

CUARTA PARTE

NORMAS, CASOS Y PROPUESTA
EN PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

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.

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 extranjero⁵ y eventualmente aplicadas por los 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 adelante 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.

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.

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.

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 Arqueológicas, 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).

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 Justicia⁹ 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 Property Law*, 18(1), 1-35;

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 Trade* (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 Trade* (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 Trade* (pp. 408-423), Cheltenham, Edward Elgar; sobre Grecia, Nikolentzos, K., Voutsas, 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.

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

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

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 Civil¹⁴ (artículo 724, párrafo Ibis), 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*.

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 maorí 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 Prot, 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., Voutsas, 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.

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.

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).

- 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-

va (artículo 32, Reglamento, Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, 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 Arqueológicas (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 Arqueológicas, 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 antro-po-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 Perú²⁶ y Ecuador y Colombia²⁷ (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.

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:

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).

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

	<i>México</i>	<i>Perú</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Ecuador</i>
Guatemala	1975 y 1995	2003		
El Salvador	1992	2000		
Belize	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.

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 Europea³⁵ (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.

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 1.º 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 französische Kulturgüterschutz nach der Umsetzung der Kulturgüterrückgaberrichtlinie*, 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.

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., Voutsas, K. y Koutsathanasis, 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 Yl*, 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 Kunststrafrechtsrecht*, vol. 2, Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel, Berlín, De Gruyter, p. 2.

biar mediante la existencia de un instrumento internacional⁴² 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 público 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. Disponible en: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_04_en.pdf.

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 Civil⁴⁹ 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.

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 la 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, párrafo 1: “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.

Pero las decisiones en cada caso pueden ser disímiles, atendiendo a las particulares de cada 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> (29/11/2019). Reproducido en: Gerstenblith, P. (2012), *Art, Cultural Heritage and the Law...*, cit., pp. 700 y ss.

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 propiedad⁶⁶ 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.

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.

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.

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.

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 incierto⁷⁹ (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).