culturales", en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*, México, UNAM.

BONNEMAISON, J. L. (2013), *Curso de derecho internacional privado*, Caracas, Vadell Hermanos.

BOPARAI, H. (1985), "Reviewed Work(s)", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III (*Private International Law*), Chapter 10, *Interpersonal Conflict of Laws by Kurt Lipstein and Istvan Szaszy*, *American Journal of Comparative Law*, 36(4).

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1994), "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 249, La Haya, Martines Nijhoff Publishers.

BRODIE, N. *et al*. (2000), *Stealing History: The Illicit Trade in Cultural Material*, Londres, ICOM UK, Museums Association.

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

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

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

CAAMIÑA, C. (2007), *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex.

CAAMIÑA, C. y CALVO CARAVACA, L. A. (2009), "El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995", en FERNÁNDEZ LIESA, C. *et al.* (eds.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid, Colex.

CAICEDO CASTILLA, J. (1967), *Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis.

CALVO CARAVACA, A. L. (2004), "Private International Law and the Unidroit Convention of 24 June 1995 on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects", en MANSEL, H.-P., KRONKE, H. y PFEIFFER, T. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, Sellier European Law Publishers.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015), *Derecho internacional privado*, vol. I., 15a. ed., Granada, Comares.

CAMPBELL, P. (2013), "The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage", *International Journal of Cultural Property*, 20(2).

CANELAS, J. M. (201), "Bolivia and Private International Law: The Importance of Establishing a Proper Legal Framework", *Latin American Regional Forum*, 10(2), disponible en: *http://www.ucbscz.edu.bo/public/Descargas/pagina/Latin-American-Regional-Forum-News-September-2017-extracto_pp.22-23.pdf* (12/08/2018).

CARRUTHERS, J. (2005), *The Transfer of Property in the Conflict of Laws. Choice of Law Rules Concerning Inter Vivos Transfers of Property*, Nueva York, Oxford University Press.

COCK ARANGO, A. (1952), *Tratado de derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (2006), *Compilación y selección de fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena. 1980-2006*, Bogota, Centro de Documentación Judicial.

CORNU, M. (2013), "About Sacred Cultural Property: The Hopi Masks Case", *International Journal of Cultural Property*, 20.

COSÍO, J. P. (1982), *Curso de derecho internacional privado*, La Paz, Librería Editorial Juventud.

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

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

CHECHI, A. (2015), "State Immunity, Property Rights, and Cultural Objects on Loan", *International Journal of Cultural Property*, 22(2-3).

CHECHI, A. *et al.* (2011), *Case Machu Picchu collection–Peru and Yale*, disponible en: *https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/machu-picchu-collection-2013-peru-and-yale-university/case-note-2013-machu-picchu-collection-2013-peru-and-yale-university* (11-11-2019).

DELGADO, C. *et al.* (2007), *Introducción al derecho internacional privado*, tomo II, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

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

DÍEZ DE VELASCO, M. (2009), *Instituciones de derecho internaciona público*, 12a. ed., Madrid, Tecnos.

DING, J. (2014), "China", en NAFZIGER, J. y PATERSON, R. (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar; Lau, T. (2011), "The Grading of Cultural Relics in Chinese Law", *International Cultural Propert Law*, 18(1).

DOLZER, R. (1974), "Voidness of a Private Contract because of a Breach of the International ordre public", *ZaöRV*, 34(1).

DOMÍNGUEZ LOZANO, P. (1997), "Internal Conflicts and «Interregional Law» in the Spanish Legal System", *Spanish Yearbook of International Law*, 5.

DURNEY, M. (2013), "Reevaluating Art Crime's Famous Figures", *International Journal of Cultural Property*, 20(2).

EL WAHED, M. A. (2003), "The 1995 Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: A View from Egypt", *Uniform Law Review*, ½.

EL-BITAR, J. (2006), *Der deutsche und fransösiche Kulturgüterschutz nach der Umsetzung der Kulturgüterrückgaberichtlinie*, Fráncfort, Peter Lang.

ELMENHORST, L. y WIESE, V. (2018), *KGSG – Kulturgüterschutzgesetz. Kommentar*, Múnich, C. H. Beck.

ENDERE, M. L. (2014), "Archaeological Heritage Legislation and Indigenous Rights in Latin America: Trends and Challenges", *International Journal of Cultural Property*, 21.

ENDERE, M. L. y COLOMBATO, L. C. (2017), "The New Unified Civil and Commercial Code and Cultural Heritage Protection in Argentina", *International Journal of Cultural Property*, 24.

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

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

ESCOBAR, T. (2018), "Indigenous Art: The Challenge of the Universal", en POUS. F., QUIN, A. y VIERA, M. (eds.), *Authoritarianism, Cultural History, and Political Resistance in Latin America. Exposing Paraguay*, Londres, Palgrave MacMillan.

ESTRELLA FARÍA, J. Á. (2013), "Unesco, Unidroit y la Restitución de Bienes Culturales", en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*, México, UNAM.

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

FERNÁNDEZ ARROYO, D. (s. f.), *Aspectos Esenciales de la Competencia Judicial Internacional en Vistas de su Reglamentación Interamericana*, Recuperado de *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_ 2006_Diego_P_Fernandez_Arroyo.pdf*.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (1996), *Curso de derecho internacional privado*, Madrid, Civitas.

FIGUERA VARGAS, S. (2011), *La Jurisdicción Especial Indígena y su Reconocimiento en el Sistema Jurídico Español*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, disponible en: *https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/108961/1/DDAFP_Figuera_Vargas_SC_LaJurisdicciónEspecial.pdf*.

FIGUERA VARGAS, S. y ARIZA LASCARRO, A. (2015), "Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano", *Revista de Estudios Sociales*, 53.

FINCHAM, D. (2008), "How Adopting the Lex Originis Rule Can Impede the Flow of Illicit Cultural Property", *Columbia Journal of Law and the Arts*, 32.

FIORINI, A. (2005), "The Codification of Private International Law: The Belgian Experience", *The International and Comparative Law Quarterly*, 54(2).

FORREST, C. (2014), "Australia", en NAFZIGER, J. y PATERSON, R. (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar.

FORREST, C. (2014), "Immunity from Seizure and Suit in Australia: The Protection of Cultural Objects on Loan Act 2013", *International Journal of Cultural Property*, 21(2).

FRANCQ, S. y DANILEVICH, A. (2017), "Bélgica", en BASEDOW, J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

FRANKE, T. (2012), *Die Nationalität von Kunstwerken*, Berlín, De Gruyter.

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

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

FRANZINA, P. (2011), "The Proposed New Rule of Special Jurisdiction Regarding Rights in Rem in Moveable Property: A Good Option for a Reformed Brussels I Regulation?", *Diritto del Commercio Internazionale*, XXVI (3).

FUENTES CAMACHO, V. (1993), *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, Beramar.

GARCÍA MATAMOROS, L. y ALJURE SALAME, A. (coords.) (2016), *Teoría general del derecho internacional privado*, Bogotá, Universidad del Rosario.

GERMAN BUNDESGERICHTSHOF, "Decision of 22 June 1972, 59 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 82", 73 *International Law Reports*, 226.

GERSTENBLITH, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law. Cases and Materials*, 3a. ed., Durham, Carolina Academic Press.

GIARDINI, G. (2018), "The Principle of International Restitution of Cultural Property in the 1954 Hague Convention: The UNIDROIT Contribution", *Uniform Law Review*, 23.

GOLDBERG, A. (2006), "Reaffirming McClain: The National Stolen Property Act and the Abiding Trade in Looted Cultural Objects", *UCLA Law Review*, 53.

GOUW GIOK SIONG (1965), "Interpersonal Law in Indonesia", *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 29.

GREEN, G. (2007), "Evaluating the Application of the National Stolen Property Act to Art Trafficking Cases", *Harvard Journal on Legislation*, 44.

GUERRA HERNÁNDEZ, V. (2016), "Conflictos de jurisdicción y competencia en el derecho Internacional Privado", en GARCÍA MATAMOROS, L. y ALJURE SALAME, A. (eds.), *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Universidad del Rosario/Legis.

GUERRA IÑIGUEZ, D. (1997), *Derecho internacional privado*, Caracas, Distribuidora Kelran.

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

HERRÁN MEDINA, Á. (1959), *Compendio de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis.

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

HUGHES, W. (1977), "United States v. Hollinshead: A New Leap in Extraterritorial Application of Criminal Laws", *Hastings International and Comparative Law Review*, 1(1).

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

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

IVONNE, V. (2009), "Die Umsetzung des Unesco Übereinkommens von 1970 in Italien", en WELLER, M., KEMLE, N. y LYNEN, P. M. (eds.), *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz*, Baden-Baden, Nomos Verlag

JAYME, E. (1991), *Kunstwerk und Nation. Zuordnungsprobleme im internationalen Kulturgüterschutz*, Heidelberg, Winter.

JAYME, E. (1994), "Diskussion", en DOLZER, R., JAYME, E. y MUßGNUG, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag.

JAYME, E. (1994), "Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht", en DOLZER, R., JAYME, E. y MUßGNUG, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag.

JAYME, E. (1997), "Protection of Cultural Property and Conflict of Laws: The Basel Resolution of the Institute of International Law", *International Journal of Cultural Property*, 6(1).

JAYME, E. (2005), "Ein internationaler Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten um Kunstwerke", en GRUPP, K. y HUFELD, U. (eds.), *Recht – Kultur – Finanzen, Festschrift für Reinhard Mußgnug*, Heidelberg, C. F., Müller Juristischer Verlag.

JAYME, E. (2019), "Die Rechtsstellung indigener Völker in Kulturgutverfahren vor deutschen Gerichten", *Symposium Universität Tübingen. Politisches Kollisionsrecht – Sachnormenzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 7 y 8 de junio 2019*, Universität Tübingen.

JESSIMAN, S. (2011), "The Repatriation of the G'psgolox Totem Pole: A Study of its Context, Process, and Outcome", *International Journal of Cultural Property*, 18.

JUNKER, A. (2017), *Internationales Privatrecht*, Múnich, C. H., Beck.

KAYE, L. M. (2013), "The Fight Against the Illicit Traffic of Cultural Property: Best Practices in the United States of America", en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*, México, UNAM.

KIENINGER, E. M. (2014), "Rechtswahlfreiheit in Sachensrecht?", en WITZLEB, E. *et al.* (coords.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck.

KIENLE, F. y WELLER, M. P. (2004), "Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR", *IPRax*, 4.

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

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

KONO, T. (1994), "Kulturgüterschutz im japanischen IPR unter besondere Berücksichtigung des Gutglaubenserwerbs im japanischen Zivilrecht", en DOLZER, R., JAYME, E. y MUßGNUG, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg C. F., Müller Juristischer Verlag.

KOZAI, S. y KONO, T. (2014), "Japan", en NAFZIGER, J. y PATERSON, R (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Tade*, Cheltenham, Edward Elgar.

KRISCHOK, H. (2016), *Der rechtliche Schutz des Wertes archölogischer Kulturgüter*, Gotinga, V&R unipress.

KUPRECHT, K. (2010), "Human Right Aspects of Indigenous Cultural Property Repatriation", en ODENDAHL, K. y WEBER, P. (coords.), *Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag.

KUPRECHT, K. (2012), "NAGPRA: Its Potential and Limits in the Global Protection of Indigenous Cultural Property Rights", *International Journal of Cultural Property*, 19.

KUPRECHT, K. (2014), *Indigenous Peoples' Cultural Property Claims Repatriation and Beyond*, Nueva York, Springer.

KURPIERS, O. R. (2005), *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht - Grenzüberschreitende privatrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von abhanden gekommenen und unrechtmässig ausgeführten Kulturgütern*, Fráncfort, Peter Lang.

LALIVE, P (1986), "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", en SANDERS, P. (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, vol. 3, Nueva York, Kluwer Law International.

LARREA HOLGUÍN, J. I. (1962), *Manual de derecho internacional privado ecuatoriano*, Quito, La Prensa Católica.

LIPSTEIN, K. y SZÁSZY, I. (2011), "Interpersonal Conflict of Laws", en LIPSTEIN, K. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 3, Tübingen, Mohr Siebeck.

LIRA URQUIETA, P. (1981), "Código Civil de la República de Chile. Introducción", en MINISTERIO DE EDUCACIÓN (ed.), *Obras completas de Andrés Bello*, 2a. ed., Caracas, Ministerio de Educación.

LORENZEN, E. (1919), "Huber's de Conflictu Legum. Faculty Scholarship Series", *Yale Law School Faculty Scholarship*, 4563.

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

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

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

LUCAS-SCHLOETTER, A. (2008), "Folklore", en LEWINSKI, S. (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, La Haya, Kluwer Law International.

MAEKELT, T. (2005), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela.

MAEKELT, T. *et al.* (2015), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y concordancias*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

MANACORDA, S. y CHAPPELL, D. (eds.) (2011), *Crime in the Art and Antiquities World*, Illegal Trafficking in Cultural Property, Nueva York, Springer.

MANSEL, H.-P. (2007), "Die Bedeutung des internationalen Privatrechts in Bezug auf das Herausgabeverlangen des Eigentümers bei abhanden gekommenen Kulturgütern", en SCHOEN, S. y BARESEL-BRAND, A. (coords.), *Im Laberinth des Rechts? Wege zum Kulturgüterschutz*, Magdeburgo, Koordinierungsstelle für Kulturgutverluste.

MANTILLA REY, R. (1982), *Apuntes de derecho internacional privado*, Bogotá, Temis.

MARÍN FUENTES, J. (2018), "El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVIII.

MARTINY, D. (2012), "*Lex rei sitae* as Connecting Factor in EU Private International Law", *IPrax*, 2.

MAYORGA, F. (s. f.), Codificación de la Ley en Colombia. Disponible en: *http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/codificacion.htm* (08/05/2017).

MERRYMAN, J. H. (1989), "The Public Interest in Cultural Property", *California Law Review*, 77(2).

MERRYMAN, J. H. (2005), "Cultural Property Internationalism", *International Journal of Cultural Property*, 12.

MILLS, A. y THOMA, I. (2017), "Public Policy (Ordre Public)", en BASEDOW, J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

MOORE, J. (1988), "Enforcing Foreign Ownership Claims in the Antiquities Market", *Yale Law Journal*, 97.

MORROW, J. E. (2007), "The National Stolen Property Act and the Return of Stolen Cultural Property to its Rightful Foreign Owners", 30, *Boston College International and Comparative Law Review*.

MÜLLER-KATZENBURG, A. (1996), *Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot.

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

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

MUSTEATA, S. (2012), "A New Law—A New Perspective for Archaeological Heritage Preservation in the Republic of Moldova", *International Journal of Cultural Property*, 19.

NAFZIGER, J. (2013), "The 1970 Unesco Convention: Insights, Circumspections, and Outlooks", en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*, México, UNAM.

NAFZIGER, J. y DOBKINS, R. (1999), "The Native American Graves Protection and Repatriation Act in Its First Decade", *International Journal of Cultural Property*, 8(1).

NAFZIGER, J. y NICGORSKI, A. (2009), *Cultural Heritage Issues: The Legacy of Conquest, Colonization, and Commerce*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

NAFZIGER, J. y PATERSON, R. (eds.) (2014), *Handbook on the Law of Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar.

NIBOYET, J. P. (1951), *Principios de derecho internacional privado*, México, Editora Nacional.

NIKOLENTZOS, K. *et al*. (2017), "What Does It Take to Protect Cultural Property? Some Aspects on the Fight against illegal Trade of Cultural Goods from the Greek Point of View", *International Journal of Cultural Property*, 24.

O'KEEFE, P. y PROTT, L. (1984), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 1., Londres y Edimburgo, Butterworths.

O'KEEFE, P. y PROTT, L. (1989), *Law and the Cultural Heritage*, vol. 3., Movement, Londres y Edimburgo, Butterworths.

O'KEEFE, R. *et al*. (2019), *Protección de los Bienes Culturales: Manual Militar*, Buenos Aires, UNESCO/Ministerio de Defensa.

OCHOA JIMÉNEZ, M. J. (2011), *Der Schutz materieller Kulturgüter in Lateinamerika: universelles, regionales und nationales Recht*, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen.

OCHOA JIMÉNEZ, M. J. (2012), "Movimiento Ilícito Internacional de Objetos Culturales Latinoamericanos", en LIZARDI GÓMEZ, A. y ORTIZ CADENA, K. (eds.), *Cartografías del movimiento. Bosquejo de espacios creados por recorridos de individuos y artefactos*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara.

OCHOA JIMÉNEZ, M. J. (2018), "Repatriación de objetos arqueológicos. Observando el caso de Machu Picchu", *Revista Pensamiento Jurídico*, 48.

OCHOA JIMÉNEZ, M. J. *et al*. (2019), "La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado en Colombia", *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1).

ODENDAHL, K. (2006), "Inmunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter – Eine Analyse der Affäre um die Beslagnahmung der Ge-

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

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

mälde aus dem Pushkin Museum in November 2005", *Aktuelle Juristische Praxis*, 10.

OMPI (2001), Conocimientos Tradicionales: Necesidades y Expectativas en Materia de Propiedad Intelectual. Informe Relativo a las Misiones Exploratorias sobre Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales (1998-1999), Misión Exploratoria a Centroamérica.

PAFFENHOLZ, C. (2006), *Die Ausweichklausel del Art. 46 EGBGB*, Jena, JWV.

PATERSON, R. (1993), "Bolivian textiles in Canada", *International Journal of Cultural Property*, 2(2).

PATERSON, R. (2014), "Canada", en NAFZIGER, J. y PATERSON, R (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Tade*, Cheltenham, Edward Elgar.

PAVONI, F. y GORDLEY, James (2013), *Enforcing InternationalCultural Heritage Law*, Oxford, Oxford University Press.

PEARI, S. (2018), *The Foundation of Choice of Law. Choice and Equality*, Oxford University Press.

PÉREZ, E. (2001), "El denominado estatuto real", en ABARCA, A., GONZÁLEZ, J., GUZMÁN, M. (coords.), *Derecho internacional privado*, vol. II., Madrid, UNED.

PRESS Office of the Federal Government Commissioner for Culture and the Media (2016), *Key aspects of the new Act on the Protection of Cultural Property in Germany*. Disponible en: *https://www.bundesregierung.de/resource/blob/72488/388072/9203e94dc88ae9dced8ad9d6db108ac6/2016-09-23-kulturgutschutz-informationen-englisch-data.pdf?download=1*.

PROTT, L. (2009), "The Nigerian Bronzes Case (Allgemeine Versicherungsgesellschaft v. EK)", en PROTT, L. (coord.), *Witnesses to History. Documents and Writings on the Return of Cultural Objects*, París, Unesco.

PROTT, L. (2013), Study. Consideration of the Draft Operational Guidelines. Subsidiary Committee of the Meeting of States Parties to the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Cultural Property. First session. París, 2 y 3 julio 2013. Documento UNESCO C70/13/1.SC/INF.2/REV2.

PROTT, L. (ed.) (2009), *Witnesses to History. Documents and Writings on the Return of Cultural Objects*, París, Unesco Publishing.

RAMSAUER, T. (2005), *Geistiges Eigentum und kulturelle Identität: eine Untersuchung zum immaterial-güterrechtlichen Schutz autochthoner Schöpfungen*, Múnich, Beck.

RASCHÈR, A. (2000), *Kulturgütertransfer und Globalisierung*, Baden Baden, Nomos Verlag.

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

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

RAUSCHER, T. (2017), *Internatinales Privatrecht*, 5a. ed., Heidelberg, C. F., Müller.

REICHELT, G. (1989), "Kulturgüterschutz und Internationales Verfahrensrecht", *IPrax*, 4.

REICHELT, G. (1994), "Die Vereinheitlichung des privatrechtlichen Kulturgüterschutzes nach dem UNIDROIT-Vertragsentwurf 1990", en DOLZER, R., JAYME, E. y MUßGNUG, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, C. F., Müller Juristischer Verlag.

REICHELT, G. (1994), "Diskussion", en DOLZER, R., JAYME, E. y MUßGNUG, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, C. F., Müller Juristischer Verlag.

RENOLD, M. A. (2009), "Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens von 1970 in Deutschland in der Schweiz: Das Beispiel der internationalen bilateralen Vereinbarungen", en WELLER, M. y MICHAEL, P. (eds.), *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz. Tagungsband der Zweiter Heidelberger Kunstrechtstag am 5. und 6. September 2008*, Baden-Baden, Nomos.

RENOLD, M. A. (2013), "The International Protection of Cultural Heritage: Questions of Private International Law and of Legal Harmonization", en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *La Convención de la Unesco de 1970. Sus nuevos desafíos*, México, UNAM.

RENOLD, M. A. y SCHÖNENBERGER, B. (2014), "Switzerland", en NAFZIGER, J. y PATERSON, R (eds.), *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Tade*, Cheltenham, Edward Elgar.

REYHAN, P. (2001), "A Chaotic Palette: Conflict of Laws in Litigation Between Original Owners and Good-Faith Purchasers of Stolen Art", *Duke Law Journal*, 50(4).

ROODT, C. (2015), *Private International Law, Art and Cultural Heritage*, Cheltenham, Edward Elgar.

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

SALAZAR PAREDES, F. (2009), *Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano. Proyecto. exposición de motivos*, disponible en: *https://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf* (13/08/2018).

SAMTLEBEN, J. (1971), "Territorialitätsgrundsatz im Internationalen Privatrecht Lateinamerikas", reproducido en SAMTLEBEN, J. (ed.), (2010), *Re-*

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

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

chtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika, Aquisgrán, Shaker Verlag.

SAMTLEBEN, J. (1982), "La relación entre derecho internacional público y privado en Andrés Bello", *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 14.

SAMTLEBEN, J. (1983), *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. 1, *Parte general*, Buenos Aires, Depalma.

SAMTLEBEN, J. (2014), "Der Kleinstaat Uruguay als Zentrum des Internationales Privatrecht", en WITZLEB, E. *et al.* (coords.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck.

SARR, F. y SAVOY, B. (2018), *The Restitution of African Cultural Heritage. Toward a New Relational Ethics*, Ministère de la Culture, Francia, disponible en: *http://restitutionreport2018.com/sarr_savoy_en.pdf* (27/05/2019).

SCOTTI, L. (2015), *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Hammurabi.

SCHACK, H. (2017), *Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht*, 7a. ed., Múnich, C. H., Beck.

SCHELLERER, J. (2016), *Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen. BGB, Kunsthandel, europäisches Privatrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck.

SCHILLER, A. (1962), "Conflict of Laws in East Africa", en edited by R. Kollewijn, R. y Offerhaus, J. (eds.), *De Conflictum Legum*, Leiden, A. W. Sijthoff.

SHYLLON, F. (2000), "The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration", *Uniform Law Review*, 5(2).

SIEHR, K. (1994), "Öffentliches Recht und internationales Privatrecht bei Grenzsüberschreitenden Kulturgüterschutz", en DOLZER, R., JAYME, E. y MUßGNUG, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*, Heidelberg, C. F., Müller Juristischer Verlag.

SIEHR, K. (1998), *The Protection of Cultural Property: The 1995 Unidroit Convention and The ECC Instruments of 1992/93 Compared*. RDU, 1998 2/3.

SIEHR, K. (2002), "Das IPR der Kulturgüter", *MHB Yil*, 22.

SIEHR, K. (2003), "A Special Regime for Cultural Objects in Europe", *Uniform Law Review*, 8(1-2).

SIEHR, K. (2005), "Protection of Cultural Property. Reforms and Developments in the Member States of the European Union and in Some Other

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

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

Countries", en SCHNEIDER, E. C. y SCHNEIDER, R. M. (eds.), *Cultural Property Protection*, Berlín, Berliner Wisseschafts-Verlag.

SIEHR, K. (2006), "The Beautiful One Has Come – to Return", en MERRYMAN, J. H. (coord.), *Imperialism, Art and Restitution*, Nueva York, Cambridge University Press.

SIEHR, K. (2009), "Umsetzung des UNESCO-Übereinkommens von 1970 in Deutschland aus der Sicht der Wissenschaft", en WELLER, M., MICHAEL, P. (eds.), *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz. Tagungsband der Zweiter Heidelberger Kunstrechtstag am 5. und 6. September 2008*, Baden-Baden, Nomos.

SIEHR, K. (2011), "Die UN-Konvention über den Schutz des kulturellen Erbes unter Wasser und das internationals Sachenrecht", en WITTINGER, M., WENDT, R. y RESS, G. (eds.), *Verfassung – Völkerrecht – Kulturgüterschutz. Festschrift für Wilfried Fiedler zum 70. Geburgstag*, Berlín, Duncker & Humblot.

SIEHR, K. (2014), "Das Forum rei sitae in der neuen EuGVO (Art. 7 Nr. 4 EuGVO n.F.) und der internationale Kulturgüterschutz", en WITZLEB, N. *et al.* (eds.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck.

SIEHR, K. (2015), "Private International Law and the Difficult Problem to Return Illegally Exported Cultural Property", *Uniform Law Review*, 20.

SÖHNGEN, M. (2006), *Das Internationale Privatrecht von Peru. MPI Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 162*, Tubinga, Mohr Siebeck.

SONNENTAG, M. (2017), "Renvoi", en BASEDOW, J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

STAMATOUDI, I. (2016), "Alternative Dispute Resolution and Insights on Cases of Greek Cultural Property: The J.P. Getty Case, the Leon Levy and Shelby White Case, and the Parthenon Marbles Case", *International Journal of Cultural Property*, 23(4).

STEINITZ, M. (2014), "The Case for an International Court of Civil Justice", *Stanford Law Review*, 67.

STEMPEL, J. (2019), "Lawsuit Against Germany over Namibian Genocide is Dismissed in New York", *Reuters*, 6 de marzo, disponible en: *https://www.reuters.com/article/us-namibia-genocide-germany/lawsuit-against-germany-over-namibian-genocide-is-dismissed-in-new-york-idUSKCN1QN2SQ* (15-08-2019).

STEWARD, J. (1948), *Handbook of South American Indians*, tomo 4., Washington, Smithsonian Institution.

STOLL, H. (1994), "Sachenrechtliche Fragen des Kulturgüterschutzes in Fällen mit Auslandsberührung", en DOLZER, R., JAYME, E. y MUßGNUG, R. (eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23.*

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

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

Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg, Heidelberg, C. F., Müller Juristischer Verlag.

STORY, J. (1846), *Commentaries on The Conflict of Laws, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 3a. ed., Boston, Charles and Brown.

STRAUCH, G. (2007), *Rechtsverhältnisse an Kulturgütern im Internationalen Sachenrecht*, Berlín, Wissenschaftlicher Verlag.

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

SYMEONIDES, S. (2001), "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law", en BORCHERS, P. y ZEKOLL, J., *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers.

SYMEONIDES, S. (2005), "A Conflict-of-law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 38.

SYMEONIDES, S. (2008), *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers.

SYMEONIDES, S. (2014), *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, Nueva York, Oxford University Press.

SYMEONIDES, S. (2016), *Choice of Law*, Nueva York, Oxford University Press.

TENORIO, O. (1955), *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de1942)*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Borsoi.

THE JAKARTA POST (2019), *Namibia Tribes Appeal US Court Ruling in Genocide Suit, 8 de mayo*, disponible en: *https://www.thejakartapost.com/news/2019/05/08/namibia-tribes-appeal-us-court-ruling-in-genocide-suit.html* (15-08-2019).

THOMA, I. (2017), "Public Policy (Ordre Public)", en BASEDOW, J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

URICE, S. K. (2007), "Between Rocks and Hard Places: Unprovenanced Antiquities and the National Stolen Property Act", *New Mexico Law Review*, 40(1).

VALENCIA ZEA, A. (2000), *Derecho civil. Parte general y personas*, tomo I, 15a. ed., Bogotá, Temis.

VON HEIN, J. (2011), "Party Autonomy in International Property Law: A German Perspective", en WESTRICK, R. y VAN DER WEIDE, J. (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Múnich, Sellier European Law Publishers.

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

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

VRDOLJAK, A. F. (2008), *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Cambridge, Cambridge University Press.

WALTER, B. (1988), *Rückführung von Kulturgut im Internationalen Recht*, Bremen, Übersee-Museum Bremen.

WANTUCH-THOLE, M. (2015), *Cultural Property in Cross-Border Litigation. Turning Rights into Claims*, Berlín, De Gruyter.

WARING, J. (2005), "Underground Debates: The Fundamental Differences of Opinion that Thwart UNESCO's Progress on Fighting the Illicit Trade in Cultural Property", *Emory International Law Review*, 19.

WELLER, M. (2007), "Iran v. Barakat: Some Observations on the Application of Foreign Public Law by Domestic Courts from a Comparative Perspective", *Kunstrechtsspiegel*, 04/07, 2007.

WELLER, M. (2009), "Die rechtsverbindliche Rückgabezusag", en BLAUROCK, U., BORNKAMM, J. y KIRCHBERG, C. (eds.), *Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009*, Berlin, De Gruyter.

WELLER, M. (2017), Study on the European Added Value of Legislative Action on Cross-border Restitution Claims of Works of Art and Cultural Goods Looted in Armed Conflicts and Wars with Special Regard to Aspects of Private Law, Private International Law and Civil Procedure. European Parliamentary Research Service. European Parliament.

WELLER, M. (entrevista, 27 diciembre 2017), Welt. Was frühe Bibeltexte und Hitlers Jacke miteinander zu tun haben. Disponible en: *https://www.welt.de/politik/deutschland/article171921233/Streit-ueber-Kunstschau-Was-fruehe-Bibeltexte-und-Hitlers-Jacke-miteinander-zu-tun-haben.html*.

WELLER, M. y DEWEY, A. (2019), "Warum ein «Restatement of Restitution Rules for Nazi-Confiscated Art?» Das Beispiel «Fluchtgut» (The example of «Flight goods»)", *Kunst und Recht - KUR*, 6, 2019.

WIESE, V. (2005), *Der Einfluss des EG-Recht auf das internationale Sachenrecht der Kulturgüter*, Tubinga, Mohr Siebeck.

WIESE, V. (2010), "Der Bedeutungswandel der Situs-Regel im Internationalen Sachenrecht der Kulturgüter", en ODENDAHL, K. y WEBER, P. (coords.), *Kulturgüterschutz – Kunstrecht – Kulturrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag.

WILDERSPIN, M. y MUIR WATT, H. (2017), "Party Autonomy", en BASEDOW, J. *et al.* (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

WOUDENBERG, N. (2010), *Immunity from Seizure: A Legal Exploration*, disponible en: *http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/internal/handbook/Van_Woudenberg_ECM.pdf*.

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

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

WOUDENBERG, N. (2012), *State Immunity and Cultural Objects on Loan*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, p. 292.

WOUDENBERG, N. y NAFZIGER, J. (2014), "The Draft Convention on Immunity from Suit and Seizure for Cultural Objects Temporarily Abroad for Cultural, Educational or Scientific Purpose", *International Journal of Cultural Property*, 21(4).

WYSS, M. P. (1996), "Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter. Überlegungen zu einem kulturpolitischer Odre public", en FECHNER, F., OPPERMANN, T. y PROTT, L (eds.), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes. Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, Berlín, Duncker & Humblot.

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

ZERBE, R. (1985), "Immunity from Seizure for Artworks on Loan to United States Museums", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 6(4).

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

Derecho internacional privado y bienes culturales. Una aproximación en perspectiva latinoamericana, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 6 de agosto de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

Este libro trata sobre cómo el movimiento internacional de bienes culturales latinoamericanos puede ser visto desde el derecho internacional privado, en el que se ha estudiado particularmente la posibilidad de repatriación o restitución internacional de estos bienes. Al escribir esta obra, la autora ha tenido en mente en especial a estudiantes, investigadores y profesores de América Latina del área jurídica, pero también ha pensado en campos conexos como la antropología y la arqueología, así como en funcionarios y personas interesadas en general. El libro se pone a disposición confiando en que se erija como una herramienta que pueda ser usada en diferente medida y ser adaptada a objetivos concretos. Ofrece insumos conceptuales, teóricos y dogmáticos no sólo para la discusión académica, sino también para la toma de decisiones en casos específicos y en el diseño de políticas y normativas (legales o administrativas) dentro de cada uno de los países latinoamericanos, así como en la región en su conjunto o en el plano internacional.

www.juridicas.unam.mx