

## UNESCO, UNIDROIT Y LA RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES

José Angelo ESTRELLA FARIA

“... el que no impide una mala acción pudiendo hacerlo, la ordena”.  
(Seneca, *Las Troyanas*, vers. 289)

El reconocimiento jurídico de la naturaleza particular de los bienes culturales y de la necesidad de mecanismos adecuados para su protección son fenómenos relativamente recientes en el lento desarrollo del derecho internacional.

Durante la mayor parte de la historia de la humanidad, los bienes culturales quedaron a la merced de las relaciones de poder entre las naciones, de las diversas formas de dominación extranjera, y de las vicisitudes de un sistema que confiaba a las armas el arreglo de los conflictos, y a los vencedores el derecho de saciar su avidez con los bienes de los vencidos. A esa situación contribuían sin duda la poca consciencia de muchos pueblos sobre el valor de su propio patrimonio cultural, la inexistencia de mecanismos para reprimir el tráfico ilícito y la inadecuación de normas jurídicas que no distinguían entre bienes culturales y otros cualesquiera objetos, susceptibles de apropiación y comercio.<sup>1</sup>

La creciente afirmación de la identidad cultural y de la dignidad soberana de las naciones, resultado del generalizado sentimiento anticolonialista de la segunda mitad del siglo XX, y los horrores de dos grandes guerras, con la trágica pérdida y sistemática dilapidación de inúmeros bienes de inestimable valor cultural, llevaron la comunidad internacional a reconocer la

\* Secretario-General de UNIDROIT

<sup>1</sup> Sobre la dificultad de trazar la línea de demarcación entre bienes culturales y otros bienes en derecho privado, véase Cornu, Marie, *Le droit culturel des biens: l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 139-164.

necesidad de formular instrumentos jurídicos para la protección de los bienes culturales. Los esfuerzos internacionales para la protección de los bienes culturales contra el saqueo y su tráfico ilícito, tras algunos tímidos esfuerzos entre los años de 1880 y 1920, encontrarán una sede permanente con la constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en 1946.

La cooperación entre UNESCO y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>2</sup> se inicia en la década de 1950, cuando UNIDROIT presenta a la UNESCO el proyecto de lo que vino a convertirse en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, aprobada en La Haya (Países Bajos) en 1954, el primer tratado internacional con vocación mundial sobre la materia, que vino a sanar las limitaciones de las disposiciones pertinentes de las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 y del Pacto de Washington del 15 de abril de 1935 sobre protección de monumentos e instituciones culturales.

En la década siguiente, UNESCO tomó la iniciativa de formular el primer instrumento normativo internacional para la protección de la cultura en tiempos de paz: un objetivo alcanzado con la adopción, en 1970, de la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales.<sup>3</sup> La Convención de 1970 prescribe las medidas que han de adoptar los Estados Partes a fin de prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales. Los Estados Partes se comprometen a elaborar una legislación conforme con los compromisos contraídos en el plano internacional y a darse los medios necesarios para proteger el patrimonio cultural.

La Convención de 1970 es un instrumento de derecho internacional público que tiene como destinatarios los Estados contratantes, y el mecanismo de restitución en ella previsto es la petición de decomiso y restitución

<sup>2</sup> Creado en 1926, como un órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones, y restablecido después de la disolución de la Sociedad en 1940 como organización internacional independiente, UNIDROIT ha dedicado toda su larga existencia a la armonización y la unificación del derecho privado y de su labor han resultado instrumentos tan importantes como los principios de UNIDROIT de contratos comerciales internacionales, el Convenio relativo a Garantías Internacionales en elementos de equipo móvil del 2001, también conocido como el Convenio de Ciudad del Cabo, entre muchos otros (véase la lista completa en <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=84202>).

<sup>3</sup> París, 14 de noviembre de 1970. En vigor desde La Convención cuenta hoy con 123 estados Partes (el texto oficial en español y el listado de Estados partes se encuentran disponible en <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/movable-heritage-and-museums/illicit-traffic-of-cultural-property/1970-convention/>).

de bienes culturales por vía diplomática.<sup>4</sup> La formulación amplía la Convención hacia de ella un instrumento importante en la esfera internacional, pero no susceptible de aplicación directa en sus Estados partes.<sup>5</sup> Así es, por ejemplo, que al mismo tiempo en que la Convención imponía claramente a todos los signatarios la obligación de “hacer que sus servicios competentes colaboren para efectuar lo antes posible la restitución, a quien corresponda en derecho, de los bienes culturales exportados ilícitamente”,<sup>6</sup> y mismo a “admitir una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus propietarios legítimos o en nombre de los mismos”,<sup>7</sup> la propia Convención no ofrecía parámetros específicos para las acciones reivindicatorias que los estados miembros se obligaban a prever.

De otra parte, la aplicación de algunas de sus disposiciones plantea cuestiones de derecho privado para las cuales la Convención no ofrece respuesta. El problema central se refiere a la obligación de los Estados partes de “tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados, a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes”.<sup>8</sup> La Convención no formula cualquier criterio para evaluar la buena fe del adquirente ni tampoco introduce normas uniformes para determinar quién es el poseedor “legal” de un bien cultural robado.

Constatando esas limitaciones, un comité de expertos convocado por la UNESCO a petición de sus Estados Miembros, para examinar los avances de la Convención de 1970 recomendó en 1983 que algunos de los aspectos del derecho privado que la Convención de 1970 no había sido capaz de enfrentar, debería ser confiados a una organización especializada en la armonización del derecho privado interno. Tras consultas entre UNESCO, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado quedó evidente que la problemática requería soluciones de fondo y no únicamente normas de conflicto y de que tocaría a UNIDROIT realizar este trabajo.

<sup>4</sup> Artículo 7o., párrafo a, línea ii.

<sup>5</sup> Para una visión global de la Convención, véase O’Keefe, P.J., *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*, 2a. ed., Leicester, Institute of Art and Law, 2007.

<sup>6</sup> Artículo 13, párrafo b.

<sup>7</sup> *Ibidem*, párrafo c.

<sup>8</sup> Artículo 7, párrafo a, línea ii.

La invitación de UNESCO se revestía de una oportunidad particular porque pocos años antes UNIDROIT había examinado los problemas de la transferencia de la propiedad y la adquisición *a non domino* de bienes muebles, y formulado un proyecto de ley uniforme sobre el adquirente de buena fe de mercaderías, aprobado por el Consejo de Dirección de UNIDROIT en 1968. El proyecto de ley uniforme, el cual trataba de la adquisición a título oneroso de bienes muebles en general, se insertaría en el contexto clásico del derecho mercantil y tenía estrecha relación con dos otros instrumentos de UNIDROIT, las Convenciones de La Haya sobre la venta internacional adoptadas en 1964.<sup>9</sup> Fiel a la tradición continental europea, pero llevando igualmente en consideración la muchas instancias en que el derecho anglosajón limitaba la rigidez de la regla de *nemo dat quod non habet*, el proyecto de ley uniforme consagraba el principio de la validez de la adquisición *a non domino* con el declarado propósito de promover la seguridad jurídica en las transacciones comerciales internacionales.<sup>10</sup>

Apenas empezado el examen de las cuestiones específicas de derecho privado planteadas por la Convención de la UNESCO de 1970, se puso de manifiesto que las soluciones estrictamente fundadas en el derecho privado clásico —para el cual los bienes culturales constituían cosas como otras cualesquiera— serían inadecuadas para asegurar su restitución efectiva en un mundo en que ya se detectaba la actuación de una industria clandestina especializada en el saqueo sistemático y el tráfico ilícito de tesoros culturales.<sup>11</sup>

De hecho, la protección de la propiedad y la protección del comercio son dos elementos centrales de casi todos los ordenamientos de derecho privado del mundo. Aquí y allá esos objetivos pueden entrar mutuamente en

<sup>9</sup> Convención relativa a una ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías (LUCI) y la Convención relativa a una ley uniforme sobre la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías (ULFIS) (texto inglés disponible en <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsimid=84211>).

<sup>10</sup> *Draft Convention providing a uniform law on the acquisition in good faith of corporeal movables. Text established by the Committee of Governmental Experts convened by UNIDROIT*, with Explanatory Report by Mr. Jean-Georges Sauveplanne, Member of the Governing Council of UNIDROIT (UNIDROIT 1975, Etude XLV, Doc. 58), publicado en *Uniform Law Review*, 1975, Vol. I y disponible en <http://www.unidroit.org/english/studies/study45/main.htm>.

<sup>11</sup> Una industria que se ha continuamente expandido e integrado en otras ramas de la delincuencia y del crimen organizado, como el narcotráfico, el tráfico de armas o el blanqueo de dinero (cfr. Chappell, Duncan and Polk, Kenneth, “Unravelling the ‘Cordata’: Just How Organized Is the International traffic in Cultural Objects?”, in Manacorda and Chappell (eds.), *Crime in the Art and Antiquities World*, New York, Springer, 2011, pp. 99-113).

conflicto, pero en general la mayoría de los ordenamientos jurídicos logra un equilibrio entre los siguientes postulados:

- El derecho asiste al legítimo propietario a obtener la restitución de una cosa de que haya sido desposeído sin su consentimiento;
- Al mismo tiempo, en el interés de asegurar la certidumbre y la seguridad de los relaciones jurídicas, la ley otorga cierta protección a quién adquiera una cosa de quien parezca ser su legítimo propietario.

El punto exacto de equilibrio es sin embargo variable. Los países de inspiración anglosajona tratan la posesión de cosa ajena como un acto ilícito de perturbación de la propiedad y por consiguiente no reconocen la transmisión de propiedad por quién no sea su legítimo titular, quedando el adquirente pasible de una demanda de reivindicación (*replevin*), como excepción a la regla general del *common law* que no admite la restitución de bienes muebles.<sup>12</sup> De su parte, los ordenamientos jurídicos de inspiración romano-germánica, penden por una mayor protección del adquirente de buena fe, y van hacia al punto de presumir ser legítimo propietario de bienes muebles quién los tenga en su posesión.<sup>13</sup>

Esa aparente dicotomía entre sistemas romanistas y sistemas de derecho consuetudinario conoce sin embargo distintos matices dentro de cada tradición jurídica y una considerable evolución en el tiempo. Si la gran parte de los países inspirados del derecho continental europeo protege el adquirente de buen fe, muchos de ellos no admiten la adquisición de propiedad sobre bienes originalmente robados, y obligan al poseedor a la restitución, aun que con derecho a una indemnización.<sup>14</sup> De otra parte, el propio derecho inglés clásico, a pesar de la regla general de que el vendedor no transfiere un título mejor de lo que tenía, el legislador introdujo al largo de los siglos diversa excepcio-

<sup>12</sup> Brennan, David J., "Replevin and the Paradox of English Chattel Property", *Common Law World Review*, Vol. 36, Issue 4, 2007, pp. 337-354, 348 y ss.

<sup>13</sup> La famosa regla de los artículos 2279 y 2280 del Código Civil francés ("*En fait de meubles, la possession vaut titre*") exprime la presunción general de buena fe que protege el adquirente de bienes muebles. Curiosamente, en este punto el derecho continental europeo, incorporando nociones del antiguo derecho germánico, se ha alejado del principio de derecho romano clásico, resumido en la famosa máxima de Ulpiano "*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*" (D. 50.17.54), al paso que los países anglosajones a él se mantuvieran fieles (Dalhuisen, Jan, *Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Oxford and Portland, Hart, 2010, vol. 2, p. 378).

<sup>14</sup> Véase el cuadro comparativo en Schwartz, Alan and Scott, Robert E., "Rethinking the Law of Good Faith Purchase", *Columbia Law Review*, vol. 111, No. 6, October, 2011, pp.1332-1381, appendix, pp.1378-1381.

nes, incluso la protección del adquirente de buena fe de bienes comprados en mercados y astas públicas (*market overt*),<sup>15</sup> independientemente de su procedencia (excepción esa que el derecho estadounidense muy pronto repudió).<sup>16</sup>

Los distintos ordenamientos jurídicos convergen además en estimar inconveniente, tanto para la protección de la propiedad, cuanto para la protección del comercio, que la titularidad de los derechos pueda quedar eternamente en entredicho. Aquí la seguridad jurídica se alcanza por el viejo instituto de la prescripción, en sus dos variantes clásicas: el titular de un derecho pierde la facultad de invocarlo si no lo ejerce durante un cierto plazo (*prescripción extintiva*) y de la misma forma que aquél que cree haber adquirido un derecho y lo haya ejercido sin contestación durante de un cierto tiempo se convierte finalmente en su legítimo titular (*prescripción adquisitiva*). Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos imponen límites para el ejercicio de acciones de reivindicación, aun que los plazos varíen considerablemente, bien como el momento de inicio del plazo (momento de la pérdida de posesión, momento del descubrimiento del paradero de la cosa, momento del rechazo del pedido de restitución etcétera).<sup>17</sup>

Esa diversidad de nomas de fondo y de procedimiento, que se subrayó en dos estudios comisionados por UNIDROIT atendiendo a una solicitud de UNESCO<sup>18</sup> atestaba la insuficiencia de una solución sobre la base de una norma de conflicto en la cual la satisfacción de la pretensión reivindicatoria

<sup>15</sup> Esta Antigua excepción al principio de *nemo dat quod non habet*, tiene su origen en las ferias medievales y se mantuvo, vigor en derecho inglés hasta la adopción del *Sales of Goods (Amendment) Act of 1994*. Véase Smith, Peter M., *Valediction to Market Overt*, *The American Journal of Legal History*, vol. XLI, 1997, pp. 225-249.

<sup>16</sup> “*The English exception to this rule in the case of a purchase in market overt, embracing sales in those open shops, or fairs, where, by custom, buyers could obtain an unassailable title to stolen property, has never been adopted in this country*”, Oliver, Jas. P., “*Sales of Goods by Parties Lacking Title*”, *Central Law Journal*, Vol. 14, Issue February 24, 1882, pp. 146-150, p. 148, con las referencias históricas en las notas 23-33. See also Harold R. Weinberg, “*Markets Overt, Voidable Titles, and Feckless Agents: Judges and Efficiency in the Antebellum Doctrine of Good Faith Purchase*”, *Tulane Law Review*, Vol. 56, Issue 1, pp. 1-41.

<sup>17</sup> Para un panorama reciente de los obstáculos temporales al ejercicio de acciones de reivindicación en derecho comparado, véase Beat Schönberger, *The Restitution of Cultural Assets*, Berne, Stämpfli 2009, pp. 111-136).

<sup>18</sup> Gerte Reichelt, *La protection des biens culturels - Etude demandée à UNIDROIT par l'UNESCO relativement à la protection internationale des biens culturels à la lumière notamment du projet de Convention d'Unidroit portant loi uniforme sur l'acquisition de bonne foi d'objets mobiliers corporels de 1974, et de la Convention de l'UNESCO de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels*, UNIDROIT 1986, Etude LXX, Doc.1, reproducido en *Revue de droit uniforme*, 1985, I, pp. 42-153; Gerte Reichelt, *La Protection internationale des biens culturels - Deuxième étude demandée à UNIDROIT par l'UNESCO relativement à la protection des biens culturels avec référence en particulier aux règles de droit privé concernant le transfert de*

del propietario de un bien cultural robado dependiera del sistema por que haya optado la ley aplicable. De hecho, la regla tradicional de derecho internacional privado, compartida casi en unanimidad por todos los sistemas jurídicos, determina la aplicación del derecho del país en que se encuentre el bien (*lex rei sitae*) para regir los supuestos de las acciones posesorias y dominiales.<sup>19</sup> En los casos en que la demanda se presentara en país distinto del país de origen de los bienes —que suelen ser la regla en casos de tráfico ilícito de bienes culturales— o quizás mismo distinto del país en que se produjo la apropiación indebida, los tribunales fácilmente estarían obligados a investigar el derecho de dos o más países distintos para calificar distintas situaciones avenidas en el trayecto internacional de un objeto.<sup>20</sup> La imprevisibilidad de las demandas de restitución en la ausencia de un marco uniforme de derecho sustantivo se corroboró en la práctica por los resultados radicalmente contradictorios que obtuvieran algunas demandas de restitución, dependiendo de la jurisdicción competente. De hecho, si en casos como *Kunstsammlung Weimar v. Elicofon* el demandante había logrado en el extranjero un resultado más favorable de lo que hubiera obtenido en conformidad con su propio derecho nacional,<sup>21</sup> en

*la propriété des biens culturels et tenant compte des observations sur la première étude*, UNIDROIT 1986, Etude LXX, Doc. 4, reproducido en *Revue de droit uniforme*, 1988, I, pp. 52-132.

<sup>19</sup> A pesar de una tendencia reciente hacia mitigar su efectos negativos a través del empleo de criterios de conexión supletorios, tales como las leyes del país de origen en el caso de restricciones a la exportación, Christian Armbrüster, *La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé*, *Revue critique de droit international privé*, vol. 94, octubre-diciembre 2004, pp. 723-743.

<sup>20</sup> El plazo de prescripción de la acción de reivindicación, por ejemplo, se determina por la ley del foro, que es usualmente el lugar de ubicación del bien al momento de la demanda; el título del demandante se juzga con base a la ley del país en éste adquirió la propiedad; la buena fe del adquirente se juzga conforme a la ley del lugar de adquisición del bien y la existencia de prescripción adquisitiva segundo la ley del domicilio del poseedor durante el periodo de usucapión, véase Celia Caamiña Domínguez, *Conflictos de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales* (Madrid, Colex, 2007, pp. 226-229).

<sup>21</sup> En el caso, *Kunstsammlung Weimar v. Elicofon* (32) el tribunal del Segundo Circuito del estado de Nueva York fue llamado a decidir una demanda de restitución presentada por el Museo de Weimar y el Gran Duque de Weimar contra un coleccionador (Sr. *Elicofon*), que había adquirido en Nueva York en 1946 dos retratos de Dürero, robados el año anterior del depósito del Museo de Weimar por un soldado americano. El Sr. *Elicofon*, que desconocía la proveniencia ilícita de las obras, las tuvo pacíficamente en su posesión durante veinte años, hasta cuando se descubrió, en 1966, que los retratos habían sido robados. El tribunal, considerando que la adquisición por el demandado del poseedor anterior había tenido lugar en ciudad de Nueva York, aplicó la ley del Estado de Nueva York como la *lex rei sitae*. El tribunal constató que con arreglo a la ley del Estado de Nueva York las acciones de reivindicación prescriben en tres años, pero que dicho plazo no se calcula desde la fecha de la pérdida de la propiedad, sino desde el momento en que el legítimo propietario descubre su paradero. El tribunal juzgó además que el derecho del estado de Nueva York no admite la prescripción

otros casos, como en *Winkworth v. Christie*, la aplicación de la ley extranjera hubo por consecuencia privar al propietario de un derecho que las leyes de su propio país hubieran reconocido.<sup>22</sup>

Del análisis de la complejidad de la materia, resultó patente que el objetivo final de UNIDROIT debería ser conciliar los distintos postulados jurídicos y conflictos de intereses a través de normas sustantivas que facilitarían la restitución a sus legítimos propietarios o países de origen de bienes culturales robados o exportados ilícitamente, sin por lo tanto penalizar a quién de buena fe las haya adquirido sin conocimiento de su origen ilícito.<sup>23</sup>

Un comité de estudios compuesto de expertos en la materia y constituido bajo la autoridad del Consejo de Dirección de UNIDROIT celebró tres reuniones entre 1988 y 1990,<sup>24</sup> y concluyó sus trabajos con la preparación de un anteproyecto de convenio internacional. El Consejo de Dirección de

adquisitiva de bienes robados y que, de ello, *Elicofan*, 678 F.2d 1150 (2d Cir. 1982). Es interesante constatar que la aplicación de la ley alemana al caso *Weimar Kunstsammlung v. Elicofan* habría dado lugar a la solución contraria: diez años de posesión de buena fe hubieran sido suficientes para impedir la demanda de restitución del propietario original.

<sup>22</sup> El famoso caso *Winkworth v. Christie, Mason and Woods Ltd.*, trataba de una colección de obras de arte japonesas, pertenecientes a un ciudadano inglés, robada en Inglaterra y en seguida exportada a Italia, dónde se vendió a un italiano que envió de vuelta a la colección a Londres para ponerlo a la venta en la casa Christie's. El legítimo propietario, reconociendo su colección, interpuso un recurso contra Christie y el comprador italiano, demandando la restitución de su colección o la indemnización de su valor. El tribunal decidió que de acuerdo con el derecho internacional privado inglés, la validez de una transferencia de la propiedad de bienes muebles se rige por la ley del país donde se encuentra la propiedad en el momento de la transferencia (*lex rei sitae*), y rechazó la demanda por considerar que vendedor italiano había adquirido las obras de buena fe y se había convertido en su legítimo propietario en conformidad con los artículos 1153-1157 del Código Civil italiano de 1942, que admitía la adquisición de buena fe mismo de bienes robados (*Winkworth v. Christie, Mason and Woods Ltd.*, 1980, 1 *All England Law Reports*, 1121, Chancery Division; 2 *Weekly Law Reports*, 1980, 937. *Cfr.* aussi la note de M. Jefferson in *The Law Quarterly Review*, 96, 1980, pp. 508-511).

<sup>23</sup> “Sería adecuado en el primer lugar para prever la preparación de un proyecto de ley uniforme sobre la protección internacional de los bienes culturales, teniendo debidamente en cuenta las consideraciones formuladas adelante. Dicho proyecto debe, en primer lugar contener un definición internacional de los bienes culturales, que se elaborará en la base del derecho comparado, que afirmaría el nuevo concepto de los bienes culturales. “1. El principio del reconocimiento de los efectos de la adquisición de buena fe debe mantenerse [...]; “2. Sin embargo, sería necesario lograr un equilibrio entre dicho principio y la posición de los sistemas que no dan efecto a la adquisición de buena fe. Esto podría alcanzarse por la institución de una norma como el derecho a la restitución de la propiedad. [...] “3. por último, la cuestión de la prescripción adquisitiva en el caso de los bienes culturales deben ser examinados, sino que ya es posible sugiere que se prevea un periodo razonablemente largo.” (Gerte Reichelt, *La protection des biens culturels - Etude... (supra nota 17)*, pp. 144-146).

<sup>24</sup> Los informes de las tres sesiones (12-15 de diciembre de 1988, 13-17 de abril de 1989 y 22-26 de enero de 1990) está reproducidos en los documentos UNIDROIT 1989, *Etude*



UNIDROIT acordó convocar un comité de expertos gubernamentales para proseguir el examen del anteproyecto, lo que se hizo al largo de cuatro sesiones presididas por el Profesor Pierre Lalive, de Suiza entre 1991 y 1993,<sup>25</sup> cuyo resultado fue un proyecto final de convenio sobre la materia.<sup>26</sup> El Consejo de Dirección de UNIDROIT, en su 73o. período de sesiones (Roma, 9-13 de mayo de 1994), estimando que el texto había logrado con éxito un compromiso entre sistemas jurídicos que reconocían soluciones muy distintas, autorizósu transmisión a una conferencia diplomática, que se celebró en Roma del 7 al 24 de junio de 1995 bajo los auspicios del gobierno italiano y con la participación de 78 países. El *Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*<sup>27</sup> fue adoptado y abierto a la firma de todos los Estados el 24 de junio de 1995.

El Convenio de UNIDROIT del 1995 constituye el suplemento necesario de derecho privado a la Convención de la UNESCO del 1970.<sup>28</sup> Si ésta se dirigía a los Estados obligándoles a ejecutar medidas de prevención y represión del tráfico ilícito y invitándoles a la asistencia mutua en la recuperación de bienes culturales robados o exportados ilícitamente, el Convenio de UNIDROIT ofrece al legítimo propietario o al Estado de cuyo territorio el bien cultural haya sido ilegalmente removido el acceso directo a los tribunales de los demás Estados partes, imponiéndoles el deber de decretar la restitución.

Así es que el artículo 3o., párrafo 1, dispone claramente que “el poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo”. Esa norma, lapidar en su claridad, representó a la época una importante ruptura con la tradición de aquellos países cuyas leyes protegen el adquirente de buena fe contra cualquier

LXX – Doc. 10; UNIDROIT 1989, Etude LXX – Doc. 14; UNIDROIT 1990, Etude LXX – Doc. 18.

<sup>25</sup> Los informes de las cuatro sesiones (6-10 de mayo de 1991, 20-29 de enero de 1992, 22-26 de febrero de 1993 y 29 de septiembre - 8 de octubre de 1993) están reproducidos, respectivamente en los documentos UNIDROIT 1991, Etude LXX – Doc. 23; UNIDROIT 1992, Etude LXX – Doc. 30; UNIDROIT 1993, Etude LXX – Doc. 39 et UNIDROIT 1994, Etude LXX – Doc. 48. Participaron de las deliberaciones un total de 50 países miembros de UNIDROIT, 25 observadores, nueve organizaciones internacionales, cinco organizaciones no gubernamentales y asociaciones profesionales y el Orden Soberano de Malta.

<sup>26</sup> Reproducido en *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 1993, 104 (UNIDROIT 1994, Etude LXX – Doc. 49).

<sup>27</sup> La traducción en español del texto del convenio autorizada por UNIDROIT se encuentra disponible en <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/main.htm>.

<sup>28</sup> Para una visión global del Convenio, véanse M. Schneider, “Rapport explicatif sur le projet de Convention d’UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés”, reproducido en *Revue de droit uniforme / Uniform Law Review*, 1993, I, pp.119-194; Lyndel V. Prott, *Commentary on the UNIDROIT Convention* (London: Institute of Art and Law, 1997).

forma de reivindicación, o atribuyen título válido al comprador de buena fe bajos ciertas circunstancias, como la compra en establecimientos comerciales o astas públicas, o aun admiten la adquisición de propiedad de bienes muebles por el usucapión. Sin embargo, no queda duda de que el principio de restitución automática es vital para mejorar la protección del titular desposeído, y constituye la única solución realista apta a tener un efecto disuasorio sobre tráfico ilícito de bienes culturales.<sup>29</sup>

En el sistema del Convenio, la contrapartida del principio de la restitución es el derecho del poseedor de buena fe —esto es, quien al momento de adquirir el objeto no sabía ni hubiera podido saber que el bien era robado o exportado ilícitamente— a obtener una indemnización equitativa. Esta disposición que encuentra su equivalente en el artículo 7, párrafo b, alineación ii, de la Convención de UNESCO del 1970, es reconocida en prácticamente todos los ordenamientos que protegen el comprador inocente, constituyendo así una condición esencial para conciliar dos tendencias diametralmente opuestas en el derecho interno. Sin embargo, aquellos países que no hagan de la indemnización una condición necesaria para la restitución no están obligados a introducir un requisito nuevo, quedando libras para excluir la indemnización con arreglo al artículo 9o., que preserva un régimen interno más favorable a la restitución.<sup>30</sup>

El criterio para evaluar la buena fe del adquirente está plasmado en el artículo 4o., párrafo 4o., que impone al poseedor el deber de probar “que actuó con la debida diligencia al adquirir el objeto”, llevándose en consideración las circunstancias del caso, en particular la calidad de las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de cualquier registro relativo a los bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquier otra información y documentación pertinente que hubiese podido razonablemente obtener, así como la consulta de organismos a los que podía tener acceso o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias.

Aparte su contenido deontológico, que incita a la disciplina y a la seriedad en averiguar la proveniencia de bienes culturales,<sup>31</sup> esta disposición

<sup>29</sup> Una regla particular (artículo 3o., párrafo 4o.) exenta de los efectos de la prescripción absoluta la restitución de objetos sustraídos a un monumento, sitio arqueológico o una colección pública, sin perjuicio de que un estado permita, pero los estados signatarios para quienes dicha regla se equipararía a un imprescriptibilidad práctica, pueden declarar que las acciones de restitución prescriben en 75 años u otro plazo más largo previsto en sus leyes.

<sup>30</sup> Prott, *supra*, note 27, p. 76.

<sup>31</sup> El concepto de la diligencia debida en virtud del Convenio, de hecho, refleja la práctica de la jurisprudencia en la mayoría de los países en determinar lo que es razonable en las circunstancias. Los criterios utilizados para evaluar la conducta del poseedor también se

tiene por efecto facilitar la restitución al invertir la carga de la prueba. Al paso que la regla tradicional de los ordenamientos jurídicos que protegen el adquiriente hacía presumir su buena fe del hecho de tener el objeto en su posesión, el Convenio de 1995 impone al adquiriente —y no al reivindicante— justificar su conducta.

Especial importancia en el contexto del artículo 4o., párrafo 4, asume la consulta a registros de bienes culturales robados, el cuyo número ha aumentado en los últimos años, incluyendo registros en forma de bases de datos electrónicas gestionadas por organismos públicos o privados, en particular, la base de datos sobre obras de arte robadas operados por la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) También es cierto, sin embargo, que no existe todavía ninguna base de datos que ofrece una cobertura mundial. El profesional competente en su ramo debe de saber dónde buscar información pertinente sobre la procedencia de los objetos que se le ofrezcan El simple hecho de consultar un registro y no encontrar el objeto no es suficiente para establecer la debida diligencia. Sin embargo, es obvio que el propósito del Convenio no es crear una responsabilidad objetiva para los adquirientes de bienes culturales: el artículo 4o., párrafo 4, está basado en un criterio explícito de razonabilidad que se debe de apreciar en cada concreto.

En ese sentido, el Convenio contribuye a eliminar las dudas que se plantearan mismo en algunos ordenamientos jurídicos tradicionalmente favorables a la restitución en virtud de decisiones judiciales que declarararan la caducidad del derecho del propietario original considerado negligente en el deber de buscar activamente el bien robado o perdido. En el caso *DeWeerth v. Baldinger*,<sup>32</sup> se consideró que si bien el plazo de prescripción para la acción de reivindicatoria empieza del momento de la descubierta del paradero del

parecen mucho a las de uso general por la mayoría de los museos con fines de adquisición, de acuerdo con sus códigos de ética (ICOM, por ejemplo). Varias iniciativas se han desarrollado a este respecto desde la adopción de la Convención de UNIDROIT, en particular, el nuevo “Código Internacional de Ética para Marchantes de Bienes Culturales” lanzada por la UNESCO en noviembre de 2000, que hace referencia expresa al artículo 4 del Convenio.

<sup>32</sup> La demandante, Gerda DeWeerth, propietaria de un cuadro de Monet robado en Alemania, presentó una demanda en New York para recuperar la pintura de Edith Baldinger, compradora de buena fe. El tribunal distrital trató de las excepciones de prescripción y la falta de la debida diligencia como una sola cuestión y juzgó que DeWeerth no había tardado injustificadamente con la demanda, decretando la restitución del cuadro. El Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, sin embargo, decidió que si bien el plazo de prescripción no empieza hasta que el propietario pida la restitución y el poseedor actual la rechace, el derecho a restitución presupone un deber de debida diligencia del reivindicante en tratar de localizar la propiedad, además de la obligación indiscutible de hacer la demanda para la devolución en un plazo razonable después de que se identificó al comprador de buena fe. Considerando que DeWeerth, como propietaria original, no había hecho una búsqueda

bien, el propietario original tenía una obligación de tomar las debidas providencias para ubicar el bien robado dentro de un plazo razonable y que, de no hacerlo, el propietario perdía el derecho de reclamar la restitución ya que sería inadmisibles que el adquirente de buena fe quedara indefinidamente expuesto a dicha demanda. Esa decisión que suscitó mucha polémica<sup>33</sup> fue más tarde rechazada en el caso *Guggenheim Foundation v. Lubell*,<sup>34</sup> en que se afirmó, en decisión igualmente controvertida,<sup>35</sup> que si bien el poseedor actual puede obtener del propietario una indemnización siempre que la demora en presentar la demanda fuera causa de perjuicio indebido, la demanda de restitución no depende de prueba de la diligencia del propietario en ubicar el bien.

Reconociendo la importancia de la seguridad jurídica, y la importante función de la prescripción extintiva en todos los ordenamientos jurídicos,

suficientemente diligente para localizar el cuadro, el tribunal declaró la demanda caduca (*DeWeerth v. Baldinger*, 836 F.2d 103 (2d Cir. 1987)).

<sup>33</sup> Andrea Hayworth, *Stolen Artwork- Deciding Ownership Is No Pretty Picture*, *Duke Law Journal*, vol. 43 (1993), pp. 337-383)

<sup>34</sup> En ese caso, el Museo Guggenheim presentó una demanda en Nueva York contra Rachel Lubell en 1987 reivindicando un gouache de Chagall que fuera robado del Museo Guggenheim en 1965. La señora Lubell y su esposo ya fallecido habían comprada la pintura en mayo de 1967 de una galería de arte prestigiosa. Ho quedaban dudas sobre la buena fe del casal Lubell, que había investigado la procedencia de la pintura, pagado el valor justo de mercado, y expuesto públicamente la obra. De su parte, el Museo nunca tomó ninguna medida para dar a conocer el robo, ni informó otros museos, galerías, organizaciones artísticas, o cualquier autoridad de los robos. Aparte de una investigación interno, el Museo no hizo nada para intentar recuperar la pintura, eliminada de su inventario en 1974. Casi 20 años después de su venta a los Lubell, el Museo se enteró por casualidad de la ubicación de la pintura y pidió formalmente su devolución en enero de 1986. Tras el rechazo de la demandada, el Museo instauró una demanda judicial. El tribunal de primera instancia juzgó la demanda prescripta por omisión del reivindicante, con base en el precedente de *DeWeerth v. Baldinger*. El tribunal de apelación, de su parte, dio por la procedencia de la demanda considerando evidente “ que los derechos posesorios de las partes no pueden depender de el mero transcurso del tiempo, poco importante su duración”, y sostuvo que la cuestión de la diligencia del reivindicante sólo sería relevante en el contexto de una excepción en que tocaría a la demandada demostrar un perjuicio resultante de la demora irrazonable del Museo (*Solomon R. Guggenheim Foundation v. Lubel*, 569 N.E.2d 426 (1991)).

<sup>35</sup> “Although the court in *Guggenheim* expressed a fear that a less “owner-friendly” rule would turn *New York* into a haven for stolen art, its decision instead threatens to turn *New York* into a haven for questionable litigation of ancient claims,” and thereby may have a chilling effect on legitimate art transactions and art exhibitions in the state. Moreover, rather than helping to solve or to ameliorate the widespread and serious problems involving art theft, *Guggenheim’s* view of the law has exacerbated them, permitting former owners to avoid taking the steps that might lead to the recovery of stolen art, and thus preventing innocent purchasers of stolen art from becoming new victims of the thief”( Ashton Hawkins, Richard A. Rothman and David B. Goldstein, “A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers of Stolen Art”, *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995-1996), pp.49-96, 51).

pero igualmente llevando en consideración los distintos efectos que se le atribuyen, los autores del Convenio concibieran un sistema que combina dos plazos: un plazo relativamente corto (tres años) que se cuenta desde el momento en que el demandante tuviera conocimiento de la ubicación del objeto y de la identidad del poseedor, y un límite más largo, pero absoluto (50 años), contado a partir de la fecha del robo, independientemente de cuándo el propietario haya descubierto el paradero del objeto.<sup>36</sup>

La otra cuestión planteada por la Convención de 1970 se refiere a la exportación de bienes culturales en violación de la ley del país de origen. En este punto, la Convención de 1970, mientras obliga a los Estados a que adopten procedimientos de control de la exportación de bienes culturales, no prevé un mecanismo específico para organizar el regreso al país de origen de los bienes sacados ilegalmente. En el pasado, demandas de restitución patrocinadas por el país de origen delante de los tribunales del país de destino han encontrado inúmeros obstáculos, sobretudo la casi universal reticencia del juez nacional a aplicar derecho público extranjero (como lo es típicamente la regulación de exportaciones),<sup>37</sup> así como la dificultad para el Estado demandante de demostrar un título suyo de propiedad sobre los bienes que le facultara obtener su restitución.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Una regla particular (artículo 3o., párrafo 4) exenta de los efectos de la prescripción absoluta la restitución de objetos sustraídos a un monumento, sitio arqueológico o una colección pública, sin perjuicio de que un estado permita, pero los estados signatarios para quienes dicha regla se equipararía a un imprescriptibilidad práctica, pueden declarar que las acciones de restitución prescriben en 75 años u otro plazo más largo previsto en sus leyes.

<sup>37</sup> En el derecho internacional privado, las normas de conflicto del foro sólo se refieren, en principio, a la aplicación de las normas de derecho privado del Estado extranjero (Philip J. McConaughay, "Reviving the Public Law Taboo in International Conflict of Laws", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 35, Issue 2 (Summer 1999), pp. 255-312) En favor del abandono del "tabú del derecho público véase: William S. Dodge, "Breaking the Public Law Taboo", *Harvard International Law Journal*, Vol. 43, Issue 1 (Winter 2002), pp. 161-236 y P. B. Carter, "Transnational Recognition and Enforcement of Foreign Public Laws", *Cambridge Law Journal*, Vol. 48, Issue 3 (November 1989), pp. 417-435). Mismo cuando se admita la aplicación de derecho público extranjero, en ausencia de acuerdos internacionales específicos, el país de origen puede encontrar obstáculos a ver reconocido su derecho a reivindicar un bien cultural sustraído desde su territorio en violación de sus normas administrativas o aduaneras por no ser considerado propietario, o porque la exportación ilícita no bastaría para impedir la adquisición del objeto por usucapión (Stefan Turner, *Das Restitutionsrecht des Staates nach illegaler Ausfuhr von Kulturgütern* (Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2002), pp. 102-139)

<sup>38</sup> En el caso *Attorney-General v. Ortiz*, una serie de esculturas maoríes había sido exportado ilegalmente de Nueva Zelanda en 1973 por un comerciante de arte Inglés, que los vendió a Ortiz en Nueva York ese mismo año. El comprador llevó las tallas a Suiza donde los mantuvo hasta 1978, cuando los envió a Sotheby's de Londres para la venta por subasta. El

El capítulo III del Convenio de 1995 enfrenta esa delicada cuestión reconociendo claramente el derecho del estado de origen a reivindicar en nombre propio los objetos culturales ilícitamente dese su territorio.<sup>39</sup> Reputase exportado ilícitamente no solamente el bien removido del país sin licencia de exportación, pero igualmente el bien cultural, exportado temporalmente (por ejemplo, para fines de exposición, investigación o restauración), y que no haya sido devuelto de conformidad con las condiciones de la autorización de exportación.<sup>40</sup>

Esa breve recapitulación de los cuatro principios centrales del convenio de UNIDROIT del 1985 (deber de restitución, derecho a indemnización limitado a la prueba efectiva de buena fe del adquirente, suspensión del plazo de prescripción mientras el propietario desconozca el paradero de los bienes, y reconocimiento de las restricciones a la exportación de bienes culturales) ilustra la complementariedad entre el Convenio y la Convención de UNESCO del 1970, y la importante contribución pragmática que el Convenio de UNIDROIT aporta a la restitución internacional de bienes culturales. El Convenio de UNIDROIT entró en vigor el 1o. de julio de 1998 y cuenta hoy con 33 Estados partes,<sup>41</sup> pero su influencia se extiende más allá de ese grupo y incluye también países que, sin haberlo ratificado todavía, se han asimismo inspirado de sus disposiciones para reformar o interpretar el derecho interno.<sup>42</sup> El Con-

Gobierno de Nueva Zelanda presenta entonces una demanda para restitución de las tallas invocando una ley promulgada antes de 1973, la cual prescribía la confiscación de los bienes culturales exportados ilegalmente. El Tribunal de Apelación revocó la decisión de primera instancia favorable a Nueva Zelanda, juzgando no existir prueba de que el Estado zelandés fuese propietario de los bienes, y entendiendo que una “confiscación” no operaba transferencia automática de la titularidad de los bienes confiscados sin previa decisión judicial. Esta decisión fue confirmada por la Cámara de los Lores (*Attorney- General v. Ortiz* [1983] 2 W.L.R. 809 (House of Lords)).

<sup>39</sup> “Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente” (artículo 5, párrafo 1).

<sup>40</sup> Artículo 5, párrafo 2).

<sup>41</sup> Afganistán, Argentina, Azerbaiyán, Bolivia , Brasil, Camboya, China, Colombia, Croacia, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España , Finlandia, Gabón, Grecia, Guatemala, Hungría, Irán , Italia, Lituania, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Rumania y Suecia.

<sup>42</sup> Como es el caso de Suiza, dónde la sala de derecho público del Tribunal federal, en sentencia del 1o. de abril de 1997, se refiere a la Convención de UNESCO del 1970 y al Convenio de UNIDROIT de 1995 como “*normes, qui relèvent d'une commune inspiration, constituant autant d'expressions d'un ordre public international en vigueur ou en formation*” (ATF 123 II 134, disponible en <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm> ).

venio ha igualmente tenido un papel importante de apoyo a la adhesión de más países a la Convención de UNESCO de 1970.<sup>43</sup>

Obviamente, de no ser retroactivo, como tampoco lo es la convención de UNESCO del 1970, el Convenio de UNIDROIT del 1995 no otorga una base jurídica para restituir a sus países de origen todos los bienes ilícitamente desplazados al largo de la historia. Sin embargo, la amplia aplicación de este convenio y su extensión a aquellos países que no lo han todavía formalmente aceptado, debe de constituir una prioridad política internacional para poner fin al tráfico ilícito de bienes culturales en el futuro. Cada año que pasa sin la efectiva aplicación de los instrumentos jurídicos eficaces ya existentes para la restitución de bienes culturales es una año más de ganancia ilícita para la funesta industria del robo y del saqueo de bienes culturales.

La Convención de UNESCO del 1970 y en el Convenio de UNIDROIT del 1995 han tenido un papel fundamental en el desarrollo de una conciencia jurídica favorable a la restitución de bienes culturales a sus legítimo dueños. En el contexto actual, afirmar y fortalecer el marco jurídico existente, plasmado en aquellos instrumentos, con el objetivo de que a ellos también se adhieran plenamente los países cuyos mercados siguen acogiendo bienes culturales de procedencia dubia, serían vías más promisoras hacia la efectiva erradicación futura del tráfico ilícito de bienes culturales de lo que podría ofrecer una apuesta en una eventual transformación radical del marco jurídico ya alcanzado. El legítimo deseo de los países más gravemente afligidos por esos abusos en el pasado de alcanzar una restitución la más completa posible del patrimonio perdido en los casos no cubiertos por los instrumentos existentes, encuentra a menudo oída en negociaciones caso a caso que responden a la creciente sensibilización de la opinión pública internacional contra la espoliación del patrimonio cultural internacional.

Roma no se hizo en un día. Mucho de su pasado se ha perdido a lo largo de los siglos. Su recuperación para el futuro se hace a cada día.

Piedra por piedra. Piedra sobre piedra.

<sup>43</sup> “L’un des avantages indirects qu’aura eu l’adoption de la Convention d’UNIDROIT aura été d’encourager les Etats européens à se mobiliser en faveur de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels et à ratifier l’autre convention, plus ancienne, de l’UNESCO de 1970. Tel fut le cas de la France, du Royaume-Uni, de l’Allemagne, des Pays-Bas, ou encore de la Belgique” (Marc-André Renold, Le droit de l’art et des biens culturels en Suisse: questions choisies, *Revue de droit suisse* 2010 II, pp. 137-220, 192).