

SECCIÓN TERCERA LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO ORDEN CULTURAL INTERNACIONAL*

*A Clemency Coggins.
Mujer de letras e ideas.*

No lejos de allí, un templo antiguo cubría la tierra con sus ruinas, dos o tres columnas permanecían todavía en pie, y el musgo crecía sobre el mármol y el granito. ¡Tal es el tiempo inexorable! No respetará el porvenir como no respetó el pasado, dejando siempre los restos de lo que mata para hacernos gemir sobre lo que fue y sobre lo que será. Lo que nosotros hemos visto, nuestros hijos lo verán como nosotros; los restos de los monumentos que ya no existen y los fragmentos de las piedras elevadas. Por la mano de los hombres mortales.
George GORDON (Lord Byron)**

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *El jus commune y las regiones meso-americanas y andina central.* III. *América Latina y el nuevo orden cultural internacional.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El autor de *The Plunderer Past*, K. E. Meyer,¹ refiere que en 1972 el curador estadounidense de arte antiguo John D. Cooney, del Museo de Cleveland, esti-

* Sánchez Cordero, Jorge A., “La construcción de un nuevo orden cultural internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XLI, núm. 121, enero-abril, 2008, pp. 385-407.

** Tomado del Canto XVIII de *The Siege of Corinth* (El sitio de Corinto) en referencia al Partenón. Traducción libre del autor.

¹ Meyer Karl E., *The Plundered Past*, Nueva York, Arts Books Society, Readers Union Group, 1974, p. 123.

mó que el 95 % de todas las antigüedades que se encontraban en los Estados Unidos habían sido ilegalmente importadas. Al margen de la exactitud de esta aseveración, lo que es incontrovertible es la tendencia sostenida y cada vez más vigorosa del crecimiento del mercado de arte en ese país.²

Se puede polemizar sobre la metodología e inclusive sobre los resultados numéricos obtenidos por el autor K. E. Meyer, cualquiera que éstos sean, en cuanto al volumen de tráfico ilícito, pero expresan una realidad que no se puede soslayar.

En la actualidad y en otras latitudes, se han publicado pormenores bastante incómodos, que hasta poco tiempo habían permanecido ocultos, en lo que con eufemismo se ha llamado la “complicidad silenciosa” de las casas de subasta suiza. Las informaciones dan cuenta de transacciones bajo sospecha efectuadas por estas compañías durante la Segunda Guerra Mundial en el mercado de arte suizo en lo que respecta a la compra y venta de bienes culturales europeos, fundamentalmente alemanes, provenientes de museos o de colecciones privadas de judíos.³

Los descubrimientos relacionados con la organización criminal *Medici*⁴ han puesto en predicamento la política de adquisición de objetos culturales en museos tan importantes como el *Paul Getty* en Malibú, California. Estas recientes revelaciones evocan en la memoria colectiva una realidad que encuentra su origen a comienzos del siglo XIX, cuando se establecieron los fundamentos del mercado de arte tal y como lo conocemos ahora. Si estos fundamentos se actualizan en la época contemporánea —un hecho que, por lo demás, se ha impuesto bruscamente por el proceso de globalización—, puede sostenerse, para empezar por lo obvio, que en tanto persista la demanda continuará el pillaje de bienes culturales.

Hoy en día, pareciera que cualquier argumento, para ser sostenido, tiene que ser primero validado por el mercado, y conforme a esta regla el pillaje seguirá siendo rentable en tanto continúe habiendo compradores. Esta regla también sugiere que una prevención absoluta del tráfico ilícito de bienes culturales tendría costos exorbitantes, sean cuales fueren los controles que se

² Von Schorlermer Sabine, *Internationaler Kulturgtersschutz*, Berlin, Duncker and Humboldt, 1992, p. 386.

³ Kunze Hans Henning, *Restitution Entarteter Kunst*, Berlin, De Gruyter, 2000, p. 334; Buomberger Thomas, *Raubkunst Kunstraub*, Zurich, 1998; Gunther Haase, *Hermann Goering Die Kunstsammlung des Reichsmarschalls*, Berlin, 2000, p. 104.

⁴ Watson, Meter, y Cecilia Todeschini, *The Medici Conspiracy. The illicit Journey of Looted Antiquities from Italy's Tomb Raiders to the World's Greatest Museums*, Nueva York, PublicAffairs, 2006, p. 25.

eventualmente se implementaran, cuyos resultados, con un alto grado de predictibilidad, podrían anticiparse como bastante modestos.⁵

Las leyes internas protectoras del patrimonio cultural que se han venido promulgando en distintas partes del mundo se han multiplicado con generosidad, de tal suerte que hoy en día prácticamente cada Estado soberano cuenta con legislaciones que regulan la exportación de sus bienes culturales con diferentes grados restrictivos, con excepción de los Estados Unidos, Dinamarca, Uganda, Singapur y Togo.⁶

De manera concomitante a estos fenómenos, nuestra época ha sido testigo de la emergencia de una conciencia y voluntad internacionales en lo que respecta a la protección de bienes culturales. La agenda internacional ha registrado una intensa actividad en materia cultural en tiempos recientes y es en la segunda mitad del siglo XX cuando puede percibirse el surgimiento de esta conciencia. Las Convenciones de la Haya de 1954, así como las de la UNESCO de 1970 y de 1972, son los primeros puntos de referencia reconocibles de este nuevo orden cultural internacional.

Justamente la *Convención de la UNESCO de 1970* sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales⁷ (Convención de 1970) puede ser considerada como uno de los vértices en este contexto. Este instrumento le atribuye a los Estados nacionales la potestad soberana de designar los bienes culturales que deben ser legalmente protegidos, y fija los límites para su protección, lo que ha fomentado el nacionalismo cultural, ya que, conforme a esta misma Convención, son los gobiernos los que tienen el privilegio de determinar qué es lo que debe considerarse como culturalmente valioso. Con abstracción, y sin soslayar el valor intrínseco de los bienes culturales, un efecto pernicioso secundario de la Convención ha sido el fortalecimiento de la hegemonía cultural del Estado soberano.

La Convención de 1970 es consistente con la proclividad nacionalista que, sobre todo en materia de cultura, se observa en los Estados de origen de bienes culturales. El caso de México es sintomático en este orden, pues se trata de un país heterogéneo en donde cohabitaron diferentes culturas en la época precolombina; donde, después de la Conquista española, floreció una incipiente cultura novohispana que resistió al Tribunal del Santo Oficio

⁵ Bator Paul M., "An essay on the international trade in art", *Stanford Law Review*, vol. 34, 1981-1982, p. 325.

⁶ *Ibidem*, p. 314.

⁷ *Diario Oficial de la Federación* del 4 de abril de 1973.

de la Inquisición y al régimen férreo de la metrópoli;⁸ en donde, con el advenimiento de la Independencia, se inició con muchos tropiezos la formación de una cultura mexicana.

Sin embargo, es preciso señalar que durante todo ese largo proceso se soslayó deliberadamente la enorme diversidad cultural del país. Desde sus orígenes, el Estado mexicano favoreció la creación de una cultura “mexicana” única y hegemónica, lo que implicaba una ausencia de valorización de esta multiculturalidad.⁹ La política indigenista adoptada por el Estado mexicano aceptó como única premisa válida la integración de los pueblos indígenas a la sociedad mexicana. Bajo esta lógica, una identidad “mexicana” única fue impuesta a toda la población, en claro detrimento de la identidad propia de las diferentes etnias que cohabitaban en nuestro territorio. La educación nacional se concentró en la generalización del conocimiento, de valores y de comportamiento comunes a todos los mexicanos e ignoró las culturas indígenas. En suma, una cultura nacional única fue impuesta verticalmente desde el pináculo.¹⁰

La consecuencia era obvia: el postulado de un patrimonio cultural único y común a todos los mexicanos. En su afán de uniformidad, la élite nacional elaboró un proyecto cultural que impuso a toda la sociedad.¹¹

El internacionalismo cultural, por su parte, se inserta en la estructura de la Convención de la UNESCO de 1972, a la que la han sucedido en la década de los noventa no menos de ocho instrumentos internacionales, entre éstos tratados o acuerdos multilaterales o bilaterales que han sido discutidos en foros tan heterogéneos como las Naciones Unidas, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Unión Europea, el Consejo de Europa, la Asociación de Derecho Internacional y el Instituto de Derecho Internacional.¹²

La configuración del nuevo orden cultural internacional animó un debate de intensidad creciente manifestado en dos polos, que expresan respectiva-

⁸ En el libro I, título XXIV de la Recopilación de Leyes de las Regiones de las Indias, se ordenó lo siguiente: “Mandamos a nuestros virreyes, audiencias y gobernadores de las Indias que provean, que cuando se hiciere algún arte o vocabulario de la lengua de las Indias, no se publique ni se imprima, ni se use de él, si no estuviere primero examinado por el Ordinario y visto por la Real Audiencia del Distrito”.

⁹ La diferencia entre la noción de pluriculturalidad y multiculturalidad puede ser consultada en Fenet, Alain, Koubi Genviève y Schulte-Tenckhoff, Isabelle, *Le Droit et les Minorités. Analyses et textes*, deuxième édition, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 386.

¹⁰ Sánchez Cordero, Jorge A., *Les bien culturels précolombiens. Leur protection juridique*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, p. 4.

¹¹ Bonfil Batalla, Guillermo, “Nuestro patrimonio cultural: Un laberinto de significados”, en Florescano, Enrique (coord.), *El patrimonio nacional de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, t. I, p. 47.

¹² Siehr, Kurt, “The protection of cultural property. The 1995 UNIDROIT Convention and the EEC instruments of 1992/93 Compared”, *Unif. L. Rev., Rev. dr. unif.*, 1998, p. 671.

mente el conflicto en las siguientes dos nociones de principio: el nacionalismo cultural y el internacionalismo cultural. En esencia es el mismo debate que nutrió a los antiguos argumentos sostenidos por dos británicos prominentes: George Gordon (Lord Byron)¹³ y Lord Elgin. A este debate se le ha epitomado como *byronismo vs. elginismo*, este último término acuñado con tanta precisión en las lenguas francesa e inglesa.

El descubrimiento de sitios arqueológicos es un proceso gradual, y la asimilación y sistematización de la información y del conocimiento que eso conlleva son sumamente lentas. Si bien la tecnología¹⁴ en la materia ha avanzado en forma espectacular,¹⁵ el descubrimiento de sitios arqueológicos está gobernado por un lento y esmerado proceso de prospección; por ello es inaceptable asumir que únicamente los objetos pertenecientes a instituciones públicas debidamente inventariados sean los bienes culturales sujetos a protección. Esta aseveración va más allá de cualquier racionalidad y constituye un verdadero desafío al sentido común.

La remoción inescrupulosa de bienes culturales ha significado la pérdida irreversible del conocimiento universal de culturas antiguas. Por su parte, la descontextualización de los objetos arqueológicos devalúa tanto el objeto arqueológico propiamente dicho como el sitio arqueológico amputado, y con ello elimina toda posibilidad de recopilación de evidencias indispensable en cualquier proceso de investigación.

La protección de sitios arqueológicos como monumentos y zonas precolombinas trasciende el debate sobre nacionalismo e internacionalismo cultural, que está regido por un trasfondo ideológico. Esta protección debe situarse en otro contexto: el de la preservación del conocimiento universal.

Debe tenerse siempre presente la importancia de los bienes culturales para una comunidad. Se ha sostenido, con toda propiedad, que la percepción de una cultura común y de un pasado común es una forma de aprender que formamos parte de una comunidad, que de alguna forma nos pertenecemos unos a otros. El arte le habla directamente a la conciencia interior, en la que se resuelve si efectivamente pertenecemos a un grupo o a una comunidad.

Es por ello que los sitios arqueológicos también constituyen un elemento de cohesión en una sociedad. Esto es particularmente cierto en las regiones

¹³ Lord Byron, como se sabe, estuvo fuertemente influenciado en su concepción estética por las ideas prevalcientes en Venecia a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, que lo convirtieron en uno de los grandes defensores del patrimonio cultural y cuyas ideas quedaron plasmadas en su célebre poema autobiográfico “Childe Harold’s Pilgrimage”.

¹⁴ ARCOS (Archaeological Computer System) desarrollado por la Fundación Volkswagen.

¹⁵ Von Schorlermer, *supra* nota 2, p. 190.

mesoamericana y andina central, lo que hace posible que se pueda reconocer la especificidad legal en los bienes y zonas arqueológicas. Esta especificidad legal ha tenido importantes repercusiones en el derecho positivo, y el derecho mexicano no ha sido la excepción.

Así, *verbi gratia* en el ámbito jurídico de los bienes culturales mexicanos, el régimen de los bienes precolombinos es sin duda el más polémico. Los bienes arqueológicos se convirtieron pues en el centro de gravedad del patrimonio cultural mexicano. A las consideraciones anteriores debemos agregar otro elemento de análisis: la preeminencia del mejor interés cultural.

Es obvio que el mercado no puede convertirse en un catalizador de la destrucción o de la mutilación de bienes arqueológicos. Se argumenta recurrentemente que los sitios arqueológicos se destruyen debido a la negligencia o a la acción de los elementos naturales; si bien esto es cierto, de ahí no se puede concluir que el pillaje o la mutilación preserven mejor los bienes arqueológicos.¹⁶

En tanto que es perfectamente identificable en Europa la génesis de la noción de protección de bienes culturales, hoy en día esta noción tiene, empero, una dimensión universal. Para diluir la intensidad de la óptica eurocentrista, es necesario desplazarnos a otras latitudes, como nuestro Continente Americano, y analizar los mecanismos de legalidad existentes en materia de protección de bienes culturales.

II. EL *JUS COMMUNE* Y LAS REGIONES MESOAMERICANA Y ANDINA CENTRAL¹⁷

Es en tierras americanas en donde la expansión de Occidente condujo a un evento sin precedente: el encuentro de dos culturas totalmente diferentes, la europea y la precolombina. Los vestigios de estas culturas precolombinas son actualmente el centro de intensas controversias, jamás imaginadas por sus

¹⁶ Bator, *supra* nota 6, p. 297.

¹⁷ El doctor Guillermo Bonfil Batalla lo expresa en estos términos: "...En el mundo precolonial existían dos regiones de alta civilización (Mesoamérica y los Andes Centrales), con estados, ciudades, agricultura intensiva, alta densidad demográfica y un considerable desarrollo científico, técnico e ideológico; en la periferia de estas regiones de alta civilización y de acuerdo a las condiciones y posibilidades del medio natural, había pueblos agrícolas sedentarios, agricultores incipientes, o bandas recolectoras y cazadoras nómadas; en sitios más aislados, en las selvas, las islas, los desiertos y los extremos australes, vivían también pueblos nómadas dedicados a la caza, la pesca y la recolección de productos silvestres. Cada pueblo poseía su propia lengua y cultura, su identidad propia y sus límites sociales particulares: 'el indio', como categoría genérica e indiferenciada que abarca y designa a ese abigarrado universo de pueblos diferentes, es una categoría del orden colonial que identifica globalmente a los colonizados". "En Bonfil Batalla, Guillermo, *supra* nota 12, p. 24.

creadores. Pero lo que es más grave: las excavaciones inescrupulosas e ilegales de sitios arqueológicos precolombinos han significado la pérdida de información valiosa, no solamente para los Estados nacionales concernidos, sino para el conocimiento universal, en donde más se resiente esta pérdida.

El legado de la cultura precolombina pertenece primariamente al conocimiento universal. La pérdida de información acerca de ésta altera el desarrollo de la humanidad al desvanecer su pasado. Es en un contexto como éste en donde la vigencia del postulado del legado cultural de la humanidad se impone por sí solo.

Mesoamérica —empleo deliberadamente un término cultural— y la región andina central son ejemplos claros de la yuxtaposición en unidades culturales de realidades geopolíticas sujetas a diferentes sistemas de legalidad.

En términos de análisis jurídico es posible diferenciar en el subsistema jurídico latinoamericano tres enfoques diferentes: los de los mecanismos propios de legislaciones internas, los que tienen como vocación el ámbito territorial de validez de América Latina y los estrictamente regionales.

Bajo esta perspectiva, en nuestra región es identificable la emergencia de un *jus commune* en la protección de bienes precolombinos; por ejemplo, es el caso de la redacción de leyes protectoras de bienes culturales en las regiones de Mesoamérica (México, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador y Panamá) y andina central¹⁸ (Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador y Chile), entre otras. Se trata de leyes altamente restrictivas en lo que concierne a bienes precolombinos, pero diversas en lo que respecta a bienes coloniales o de tiempos más recientes. Los textos legales son bastante similares y convergentes funcionalmente en cuanto a su contenido.

Estas leyes nacionales tienen como común denominador la protección de culturas precolombinas a través de la fórmula legal del dominio público, noción que es propia del sistema de codificación. Este legado cultural pertenece *ex lege* al Estado y, por lo tanto, está sometido al régimen de *res extra commercium* con los efectos legales consecuentes de inalienabilidad e imprescriptibilidad.¹⁹

¹⁸ En la época de la Conquista la región inca se extendía a varias regiones: Lambayeque, Jequetepeque (Inca-Chimu) Chicama-Moche (Inca-Chimu), Viru (Estero) Santa (Inca), Casma (Inca), Chancay, Ancon-Chillon (Chancay), Rimac (Inca) Lurin (Inca-Pachacamac), Chilca (Inca), Cañete (Inca-Huarco), Chincha (Inca-Chincha), Paracas-Disco (Inca), Ica (Inca-Tacaraca), Nazca (Inca), Acari (Inca), Utcubamba (Inca) Cajamarca (Inca-Cajamarca), Huaylos (Inca), Huanuco (Inca Yachos-Chupaichos), Junin (Inca), Montaro (Inca), Ayacucho (Inca-Aya Orqo), Cuzco (Inca) Chuquibamba (Inca), Arequipa (Inca), Tacna-Arica (Inca), Puno (Inca), Tiahuanaco (Inca), Oruro (Inca). En Lumbrellas, Luis G., *The Peoples and Cultures of Ancient Peru*, Washington, Smithsonian Institution Press, 1969, p. 14.

¹⁹ El artículo 6o. de la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, conocido como la Convención de San Salvador

Un hecho contundente que no admite reservas es que cuando un Estado reivindica para sí y se proclama *ex lege* como legítimo propietario de bienes culturales, no hace más que ejercer plena y llanamente uno de los atributos de la soberanía.²⁰ Debe admitirse sin embargo que el grado de aplicación de estas leyes nacionales por las instancias gubernamentales es bastante azarosa y en algunos casos francamente cuestionable. Más aún, la actividad jurisdiccional ha tenido también una incidencia importante en el acrisolamiento de la legislación protectora de bienes culturales; en este contexto debe destacarse cómo una jurisdicción, como lo es la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, máxima instancia judicial en ese país, en su resolución del 23 de abril de 1983 declaró contrarias a su Constitución algunas de las provisiones más importantes de la ley 6703 de 1981, conocida como la Ley de Protección del Legado Arqueológico Nacional.

Existen aún problemas sustantivos que no encuentran una solución en este nuevo *jus commune* de objetos precolombinos. Debido a la migración de diferentes culturas precolombinas, como el caso de la maya, resulta complejo aún para especialistas identificar el origen “nacional” de ciertos bienes culturales pertenecientes a esas culturas. Así, el juez del foro en las jurisdicciones internacionales puede elegir como ley aplicable la del país de origen del bien cultural, pero enfrentará serias dificultades si un bien cultural perteneciente a una misma cultura puede ser atribuido a dos o más sistemas jurídicos; problemas similares enfrentará la jurisdicción cuando ordene la restitución de bienes culturales.

A la fecha se carece de reglas de derecho conflictuales que prevean la solución de controversias culturales entre los Estados nacionales de las regiones mesoamericana y andina central. Por tal razón, en el diseño de estos mecanismos de legalidad debe responderse primariamente al mejor interés cultural, y prescindir de los intereses nacionalistas.

Otro elemento que caracteriza a este nuevo *jus commune* latinoamericano es la redacción de instrumentos interamericanos de defensa del patrimonio cultural, como la Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas,²¹ conocido

de 1976, dice: “... El dominio de cada Estado sobre su Patrimonio Cultural y las acciones reivindicatorias relativas a los bienes que lo constituyen son imprescriptibles...”.

²⁰ Véase el precedente *United States v. Mc Clain*, 545 F. 2D 988.

²¹ Aprobada el 16 de Julio de 1976 en el sexto período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Santiago de Chile por Resolución AG/RES-210 (vi-0176).

como Convención de San Salvador de 1976, discutida y aprobada no obstante la reticencia, la franca oposición de los Estados Unidos.²²

Esta Convención —*lex specialis*— está destinada a fortalecer los fundamentos de la Convención de la UNESCO de 1970 —*lex generalis*— en América Latina. Con estos dos instrumentos de vocaciones convergentes —regional y universal— América Latina ha procurado frenar el tráfico ilícito de bienes culturales. Todos los países de las áreas, mesoamericana y andina central, han ratificado ya la Convención de San Salvador, excepto México, que privilegió acuerdos específicos de defensa del patrimonio cultural.

Existe en efecto una diferencia de sustancia entre la Convención de San Salvador de 1976 y los acuerdos de protección y restitución de monumentos arqueológicos, artísticos e históricos suscritos bajo los auspicios del gobierno de México con los diferentes países del área que merecen ser mencionados.

La Convención de San Salvador de 1976, por su parte, prevé que tanto el Estado requirente como el Estado requerido puedan solicitar directamente a la jurisdicción la reivindicación de los bienes culturales de proveniencia ilícita y la imposición de sanciones contra los culpables.²³ El mero planteamiento de que un Estado extranjero pudiera comparecer en las jurisdicciones mexicanas resultaba en la época inaceptable para el Estado mexicano. Este rechazo estuvo motivado en gran medida por una noción decimonónica de soberanía forjada en las complejas relaciones de México y Estados Unidos. El tratado bilateral de cooperación de julio de 1970 existente en la materia entre ambos países está gobernado por la misma concepción. Sin embargo, los tratados de libre comercio suscritos por México han vuelto obsoletos estos argumentos y situado la noción mexicana de soberanía en una perspectiva diferente

²² Von Schorlermer, *supra* nota 3, p. 460.

²³ El artículo 11 de la Convención de San Salvador de 1976 a la letra dice: "...Al tener conocimiento el Gobierno de un Estado Parte de la exportación ilícita de uno de sus bienes culturales, podrá dirigirse al Gobierno del Estado adonde el bien haya sido trasladado, pidiéndole que tome las medidas conducentes a su recuperación y restitución. Dichas gestiones se harán por la vía diplomática y se acompañarán de las pruebas de la ilicitud de la exportación del bien de que se trata, de conformidad con la ley del Estado requirente, pruebas que serán consideradas por el Estado requerido. El Estado requerido empleará todos los medios legales a su disposición para localizar, recuperar y devolver los bienes culturales que se reclamen y que hayan sido sustraídos después de la entrada en vigor de esta Convención. Si la legislación del Estado requerido exige acción judicial para la reivindicación de un bien cultural extranjero importado o enajenado en forma ilícita, dicha acción judicial será promovida ante los tribunales respectivos por la autoridad competente del Estado requerido. El Estado requirente también tiene derecho a promover en el Estado requerido las acciones judiciales pertinentes para la reivindicación de los bienes sustraídos y para la aplicación de las sanciones correspondientes a los responsables.

Los acuerdos, por su parte, privilegian en primera instancia los canales diplomáticos;²⁴ en un segundo plano es al Estado requirente al que se le exige agotar todos los medios de defensa, incluidos los recursos legales ante la jurisdicción del Estado requerido, en la restitución de sus bienes culturales.

En estos acuerdos se emplean las mismas nociones jurídicas de principio de monumentos arqueológicos, artísticos e históricos tal y como han sido definidas en la legislación mexicana; conllevan, empero, una alteración sustantiva del derecho común de los países del área, pues al Estado requirente que reivindica sus bienes culturales en el territorio de otro Estado no se le exige el pago de indemnización alguna.

En el caso del derecho mexicano es altamente cuestionable, para decir lo menos, que mediante un simple acuerdo internacional, propalado por el Ejecutivo federal, se vea alterado el orden jurídico interno, cuando su confección y modificación pertenece al ámbito de competencia del Poder Legislativo. Lo que es un hecho es que estos acuerdos son una evidencia más de que en toda el área el tráfico de objetos arqueológicos precolombinos es considerado ilegal, independientemente del origen nacional de estos objetos y de que su tráfico es contrario al orden público cultural común; evidencia igualmente que en toda el área estos bienes culturales están fuera del comercio a través de la fórmula de *res extra commercium*.

En suma, la fisonomía de este nuevo *jus commune* es la creación, asimismo, de un nuevo orden público común de índole cultural en la región que responde al propósito de mantener la unidad e integridad cultural, y está gobernada por el interés general de la preservación de una cultura que debe prevalecer sobre los intereses nacionalistas y de mercado.

III. AMÉRICA LATINA Y EL NUEVO ORDEN CULTURAL INTERNACIONAL

Sería superfluo, por evidente, mencionar que el mercado americano representa aproximadamente el 50 por ciento del total del mercado universal de arte y ha sido hasta la fecha el destinatario natural de los bienes precolombinos ilícitamente exportados; no lo es tanto si se considera que cualquier cambio legislativo en las leyes americanas en esta materia son determinantes para los países de América Latina y que las leyes internas de protección de los bienes culturales de los países de la región encuentran su límite en sus fronteras nacionales. La construcción del orden cultural internacional no puede ignorar estos dos postulados.

²⁴ Mayor información puede ser consultada en el *Diario Oficial de la Federación* (ediciones del 23 de octubre de 1975, del 10 de febrero de 1993 y del 27 de marzo de 1996).

En esta construcción del nuevo orden jurídico internacional de naturaleza cultural se ha constatado que una noción abstracta de bienes culturales pudiera llegar a ser aceptable por los diferentes sistemas legales o ser satisfactoria para las comunidades nacionales o la comunidad internacional; los criterios definitorios contienen elementos de composición altamente volátiles y responden a principios si no excluyentes, sí francamente divergentes.

El planteamiento jurídico ha consistido no tanto en considerar el problema de la calificación del bien cultural, que *per se* es un juicio de valor, sino determinar si es el Estado nacional en donde se encuentra el bien cultural el que debe hacerlo, o si la decisión incumbe a las instancias internacionales. La determinación de privilegiar pura y simplemente las instancias internas es una decisión de una gran candidez, ya que ignora que para regular el tráfico trasfronterizo de bienes culturales, esas decisiones requieren ser validadas por un reconocimiento internacional.

Los Estados nacionales se esmeran en limitar y reglamentar la circulación y la exportación de bienes culturales; al margen de estas reglamentaciones, y con frecuencia en flagrante transgresión de ellas, persiste el tráfico ilícito y los agentes del mercado reivindicán su legalización. En el fondo esto no hace más que traslucir un dilema de principio sobre el tráfico mobiliario de bienes culturales: éstos deben estar sometidos al régimen general de bienes corporales, o bien en base a su unicidad, o más aún a la información de culturalidad de la que son portadores, debe concluirse que tienen una especificidad suficiente que ameritan que se desarrolle un régimen mobiliario de excepción.

Las comunidades en Mesoamérica y los Andes centrales tienen una gran susceptibilidad al tráfico ilícito y únicamente lo han querido enfrentar con zozobra.

Es necesario puntualizarlo con claridad: es la emergente conciencia internacional la única que ha podido propiciar a la fecha una inflexión en la tendencia ascendente del tráfico ilícito de bienes culturales.

Fueron justamente las protestas, la mayoría de ellas provenientes de la sociedad arqueológica y académica americanas que denunciaron el pillaje escandaloso al que fue sometida la cultura precolombina en la década de los sesenta, junto con la creciente conciencia internacional a favor de la protección de bienes culturales en los setenta, las que dieron pie a la redacción de una serie de convenciones, tratados bilaterales y acuerdos que sin discusión constituyen en materia cultural un nuevo orden jurídico internacional, en el que América Latina tiene una presencia importante.

De este pillaje se beneficiaron importantes museos estadounidenses como el *Cleveland Museum of Arts*, el *Houston Museum of Fine Arts*, el *Minneapolis Institute of Art*, el *Brooklyn Museum*, el *Nelson Packefeller Museum of*

Primitive Art, e incluso el *Saint Louis City Art Museum*. Este pillaje fue tan escandaloso, sobre todo en la década de los sesenta, y las estelas mayas tan importantes, que se llegó a afirmar que “para los especialistas de la cultura precolombina las adquisiciones de estos museos equivalían a la compra del Arco de Tito en Roma”.²⁵

En 1972, Estados Unidos ratificó la Convención de la UNESCO de 1970 y no fue sino hasta 1983 cuando se promulgó el *American Cultural Property Implementation Act* (Acta Cultural Americana). La complejidad del fenómeno del tráfico ilícito de bienes culturales y su ingreso al mercado del arte norteamericano puede fácilmente constatarse en el análisis de esta Acta de Implementación, necesaria en el sistema jurídico americano, después de la ratificación de la citada Convención de 1970. En ella el gobierno norteamericano trató de conciliar y balancear intereses tan diversos como contradictorios: los de los arqueólogos, etnólogos, comerciantes, coleccionistas, museos y comunidades académicas, por no mencionar los diferentes enfoques administrativos sostenidos por las dependencias administrativas del Ejecutivo federal norteamericano, como los departamentos de Estado, de Justicia y el Servicio de Aduanas.

Debe de admitirse que la ratificación de la Convención de la UNESCO de 1970 y su Acta Cultural de Implementación constituyen un avance sustantivo, a pesar del proceso tan intrincado para obtener la firma del “acuerdo especial” previsto por esta Acta cultural, *conditio sine qua non* para la procedencia de la restitución de los bienes arqueológicos y etnológicos y de las escasas posibilidades reales de que la firma del acuerdo especial realmente acaezca.

Sin embargo, es emblemático el solo reconocimiento legal de la especificidad de los bienes arqueológicos y etnológicos en el derecho interno norteamericano, y como consecuencia de ello su sometimiento a un régimen especial para su restitución.

En este mismo contexto se puede mencionar igualmente el *American Statute for the Importation of Pre Columbian Monumental or Architectural Sculpture or Mural* de 1972. La *rationae materiae* de esta legislación comprende solamente la protección de los grabados en piedra y muros producto de la cultura precolombina de las Américas, acotada a las que constituyen un “monumento inmóvil o una escultura arquitectónica” o bien una escultura que haya estado adherida a ella. Aun cuando modesta en su alcance, esta legislación es una evidencia más de la nueva conciencia cultural.

²⁵ En Bator, Paul M., “The International Trade in Arts”; Merryman, John Henry and Elsen, E. Albert, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 2a. ed., Baltimore, Philadelphia University of Pennsylvania Press, 1987, p. 51.

La modificación de ciertas prácticas en el sistema de aduana americana, fuertemente criticadas por algunos sectores de la sociedad continental, ha disminuido en alguna forma la importación ilegal, especialmente de bienes arqueológicos precolombinos. La implementación de esta nueva práctica aduanal ha sido altamente cuestionada en los mismos Estados Unidos, con argumentos que van desde el rechazo a la benevolencia en favor de los países exportadores, hasta objeciones pragmáticas de sustancia, consistentes en la eliminación de todas las restricciones de importación de bienes culturales, para no favorecer, mediante la clausura del mercado americano, a otros mercados importantes de arte, como el japonés y el de la Unión Europea.

En la misma forma es necesario tener presente en el análisis que bajo la *US National Stolen Property Act* (conocida por sus siglas *US NSPA*) es considerado como un delito federal en los Estados Unidos comerciar, transportar, recibir, encubrir, almacenar, vender o disponer de bienes robados provenientes del comercio exterior.

El selo hecho de que en los precedentes *McClain*²⁶ y *Hollinshead*²⁷ se haya invocado a la *US NSPA*, así como el vigoroso rechazo a su aplicación presentada en la Corte mediante el documento *amicus curiae* formulado por la Asociación Americana de Comerciantes de Arte Antiguo, Oriental y Primitivo (*American Association Dealers in Ancient, Oriental and Primitive Art*) en el mismo precedente *McClain*, evidencia que el debate está aún muy lejos de clausurarse y destaca la complejidad de favorecer el “mejor interés cultural”.

Sectores importantes de la literatura americana especializada han mostrado una franca preocupación por la recurrencia jurisdiccional al régimen legal de la *US NSPA*. En efecto algunos estudiosos americanos²⁸ han argumentado que, si se atiende exclusivamente a letra la *US NSPA*, bastaría con una simple declaración legal sobre la propiedad cultural por parte de un país exportador, que en sí misma no es más que una abstracción, para que tuviera un efecto jurídico de gran relevancia en el derecho interno de los Estados Unidos.

Han sostenido estos autores que un bien cultural ilícitamente exportado que haya ingresado a territorio americano no puede ser considerado robado por el único hecho de serlo conforme a una legislación extranjera. En otra forma el país exportador podría fácilmente invocar la legislación nacional americana en su beneficio —específicamente la *US NSPA*—, con el solo propósito de reforzar su legislación de exportación mediante una simple y unilateral declaración “metafísica” de propiedad, y al hacerlo así el país ex-

²⁶ *Supra* nota 21.

²⁷ *United States vs. Hollinshead*, 495 F 2d. 1154 (9th. Cir. 1974).

²⁸ Bator, *supra* nota 6, p. 348.

portador estaría manipulando e imponiendo en su beneficio, y contrariando los intereses de la sociedad americana, su noción propia de bienes culturales “robados” en el derecho interno de los Estados Unidos.

No obstante todas estas vicisitudes, el sistema judicial americano ofrece por su parte indicios alentadores de esta nueva conciencia cultural, como se puede constatar en el precedente “*Autocephalous Greek Orthodox Church of Cyprus vs. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc.*”,²⁹ en el que el razonamiento del juez americano refleja una clara valoración del mejor interés cultural. En su resolución, el juez americano Cudahy razonó que la Convención de la UNESCO de 1970 y el Acta Cultural de Implementación constituían, desde su perspectiva, un esfuerzo serio para infundir respeto a la propiedad y al legado cultural de todos los pueblos en relación con los mosaicos de la Parroquia de *Kanakaria* en Chipre; determinó que no obstante su gran belleza intrínseca, éstos eran los vestigios de un período artístico temprano y ordenó por lo tanto su restitución a su lugar de origen y a su legítimo propietario: la Iglesia griega ortodoxa chipriota. Pero lo que es más significativo: sentenció que el desprecio por la propiedad histórica y cultural de otros pueblos no podía ser tolerado ni por la comunidad internacional ni por la Corte en donde actuaba.

En junio de 2003 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito³⁰ confirmó la sentencia penal condenatoria del señor Frederick Schultz, un prominente anticuario de la Ciudad de Nueva York; al hacerlo consideró que al Estado nacional reivindicante le asistía la razón al resolver que los bienes culturales pertenecientes *ex lege* a un Estado nacional deben ser considerados como robados, de haber sido sustraídos sin el consentimiento del Estado de origen, en términos de la *US MSPA*. En la especie, el gobierno Egipcio había demandado la restitución de varias piezas arqueológicas, entre las que destacaba una cabeza del faraón egipcio Amenhotep III³¹ que se había vendido en el mercado norteamericano en un millón doscientos mil dólares.

Lo relevante de este precedente es que asimila el régimen de los bienes arqueológicos robados a los Estados soberanos, al de los bienes culturales robados a museos o a colecciones privadas. El precedente cobra especial relevancia, sobre todo en el área de Nueva York, que es uno de los centros nerviosos del mercado de arte en los Estados Unidos.

²⁹ *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc.* 717 F Supp. 1374 (S.D. Ind. 1989).

³⁰ Archeological Institute of America Boston, Massachusetts, USA, Press Release 617-353-9361.

³¹ Amenhotep III, llamado también *El magnífico*, fue faraón de Egipto de 1417 a 1379 a. C.

No solamente el referido tratado entre México y Estados Unidos es otra importante referencia en la creación de este nuevo orden internacional cultural. En el mismo orden, el Ejecutivo federal estadounidense expidió dos “*Executive Agreements*” respecto al Perú y Guatemala; conforme al derecho norteamericano, estos instrumentos obligan al gobierno de los Estados Unidos de la misma forma en que lo hacen los tratados, pero sin que para su validez requieran de la aprobación del Senado.

En 1995, en Roma, se aprobó la Convención multilateral de UNIDROIT sobre la restitución de bienes culturales robados o ilícitamente exportados, que representa una gran oportunidad para enriquecer el orden cultural interamericano. En su preámbulo esta Convención revela de manera indubitable su vocación protectora del patrimonio cultural al expresar su preocupación por el tráfico ilícito de bienes culturales y por los daños irreparables que a menudo éste produce, tanto a los propios bienes como al patrimonio cultural de las comunidades nacionales, tribales y autóctonas, entre otras, así como al patrimonio común de todos los pueblos. En este preámbulo, se deplora en particular el pillaje de lugares arqueológicos y la pérdida irremplazable de información arqueológica, histórica y científica.

La Convención se estructura en dos planos diferentes: el régimen relativo a la devolución de los bienes culturales robados y el que norma la restitución de los bienes culturales ilícitamente exportados. Ambos, aun cuando son convergentes, obedecen a racionalidades distintas.

Desde el inicio de las negociaciones internacionales para redactar la Convención Cultural de UNIDROIT resaltó el conflicto jurídico entre esta reivindicación y los derechos cuyo carácter estaba perfectamente definido en los países de destino de los bienes culturales. En efecto, uno de los postulados plenamente aceptados en los países de sistema jurídico romano-germánico, y que constituye una de las premisas de la certeza jurídica en las transacciones comerciales, es el relativo a la protección del tercer adquirente de buena fe que posibilita conservar el bien mueble adquirido como nuevo propietario, aun cuando se trate de un bien mueble robado, y por extensión de un bien mueble *cultural* robado. Pero, en el otro extremo, un número significativo de Estados soberanos han reivindicado su derecho a recuperar los bienes culturales pertenecientes a su patrimonio cultural material que les hubieren sido robados.

De ahí que en el primer vértice de la Convención la idea matriz consista en obligar al poseedor de un bien cultural robado a restituirlo. No obstante que este postulado *per se* contradice el régimen general mobiliario de los países sujetos al sistema de codificación, fue posible incorporarlo al texto de la Convención, ya que existe un consenso universal en el sentido de sancionar

el robo y sus consecuencias, lo que facilita su aceptación en la comunidad internacional.

Mas aún, esta Convención contiene una protección de principio para las culturas mesoamericana y andina central, pues considera como robado todo bien cultural que hubiere sido ilegalmente excavado, o legalmente excavado pero ilegalmente retenido, lo que asegura a los países de nuestra región la restitución de sus bienes arqueológicos.

En la Convención Cultural de UNIDROIT se atribuyó la legitimidad para exigir la devolución de los bienes culturales robados no solamente al Estado requirente sino también a sus particulares. Con ello la protección de bienes culturales se independiza de cualquier decisión gubernamental, como la que pudo constatarse en el siglo XX, cuyos efectos fueron perniciosos.

El criterio empleado en la Convención de UNIDROIT se desarrolló, pues, en una perspectiva diferente al que se contiene en la Convención de la UNESCO de 1970. En su ámbito merecen la misma protección las colecciones privadas de bienes culturales que las colecciones públicas. La decisión de la protección de bienes culturales no implica agotar ninguna instancia gubernamental previa, la que neutraliza la referida hegemonía cultural del Estado, creada como un efecto del privilegio soberano conferido de designar los bienes culturales protegidos en forma exclusiva. La citada Convención crea pues un nuevo espacio cultural de libertad que debe, contra todo acoso, ser preservado.

El segundo vértice de la Convención ordena que los bienes culturales que hayan sido exportados en contravención de ciertos intereses culturales debidamente especificados, concernientes a la protección de bienes mobiliarios del patrimonio cultural, deben ser restituidos. A efecto de definir con relativa precisión estos intereses culturales, la Convención los enuncia, creando de esta forma un orden público cultural en el ámbito internacional que evita que las jurisdicciones de los países de destino tengan que aplicar en su territorio las leyes imperativas protectoras del patrimonio cultural de los países de origen y calificar su transgresión; evita igualmente que los Estados de destino tengan que someter a sus particulares a políticas culturales estatales, cambiantes de un país a otro, por más bondadosas que éstas pudieran ser.

Los efectos jurídicos de este nuevo orden jurídico cultural en el ámbito internacional cobran vigencia para el futuro. Esto no conlleva la validación del tráfico ilícito anterior, antes al contrario: la Convención de UNIDROIT deja a salvo los derechos de los Estados requirentes para que agoten los otros mecanismos culturales existentes. Una vez delimitados los parámetros de este régimen de excepción, se previó un procedimiento es-

pecífico para dar efecto jurídico a estos derechos culturales en el sistema jurídico interno del país de destino. Estos nuevos derechos culturales atribuidos a los Estados de origen únicamente podrán hacerse efectivos cuando se ratifique la Convención de UNIDROIT. Finalmente el ejercicio de los derechos previstos en esta Convención precluye en un tiempo determinado.

En caso de controversia en relación con el origen nacional, la devolución o restitución del bien cultural robado o ilícitamente exportado, que se entiende pertenece al Estado soberano o a sus particulares debe, debe regirse por la regla del mejor interés cultural y el de la preservación del conocimiento de la cultura. La ratificación de la Convención Cultural de UNIDROIT por un número importante de países de América Latina es ya un paso significativo en la creación de este orden cultural internacional.

IV. CONCLUSIONES

La temática de la protección de bienes culturales participa de una profunda complejidad y su análisis jurídico puede ser abordado desde diferentes ópticas, según se atienda a su incidencia en el derecho privado y sus normas relativas al tercer adquirente de buena fe; al derecho internacional privado y su noción de punto de contacto, especialmente el de la *rex rei sitae*; o bien a sus efectos en el derecho internacional público a través de las diferentes convenciones, tratados y acuerdos relativos a los bienes culturales concluidos entre los diferentes Estados. E incluso no solamente se observa aquí la participación de diversas disciplinas del derecho, sino la preeminencia de otros ámbitos del conocimiento, como la estética y la etnografía.³²

Es innecesario insistir en la complejidad del tráfico ilícito de bienes culturales y la dificultad en hacer prevalecer el conocimiento y el estudio de una cultura sobre otros intereses; lo que no puede soslayarse es la preocupación creciente mostrada por la comunidad internacional en cuanto a la preservación del conocimiento de culturas antiguas, que ya ha encontrado una plena aceptación y, lo que es más importante, una reglamentación, si bien aún incipiente, en el nuevo orden cultural internacional.

Otras evidencias de este orden cultural internacional pueden identificarse en la proliferación de declaraciones no vinculantes, pronunciamientos y cartas de intención, entre otras, que constituyen un cuerpo de Código Cultural de Conducta que puede ser calificado como *soft law*. Esta noción se aplica a un cuerpo de normas narrativas no vinculantes y que en esta mate-

³² Sánchez Cordero, Jorge A., *supra* nota 11.

ria tienen una enorme influencia en las prácticas comerciales de adquisición de bienes culturales de museos y comerciantes de arte.

Las convenciones internacionales que aún estén pendientes de ser ratificadas pueden ser conceptuadas dentro del régimen de legalidad del *soft law*, como ya lo está la propia Convención Cultural de UNIDROIT adoptada en la parte esencial de su Código de Ética por los museos alemanes,³³ en tanto que los museos americanos han hecho lo propio. La racionalidad detrás de estos Códigos Culturales de Conducta es simple, pero no por ello menos importante: uno de los principios que animan la *raison d'être* de los museos es la preservación del patrimonio cultural de la humanidad.

La recurrente adquisición ilegal de bienes culturales sencillamente fomenta la destrucción de los vestigios de las culturas antiguas cuando su preservación presupone el acceso a la información que debe permanecer inalterable. En el último cuarto del siglo XX emergió una nueva óptica para la defensa de los bienes culturales que pregona una nueva conciencia cultural, consistente en una mayor preocupación en lo que respecta a la preservación del patrimonio cultural de la humanidad y una condena vigorosa del vandalismo del libre mercado en su forma más conspicua, como es el pillaje y la mutilación para satisfacer la demanda del mercado, gobernados claramente por una racionalidad filisteas.

El debate inédito del que hemos dado cuenta podría fortalecer la percepción de visualizar signos evolutivos en la defensa del patrimonio cultural; se debe permanecer con el espíritu abierto y presto a eliminar categorías jurídicas diseñadas para regular el tráfico comercial mobiliario pero que no ofrezcan una explicación satisfactoria en la regulación de excepción de bienes muebles que conllevan un elemento de culturalidad.

El pasado, tan reciente como ayer, puede desaparecer frente a nosotros. Se ha dicho con razón que cuanto más pasado acumule una sociedad, resulta más difícil que lo retenga. El interrogante fundamental que se han formulado las sociedades a lo largo del tiempo es cómo capturar el pasado; un problema de comunicación humana, ya que la captura debe ser accesible a todos. Este es el sentido de los bienes culturales, que son vehículos de comunicación. La arqueología en la actualidad ha enseñado cuánta información contienen estos bienes culturales. Pero los bienes culturales también

³³ Jayme, Erik, *Eröffnungsvortrag-Rechtsbegriffe Kunstgeschichte. In Neues Recht zum Schutz von Kulturgütern, EG-Richtlinie, UNIDROIT-Convention und Folgerecht*, Gerte Reichelt (Hrsg.), Wien, 1997, Manzsche Verlags-Universitätsbuchhandlung, 11. El Consejo de Dirección de los Museos Alemanes requirió en noviembre de 1996 que el gobierno federal alemán informara del estado que guardaba la ratificación de la Convención de UNIDROIT o bien de la discusión que hubiese tenido lugar a esa fecha.

contienen enseñanzas. Deben contemplarse no como meros bienes inertes o simples artefactos; revelan las aptitudes, las metodologías y los talentos de sus creadores.

Los bienes culturales, empero, sobrepasan su conceptualización de ser esfuerzos humanos; conllevan el significado mismo que se le ha dado a la naturaleza. A la naturaleza se le ha dotado de un significado, se le ha capturado en el drama, incluso en el milagro, de la existencia contemporánea. Los bienes culturales no hablan o se comunican por sí solos; llevan una receptividad particular que permite apreciar la captura del pasado. Pueden desvanecerse, como se ha intentado constatar en este trabajo, y los esfuerzos científicos que se han venido realizando intentan asegurar su permanencia que permita preservar los instructivos de las formas de las civilizaciones.

Por encima de cualquier consideración de tiempo o de espacio, los bienes culturales pueden ser más elocuentes que cualquier lenguaje. Son muy elocuentes en este mismo sentido las palabras de Octavio Paz, quien refiriéndose a las esculturas y monumentos de los antiguos mexicanos sostenía que son obras a un tiempo maravillosas y aterradoras; obras que están impregnadas de un sentimiento confuso y sublime de lo sagrado. Un sentimiento que brota de creencias e imágenes que vienen de profundidades psíquicas muy antiguas. No obstante, a pesar de su extrañeza, de una manera oscura pero casi nunca racional, nos reconocemos en ellas. O más exactamente vislumbramos a través de sus formas complicadas una parte enterrada de nuestro propio ser. En esos objetos extraños —esculturas, pinturas, relieves, santuarios— nos asomamos a nuestro fondo infinito.