

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.

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.

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.

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 nacional¹⁷ (ejemplos en el capítulo decimotercero).

¹³ Reichelt, G. (1986), *Kulturgüterschutz und internationale...*, 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

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., Barbutto. 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 250002341000201600892-00, 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.

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).

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 REICHELDT PARA SOLUCIONAR
LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN RELATIVOS
A BIENES CULTURALES

