

CONCLUSIONES Y BALANCE GENERAL

I. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: NECESIDAD Y UTILIDAD DE SUS APROXIMACIONES Y HERRAMIENTAS

Este libro se ha ocupado de ciertas cuestiones que emanan de la relación entre la protección de los bienes culturales y el derecho internacional privado. La necesidad de que el derecho internacional privado acudiera en auxilio de las normas de derecho público destinadas a regular el movimiento internacional ilícito de bienes culturales se vio desde los inicios mismos de la formulación de un marco legal internacional sobre la materia. Debido a la diversidad de Estados que existen, hay también en el mundo ordenamientos jurídicos diversos, y a pesar de las complejas transformaciones que han tenido lugar en relación con la regulación de las situaciones jurídicas privadas internacionales, especialmente de la mano de la creciente expansión de la ordenación privada,¹ puede afirmarse todavía hoy que cada uno de ellos goza de considerable autonomía. De cara a esto, el derecho internacional público pareciera haber fracasado, pues los tratados internacionales tienen un alcance limitado, que reposa en la voluntad de los propios Estados, quienes deciden si se obligan o no a través de ellos. Esta circunstancia deriva en una limitación territorial de los tratados internacionales junto a la cual se encuentra la restricción temporal que impone en este contexto el principio de irretroactividad de la ley, que impide la aplicación de los tratados a hechos que hayan ocurrido antes de su entrada en vigor. Esto aplica no sólo a la Convención de la Unesco de 1970, sino también al Convenio del Unidroit de 1995 y a todo tratado en general. El derecho internacional público, no obstante, va más allá de las obligaciones convencionales, pues no sólo en la voluntad expresamente manifiesta de los Estados se originan sus normas: no olvidemos, por ejemplo, que también los principios y la costumbre han contado tradicionalmente entre sus fuentes.²

En este panorama, es necesario y útil comprender el derecho internacional privado y estar en capacidad de moverse en sus entresijos. No sólo porque

¹ Basedow, J. (2017), *El derecho de las sociedades abiertas... op. cit.*

² Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

esto es ineludible para la resolución de ciertos casos, sino también porque, de manera general, esto permite enriquecer la paleta de posibilidades en cuanto a modos de acercarse y hacer frente a problemas que ocurren en la realidad. Las herramientas que esta materia jurídica ha desarrollado para tal fin —como el orden público internacional, los que en este libro hemos expuesto como mecanismos que permiten escapar de la regla *lex rei sitae* o las tendencias (legales, doctrinarias y jurisprudenciales) que favorecen la aplicación de las normas de los países de origen en los casos referidos a bienes culturales— sirven de apoyo en la reconfiguración y reformulación de las normas tradicionalmente aplicables en ciertos campos. Este es el caso de los derechos reales, en relación con los cuales dichas transformaciones están teniendo lugar con miras, entre otras cosas, a favorecer el logro de la justicia material a la que se dirigen las normas protectoras de los bienes culturales, sean éstas nacionales, supranacionales o propiamente internacionales.

II. UN CAMBIO CON SIGNIFICACIÓN: DEL LUGAR DE UBICACIÓN AL LUGAR DE ORIGEN

En el derecho internacional privado, las reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae* han sido el prisma a través del cual se suelen ver los problemas derivados de las situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a derechos reales, incluidas las que se refieren a la repatriación o restitución internacional de bienes culturales. No es extraño ver cómo las reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae* cuentan con férreos defensores. Sin embargo, tanto en el pasado (podemos remontarnos incluso a las doctrinas estatutarias) como en la actualidad, se ha reconocido que cuando tales situaciones están referidas a bienes muebles, se impone considerar el uso de otras reglas, como la aplicación del ordenamiento jurídico del domicilio del propietario, o morigerar la aplicación del ordenamiento jurídico de la ubicación.

En relación con los bienes culturales, hoy resulta incontestable el reconocimiento de la necesidad de que tales bienes gocen de una protección especial. Esta protección podría estar garantizada mediante la aplicación, en tanto *lex originis*, del ordenamiento jurídico del lugar del que estos bienes son originarios, el cual les resguarda legalmente. Ello ha estado consolidándose desde hace décadas en general, y en particular en relación con bienes de origen latinoamericano, como hemos visto en este libro, por lo menos desde los años ochenta, cuando se decidió en Italia el caso *Repubblica dell'Ecuador contro Danusso*. La protección legal a que aludimos la encontramos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos mediante el establecimiento de

restricciones a la exportación de los bienes culturales, la limitación de su transferencia o el reconocimiento de la propiedad estatal con preferencia a una propiedad privada absoluta sobre ellos. A través de este libro nos hemos aproximado al arsenal teórico y técnico-legal que dentro del derecho internacional privado podemos encontrar para atender la indicada necesidad.

III. BIENES CULTURALES INDÍGENAS: REPENSAR EL ORIGEN Y ATENDER A UNA DEUDA PENDIENTE

En ciertos casos, es necesario que se considere a los pueblos indígenas —y no a la nación aparentemente única y homogénea existente al interior de determinado Estado— como el origen de cierta clase de bienes culturales. Estos bienes están constituidos por aquellos objetos que se han originado en el seno de estos pueblos y en relación con los cuales éstos tienen el derecho de continuar dicho vínculo cultural. Así lo exigen los derechos de los pueblos indígenas que han sido desarrollados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, y que, además, han sido reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados latinoamericanos, que pueden ser enmarcados en el principio de la autodeterminación de estos pueblos. Alcanzar la justicia material en la resolución de situaciones relativas a la repatriación o restitución internacional de esta clase de bienes exige considerar esos derechos.

En este orden de ideas, el derecho internacional privado puede ayudar al logro conjunto de dos fines: por un lado, la aplicación de las normas dictadas por los Estados de origen para proteger sus bienes culturales en cuanto *lex originis* (camino en el que, como hemos visto, ya se ha avanzado considerablemente) y, por otro lado, atender a los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con los bienes culturales originados en su seno. Una de las maneras que ofrece el derecho internacional privado, que hemos explorado en este libro, es la posibilidad de acudir a la doctrina del derecho interpersonal; pero no debemos excluir que otros ámbitos puedan también ser explorados.

IV. MIRANDO HACIA ADELANTE: RETOS Y ALGUNAS CUESTIONES ABIERTAS

Hasta ahora, las reclamaciones de restitución internacional de bienes culturales que han estado basadas en la aplicación de la *lex origins* han sido reali-

zadas por Estados, y, como hemos visto, esto ha ocurrido con cierto, aunque limitado, éxito. No ha sucedido lo mismo cuando esto ha sido intentando por grupos indígenas.³ En ambos casos, aunque más en el segundo que en el primero, se han erigido como obstáculos el principio de aplicación territorial de la ley,⁴ la ausencia de normas internacionales convencionales obligatorias y el principio de irretroactividad de la ley. Sin embargo, estos obstáculos pueden considerarse salvables al observar la paulatina pero constante configuración de un orden público internacional favorable a la restitución de los bienes culturales y los desarrollos en materia de derechos humanos, tanto en la forma como estos últimos ha sido formulados como en su interpretación y aplicación; un ejemplo de lo cual es la interpretación evolutiva del derecho de propiedad que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

Estos avances deben ser vistos como un llamado de atención a los países latinoamericanos. Es importante recordar que en América Latina ha tenido lugar, desde un tiempo que pronto podremos contar por siglos, un importante desarrollo del derecho internacional privado. Haciendo honor a esta historia, no es justificable que el derecho internacional privado de la región siga dando la espalda a una problemática a la cual, como hemos constatado en este libro, esta materia puede hacer frente, y que nos afecta en nuestra propia identidad cultural: el de la ilicitud del movimiento internacional de bienes que representan rasgos que nos identifican, no sólo como grupo humano con características comunes, sino también como un grupo humano que amalgama una gran diversidad cultural que nos enriquece y fortalece.

³ Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg. Beschluss. 21.2.2019. 1 VB 14/19, disponible en: https://verfgh.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-verfgh/dateien/190221_1VB14-19_Beschluss.pdf.

⁴ En relación con reclamaciones de grupos indígenas, véase Jayme.

⁵ Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, excepciones preliminares, sentencia del 1 de febrero de 2000, serie C, núm. 66.