

Reintegración de bienes culturales robados o ilícitamente exportados

(Primera de dos partes)

JORGE SÁNCHEZ CORDERO*

Poco después de la aprobación, con gran premura, de la Convención sobre las Medidas que Deben de Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales (Convención de la UNESCO), se inició el arduo peregrinaje universal para su ratificación, toda vez que ha sido un periplo poco condescendiente con las leyes de muchos países, que para lograrla necesitan impulsar cambios legislativos, algunos de ellos incluso constitucionales.

Para la UNESCO resultaba claro que, aun en el supuesto de que toda la comunidad internacional la ratificara, el tráfico ilícito de bienes culturales no se resolvería.

Prontamente se visualizó que una de las propuestas, de autoría mexicana, incorporadas en la Convención de la UNESCO, provocaba serios cuestionamientos: la relativa a la restitución de bienes culturales robados o ilícitamente exportados y a la indemnización correlativa al tercer adquirente de buena fe (artículo 7.b.ii). Esta Convención contenía el embrión para solucionar un problema de alta complejidad.

A ello se suma el hecho de que la misma Convención rige únicamente entre Estados y privilegia la vía diplomática cuando el tráfico ilícito se escenifica entre particulares con motivo de la compraventa de bienes culturales en el libre mercado. Esta vía, sin embargo, tiene serias limitaciones; para mencionar lo obvio, ni los países de origen tienen como objetivo la exportación de ese tipo de bienes ni las naciones de destino se dedican, como Estados, a importarlos.

El debate no tardó en aflorar en la UNESCO. Cualquier sugerencia de enmienda hubiera suscitado, para decir lo menos, turbación en la comunidad internacional, y constituido un elemento disuasivo para la ratificación. La propuesta coincidente consistía en recurrir a un organismo intergubernamental, con amplia experiencia en estos temas, para elaborar un texto que pudiera ofrecer mecanismos satisfactorios en la solución de las controversias que confrontan al propietario desposeído, generalmente el país de origen, con el tercer adquirente de buena fe, incluso a *non domino*.

El organismo adecuado era el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), con sede en Roma, por su especialidad intrínseca y por su total asepsia política. El entorno resultaba muy favorable para la diplomacia cultural mexicana, pues tradicionalmente ésta ha tenido una participación relevante en el organismo, y en ese momento dimensionó e impulsó la formación de una nueva Convención, complementaria de aquella.

El Unidroit recibió el mandato de la UNESCO en 1984 y se avocó de inmediato a la elaboración del nuevo instrumento. Uno de los principales problemas consistía en conciliar no

sólo opiniones contrapuestas y excluyentes de juristas, sino tradiciones jurídicas y sistemas de derecho diferentes. Para ello se requería de un conocimiento detallado de derecho comparado y de los mecanismos propios del derecho internacional tanto público como privado.

Los temas se multiplicaban vertiginosamente. Como lo ordena la Convención de la UNESCO, el Estado desposeído se veía obligado a actuar en un tercer país, en donde se encontraba el bien cultural reclamado, y a exigir su devolución conforme a la legislación del Estado de destino. Peor aún, las leyes de las naciones de origen no son lo suficientemente claras y contundentes en lo relativo a la propiedad de los bienes culturales, especialmente de los arqueológicos.

Por si ello no bastara, existía una colisión constante entre las legislaciones de los países de origen y los de destino: Los primeros querían hacer valer sus preceptos legales de orden público en jurisdicciones fuera de su territorio, mientras que el rechazo de los países de destino era más que esperable. La obviedad imperaba de inmediato, toda vez que los límites de los órganos legislativos son sus fronteras nacionales.

La urdimbre no se agotaba ahí; la noción de *tercer adquirente de buena fe*, incluso la de *a non domino*, desataba discusiones *ad infinitum* y los puntos de conciliación eran prácticamente inexistentes.

Unidroit convocó inicialmente a tres reuniones de un grupo de estudio para 1988, 1989 y 1990, el cual discutió el *Urtext* (texto de origen) elaborado para ello. Posteriormente convocó a otras tres reuniones de expertos gubernamentales para 1991, 1992 y 1993.

Del 7 al 24 de junio de 1995 se celebró en Roma la Conferencia Diplomática que aprobó la Convención de Unidroit sobre Bienes Culturales Robados o Ilícitamente Exportados (Convención de Unidroit). Los denuados de la diplomacia mexicana fueron distinguidos con la vicepresidencia de ese conclave y su participación se calificó como destacada.

Su redacción

La primera dificultad fue la delimitación del ámbito material de validez de la nueva Convención. Se optó entonces por una solución práctica, ya que ese instrumento debía ser la otra cara de Jano de la Convención de la UNESCO; para ello su alcance se ajustó al de esta última, con lo que se logró un ámbito material de validez idéntico y se evitaron interpretaciones contradictorias y, desde luego, deletéreas. La noción de bienes culturales resultante coincide en lo sustantivo con la relativa a la Convención de La Haya de 1954 que protege los bienes culturales *pendante bello*.

Uno de los puntos importantes de esta trama consistía en resolver el conflicto de diferentes legislaciones en relación con la normativa que regula los bienes muebles corporales, para lo cual debe considerarse que todo sistema de legalidad tiene que adoptar decisiones fundamentales para asegurar la previsibilidad y certeza del tráfico comercial de aquellos.

En esta materia los derechos nacionales responden a una variedad infinita de soluciones; aun así, se pueden distinguir dos sistemas de legalidad prevalecientes: el anglosajón y el de Europa continental, que ha permeado en toda América Latina y consecuentemente, desde luego, en México.

El sistema anglosajón protege el título y, con ello, al propietario desposeído bajo la regla *nemo dat quod non habet*. El nuestro protege al tercer adquirente de buena fe incluso a *non domino*, que en términos llanos es quien adquiere bienes muebles distintos de su propietario y quien goza de la protección legal.

En esta materia existen matices importantes, como en el caso de Francia, que adopta incluso el principio radical de que la mera posesión equivale a título (*la posesion vaut titre*); otros países, como México, tienen matices más tenués, pero que responden al mismo fundamento.

La pregunta básica consistía por lo tanto en plantear si la especificidad de *culturalidad* en los bienes muebles bastaba para que se admitiera la introducción de un régimen de excepción en el sistema de legalidad de cada país de destino.

A ello habría que agregar otro elemento de complejidad. Es una verdad por todos sabida que el traficante (*middle man* en la terminología del tráfico ilícito) hace que los bienes culturales sustraídos ilícitamente transiten por diferentes jurisdicciones con el propósito de dificultar lo más posible su restitución.

Existen países de tránsito que satisfacen con creces esa pretensión, como es Suiza, en especial la zona franca del Cantón de Ginebra, que fue sede de la mafia Medici, experta en el contrabando de bienes culturales grecolatinos. El efecto jurídico buscado por el traficante ha sido exitoso, puesto que los bienes culturales entran al mercado con el *imprimatur* de la legislación del último país de tránsito, que, como Suiza o Italia, son enormemente protectores del tercer adquirente de buena fe.

A esta complejidad habría que agregar la regla del derecho internacional privado según la cual de existir una colisión entre legislaciones de diferente jurisdicción —en la especie la de los países de destino y la de los Estados de origen— prevalece la del lugar que conoce de la controversia (*lex rei sitae* o *lex situs*, que sostiene que la ley del lugar rige al acto).

La característica de esta regla —que depende del derecho interno de cada país— es su neutralidad y abstracción, toda vez que no privilegia a ninguna legislación y carece de un contenido significativo para el tercer adquirente. La *rex lei sitae* provee de un principio armónico a los sistemas de derecho en el caso de colisión entre diferentes legislaciones.

Con tal escenario se convocó a la Conferencia Diplomática para la aprobación de la Convención de Unidroit, cuya estructura responde a dos vertientes: los supuestos de la Convención de la UNESCO que hacen referencia a los bienes culturales robados y a los ilícitamente exportados.

Los bienes culturales robados

Pese a las enormes diferencias entre los sistemas de legalidad, Unidroit optó por una solución de compromiso: que todos los bienes culturales robados fueran reintegrados al amparo de la regla anglosajona *nemo dat quod non habet*; su adopción no fue fortuita, pues con ella se posibilitaba la restitución de los bienes.

Para la aceptación universal de esa solución se recurrió a una premisa que goza de consenso internacional y consiste en que el robo debe ser castigado. Como una cobertura para el patrimonio cultural arqueológico, dentro de la noción de bienes culturales

robados se introdujeron, a propuesta mexicana, los arqueológicos provenientes de excavaciones ilícitas o de excavaciones lícitas pero de bienes culturales ilícitamente retenidos, para asegurar su restitución.

En la trama sobresalía la indemnización al tercer adquirente de buena fe. Para ello habría que ponderar que la Convención de la UNESCO carece de límites en la indemnización y, peor aún, remite al criterio del tribunal del país de destino, Estado que aplicaría siempre su legislación. Unidroit, sin abjurar de este principio, lo acotó sensiblemente. La indemnización procede si y sólo si el adquirente sabía o debía haber sabido que los bienes culturales que adquiría no eran robados y (conjunción ilativa) que agotara el proceso de diligencia requerida (*due diligence in contrahendo*) propio del derecho anglosajón.

Con ello Unidroit abandonó la noción de buena fe, que es difícil de asir. Un estudio de profundidad reveló que los elementos de composición de ésta son tan variables de un país a otro que, de haber persistido en introducirla, difícilmente se hubiera reconocido; más aún, la elaboración abstracta de esta noción con pretensiones de universalidad habría favorecido su rechazo y condenado al fracaso a la Convención. De esta manera Unidroit se separó radicalmente de la Convención de la UNESCO, que obliga a una justa indemnización al adquirente inocente o a la persona que tenga título.

Un tema por demás polémico es el relativo a la prescripción, que en razón del transcurso del tiempo determina que fenezcan los derechos. La Convención de la UNESCO reenvía la elaboración de este mecanismo a las legislaciones nacionales. Por su parte, Unidroit se separó de esta solución y desarrolló el criterio de imprescriptibilidad para el caso de los bienes arqueológicos, en tanto que para los restantes bienes culturales elaboró un mecanismo propio de prescripción con una doble vertiente: la primera prevé tres años a partir de que el Estado desposeído supo o debió saber del bien cultural robado; la segunda prevé 50 años en cualquier caso, con una cláusula residual que fija un plazo fatal de 75 años.

Por todo lo anterior, este análisis no soslaya que con la elaboración de este mecanismo Unidroit se separa de la obligatoriedad del inventario de bienes robados que dispone la UNESCO y que desafía el sentido común; para ello empleó la perífrasis *identificados de otro modo* (artículo 3.7). De esta manera se gestó en el ámbito internacional el abandono paulatino del criterio *jus privatista* de inventario y se apuntó que en éste debía prevalecer el de pertenencia al del sitio arqueológico; una categoría cultural que *mutatis mutandi* corresponde a la versión canadiense de categoría de bienes culturales.

En este contexto, en un consorcio institucional entre Unidroit y la UNESCO se le dio el *imprimatur* a la legislación que regula el vínculo entre el Estado y su patrimonio cultural no descubierto, con lo cual se logró el beneplácito requerido.

Epílogo

Desde un principio Unidroit estuvo muy sensible al tema de que toda tentativa para armonizar legislaciones domésticas e introducir en las relaciones internacionales la previsibilidad y la solución de controversias es una tarea delicada y de largo plazo. De igual manera no soslayó en sus trabajos que el tráfico ilícito de bienes culturales es de alta complejidad y obliga a diferentes aproximaciones en el ámbito internacional.

Una de ellas, enfocada a atemperar el tráfico ilícito, es apelar a las buenas prácticas del mercado y tener muy presente el diagnóstico que realizó el Equipo de Monitoreo de Sanciones y Análisis Analítico del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, relativo al comportamiento del mercado internacional del arte. 

*Doctor en derecho por la Universidad Panthéon-Assas.