



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

Alternativas jurisdiccionales para la restitución internacional de bienes culturales

*Jurisdictional Alternatives for International
Restitution of Cultural Goods*

MARÍA JULIA OCHOA JIMÉNEZ

Abogada por la Universidad de los Andes, Venezuela, magíster en Derecho por la Georg-August-Universität Göttingen, magíster en Derecho por la Universidad de Navarra y doctora en Derecho por la Georg-August-Universität Göttingen. Profesora e investigadora del Grupo de Investigación en Saber, Poder y Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

julia.ochoa@udea.edu.co - ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-3701-9018>

Resumen

Los retos que implica la restitución internacional de bienes culturales pueden ser tratados desde diferentes perspectivas. Dentro del ámbito jurídico, el derecho internacional privado se ocupa de complejidades que se refieren especialmente a los derechos reales, entre los que destaca el derecho de propiedad, en un contexto en que existe, por una parte, concurrencia internacional de jurisdicciones y, por otra, diversidad de legislaciones aplicables. Este artículo busca ser un aporte tanto a la práctica como a procesos legislativos en relación con el primero de esos dos aspectos. Así, presenta un análisis dogmático de dos alternativas *de lege lata* que otorgan competencia a los tribunales del país donde se encuentra el bien cultural, y trata una alternativa *de lege ferenda* que busca superar debilidades comunes al primer par de alternativas mediante el reconocimiento expreso de la competencia de los tribunales del país de donde el bien es originario.

PALABRAS CLAVE

Restitución, bienes culturales, derecho internacional privado, jurisdicción.

Abstract

The challenges behind the international restitution of cultural property are faced from different perspectives. In the legal field, private international law deals with complexities that particularly point to how to property rights in a context in which there is, on the one hand, international concurrence of jurisdictions and, on the other hand, diversity of applicable laws. This article seeks to be a contribution to both practice and legislative processes in relation to the first of the two above-mentioned aspects. Thus, it contains a dogmatic analysis of two *de lege lata* alternatives that grant jurisdiction to the courts of the country where the cultural property is located; it also deals with a *de lege ferenda* alternative that seeks to overcome weaknesses of the first couple of alternatives by recognizing the jurisdiction of the courts of the country from which the property originates.

KEY WORDS

Restitution, cultural property, conflict of laws, jurisdiction

1. INTRODUCCIÓN

¿Qué alternativas jurisdiccionales puede tener el propietario originario —Estado, comunidad o individuo— para reclamar la restitución internacional de un bien cultural del que ha sido despojado ilícitamente? Esta pregunta se refiere a la cuestión sobre qué tribunales pueden ser competentes para conocer y decidir sobre situaciones de este tipo. El derecho internacional privado conflictual ha ofrecido respuestas a esta cuestión mediante la configuración —en instrumentos internacionales, supranacionales o nacionales— de normas que atribuyen competencia a los tribunales de determinado Estado para conocer de esta materia, quedando la distribución de competencia a nivel nacional, y demás aspectos procesales específicos, sujetos a las normas jurídicas procesales existentes en ese Estado. La cuestión antes indicada no debe confundirse con la referida a cuál es la legislación que los tribunales competentes deben aplicar para resolver el fondo de la situación, que es el otro aspecto central del cual se ocupa el derecho internacional privado conflictual. Este artículo no se centra en esta última cuestión.

Este trabajo recoge los resultados de una investigación cualitativa que ha tenido como objetivo explorar las alternativas jurisdiccionales para la restitución internacional de bienes culturales. La metodología empleada ha partido de la identificación de fuentes documentales, según las cuales se ha realizado un análisis dogmático de los desarrollos normativos, así como jurisprudenciales y doctrinarios, en este último caso brindando especial consideración a dinámicas que han tenido lugar en el ámbito alemán. El análisis realizado durante el desarrollo de la investigación ha girado en torno a los tres ejes que se reflejan en la estructura del artículo, conformada por las tres secciones que se indican a continuación.

En la primera sección, se tratan las alternativas *de lege lata* que ofrecen dos instrumentos jurídicos. El primero de ellos es el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* (Roma, 1995), que ofrece a los tribunales nacionales de los países que lo ratifiquen herramientas para resolver esta clase de casos. Aunque su aplicación escasa hace difícil una evaluación satisfactoria, su utilidad no puede ser descartada, puesto que las causas que impiden su aplicación no recaen necesariamente en su contenido, sino en el hecho de que su ratificación entre Estados de destino de esta clase de bienes no ha sido abundante, situación que podría cambiar en el futuro. El segundo instrumento jurídico que se tratará es el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Aun cuando solo sea aplicable entre los países de la Unión Europea (UE), es de resaltar que este reglamento contiene normas de las que pueden echar mano también sujetos provenientes de terceros Estados, como los latinoamericanos.

La segunda sección considera el hecho de que los dos instrumentos normativos mencionados contienen una regla *forum rei sitae* especial para la restitución internacional de bienes culturales, es decir, contemplan la competencia de los tribunales de los Estados donde se encuentre el respectivo bien. En este sentido, en esta parte, se expone cómo el uso de la indicada regla en relación con esta clase de bienes ha sido cuestionado y se han realizado planteamientos *de lege ferenda* que abogan por el reconocimiento legal de la regla *forum originis*, que contemple la competencia de los tribunales de los Estados de donde el bien es originario.

Por último, la tercera sección trata separadamente dos aspectos específicos relevantes para los asuntos relativos a la jurisdicción en materia de restitución internacional de bienes culturales. Estos son, por una parte, la prescripción de las acciones y, por otra, la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Se concluye con un balance general y una breve valoración en perspectiva.

2. ALTERNATIVAS DE LEGE LATA: UNA REGLA FORUM REI SITAE ESPECIAL

La regla *forum rei sitae*, según la cual son competentes los tribunales del lugar donde se encuentran situados los bienes, es usualmente aplicada a las situaciones referidas a derechos reales en general. Dicha regla se encuentra establecida de manera especial para situaciones relativas a la restitución internacional de bienes culturales en el plano internacional en el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, y en el plano supranacional en normas de la UE. A continuación, trataremos estas normativas. Es de anotar, sin embargo, que la regla *forum rei sitae* para restitución internacional de bienes culturales se encuentra igualmente a nivel nacional, como es el caso de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 de Suiza (art. 98a), y también está contemplada en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Serbia (cfr. Basedow, Rühl, Ferrari & Asensio, 2017).

La regla *forum rei sitae* del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*

El *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* contiene una regla *forum rei sitae* específica para los dos tipos de demandas de carácter internacional¹

¹ Aunque el artículo 1 no ofrece claridad sobre qué debe entenderse por demandas de carácter internacional (Kurpiers, 2005), con ello se puede hacer referencia a que, en el momento de la demanda, el bien cultural se encuentre en un país distinto del país de origen (Caamiña y Calvo, 2009; Calvo, 2004), o a que en algún momento, haya cruzado las fronteras del Estado de origen, independiente del lugar donde se encuentre en el momento de la demanda. Esto último implica situaciones en que un bien cultural es robado en un país, trasladado y vendido a un adquirente de buena fe en otro país y, finalmente, reintroducido en el país donde había sido robado para ser vendido allí (Caamiña, 2007; véase *Winkworth v Christie, Manson & Woods Ltd.*, [1950] 2

que allí se contemplan, es decir, la demanda de restitución de un bien cultural robado (cap. II, art. 3) y la demanda de devolución de un bien cultural exportado ilícitamente (cap. III, art. 5).

La demanda de devolución de un bien exportado ilícitamente solo puede ser ejercida por un Estado contratante (Caamiña y Calvo, 2009), aunque este no se considere a sí mismo como propietario (Renold, 2013). Por su parte, la demanda de restitución de un bien cultural robado puede ser introducida por cualquiera que sea legítimo propietario o por el poseedor del objeto, ya se trate de un Estado o de un particular (Siehr, 1998), y también por una comunidad autóctona o tribal (art. 3, num. 8). Esto último, sin embargo, no es cuestión sencilla. Por ejemplo, recientemente la capacidad procesal de una comunidad autóctona fue tratada en Alemania en un caso referido a un acuerdo entre el Museo Linden de Stuttgart y el Gobierno de Namibia, para la restitución de una biblia y un látigo que pertenecieron a Hendrik Witbooi, quien fuera líder del pueblo nama, restitución que se produjo en febrero de 2019 (Baden-Württemberg, 2019). Aunque el caso ocurre fuera del ámbito del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, es relevante en este contexto, pues la Asociación de Líderes Tradicionales Nama solicitó ante el Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg que los objetos fueran devueltos a la asociación y no al Gobierno de Namibia. El tribunal alemán consideró que la demanda no tenía relación con las normas constitucionales alemanas y que debía ser resuelto dentro del país africano (1 VB 14/19. Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg). Llama la atención, frente a ello, como lo resalta Jayme (2019), que el problema de la capacidad procesal de los representantes de los pueblos nama y herero, en el caso que estos iniciaron contra Alemania ante un tribunal de Nueva York, en que reclamaban compensación por el genocidio contra sus ancestros en el territorio del actual Estado de Namibia (*The Jakarta Post*, 2019; Rukoro et al v Federal Republic of Germany, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 17-00062²), no fue relevante, pues se trataba de una asociación constituida según la legislación de los Estados Unidos (Jayme, 2019).

En cualquiera caso, en general, la demanda, ya sea de restitución de un bien cultural robado, ya sea de devolución de un bien cultural exportado ilícitamente, puede hacerse llegar, según el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, a los tribunales directamente o por intermedio de una o varias autoridades designadas por el Estado o por vía diplomática o consular. Cuál de estas modalidades es seguida por cada Estado contratante

Weekly Law Reports 937 (Ch. D.), citado por Caamiña y Calvo, 2009; Siehr, 1998; Renold, 2013).

² En este caso “los demandantes [...] alegaban que [...] cráneos y otros restos humanos se enviaron al Museo Americano de Historia Natural, y una descripción escrita del genocidio se envió a la Biblioteca Pública de Nueva York”. Sin embargo, en la decisión se consideró que “las transferencias de restos humanos y el relato del genocidio no tenían una conexión ‘directa’ o ‘inmediata’ con las actividades de Alemania en el sudoeste de África” (Stempel, 2019).

es algo que el mismo Estado determina y declara en el momento de comenzar a hacer parte del Convenio (art. 16, num. 1), declaración esta que puede ser modificada en cualquier momento por una nueva declaración (art. 16, num. 3).

La regla *forum rei sitae* está incluida en el numeral 1) del artículo 8 del Convenio:

Se podrá presentar una demanda fundada en los Capítulos II o III ante los tribunales o ante cualesquiera otras autoridades competentes del Estado contratante en el que se encuentre el bien cultural, así como ante los tribunales u otras autoridades competentes que puedan conocer del litigio en virtud de las normas en vigor en los Estados contratantes.

Como se puede ver, la regla *forum rei sitae* no se ha formulado desde el punto de vista de la exclusividad (Caamiña, 2007). En efecto, el Convenio ofrece un foro específico que se suma a la paleta de opciones de las cuales se dispone para solicitar la restitución de un bien cultural robado o la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente. Esto se desprende, por un lado, del numeral 3) del artículo 10, según el cual el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* “no legitima en modo alguno una actividad ilícita de cualquier tipo que se llevara a cabo antes de la entrada en vigor del presente Convenio o que quedara excluida de la aplicación del Convenio en virtud de los párrafos 1) ó 2) del presente artículo”.

En consecuencia, el mismo numeral continúa diciendo: “ni limita el derecho de un Estado o de otra persona a presentar, fuera del marco del presente Convenio, una demanda de restitución o de devolución de un bien robado o exportado ilícitamente antes de la entrada en vigor del presente Convenio”.

Además, el numeral 2) del artículo 8 establece que las partes tienen la posibilidad de “convenir someter el litigio a un tribunal u otra autoridad competente”, así como que el asunto sea resuelto a través de arbitraje.³ De cualquier forma, incluso si la reclamación se produce dentro del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, los Estados contratantes pueden, como señala el artículo 9, numeral 1), aplicar normas distintas de las del Convenio que sean más favorables para la restitución o devolución de los bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Esto no significa, no obstante, que los demás Estados contratantes estén obligados a reconocer las decisiones así adoptadas, como aclara el mismo artículo *in fine*.

³ La posibilidad de recurrir a arbitraje no es tratada aquí por razones de espacio. Sobre el uso de este mecanismo en el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, véase Shyllon (2000).

Sin embargo, es menester considerar los requisitos establecidos para cada una de las acciones y la necesidad de indemnizar al poseedor de buena fe. De buena fe es el poseedor que no sepa o haya debido razonablemente saber que el bien es robado y que pueda demostrar que ha actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición (art. 4), o que no sepa o haya debido razonablemente saber, en el momento de la adquisición, que el bien se ha sido exportado ilícitamente (art. 6). Además, habrá de atenderse a la imposibilidad de aplicación retroactiva del Convenio (art. 10) y los plazos de prescripción de la acción de restitución de un bien robado (art. 3, num. 3-5) y de la acción de devolución de un bien exportado ilícitamente (art. 5, num. 5). Estas regulaciones impedirían que el Convenio se aplique *de forma directa o inmediata* en muchas situaciones. No obstante, si la reclamación se produce fuera del Convenio, este aún puede ser aplicado *de forma indirecta o mediata*. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso *L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève*,⁴ cuando un tribunal suizo consideró que las normas del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* expresaban la existencia de un orden público internacional que se encamina, además de proteger el interés legítimo del poseedor de buena fe, a luchar contra el tráfico ilícito internacional de bienes culturales (Caamiña y Calvo, 2009).⁵

La regla *forum rei sitae* del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

Aunque las normas de la UE se aplican solo entre Estados miembros, estas no son irrelevantes para terceros Estados, como los latinoamericanos. Primero, representan un modelo normativo —que no necesariamente tiene que ser seguido, pero que es aconsejable conocer— que ha sido creado para hacer frente a problemas que pueden emerger, en general, de situaciones jurídicas privadas internacionales sobre bienes culturales y, en particular, de los conflictos de jurisdicción en casos de restitución internacional de esta clase de bienes. Además, Estados no miembros de la UE, o personas naturales o jurídicas originarias de ellos, podrían recurrir a normas europeas atributivas de competencia para interponer una acción en algún país miembro de la UE, incluida la norma del numeral 4) del artículo 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento

⁴ Tribunal Federal, 1 de abril de 1997, *L. contre Chambre d'accusation du canton de Genève*, citado por RDU (2006, pp. 456-457), citado por Caamiña y Calvo (2009).

⁵ Otra limitación del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* es la definición restringida de bien cultural robado que contiene el artículo 3, cuya interpretación podría conducir a que, si el bien ha sido entregado para su restauración y no es devuelto, el propietario originario no puede ejercer la acción que contiene dicho artículo. Evidentemente, esto no es acorde con el fin de combatir el tráfico ilícito (Kurpiers, 2005).

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al que nos referiremos en este acápite.

El numeral 4) del artículo 7 del citado Reglamento se encuentra entre los varios mecanismos legales de que dispone la UE para facilitar el retorno de bienes culturales a sus países de origen. Entre ellos se encuentra también el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece, de manera general, que la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional constituye una excepción a la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, y de toda medida de efecto equivalente, como ocurre igualmente de acuerdo con el artículo XX, letra f), del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade [GATT]) (Jayme, 1994b; Merryman, 2005), en que se inspira la norma europea (Fuentes, 1993). Además, existen dos cuerpos normativos específicos. En primer lugar, se tiene el Reglamento (CE) n° 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, que fue luego sustituido por el Reglamento (CE) n° 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales. En segundo lugar, se encuentra la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (Siehr, 2014). Esta directiva, inspirada por los trabajos preparatorios del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* (Calvo, 2004), fue sustituida posteriormente por la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012.

En general, la mayoría de los bienes culturales robados que han sido trasladados de un Estado miembro de la UE a otro Estado miembro pueden ser reclamados por el propietario al poseedor ante los tribunales del domicilio de este último (Siehr, 2014), si el demandado se encuentra domiciliado en un Estado miembro de la UE. Cuando el poseedor de un bien robado tiene el bien consigo, como generalmente ocurre, no hay problemas en relación con el reconocimiento y la ejecución de las decisiones del tribunal que conoce del caso. Sin embargo, puede ocurrir que el bien no se encuentre en el domicilio del poseedor. El numeral 4) del artículo 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil se ocupa de este problema respecto de casos en los que el Estado donde el bien cultural se encuentra es un Estado miembro de la UE.

La parte final del numeral 4) del artículo 7 del indicado Reglamento contempla la regla *forum rei sitae* en los siguientes términos:

Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: [...] si se trata de una acción civil, basada en el derecho de propiedad, dirigida a recuperar un bien cultural según se define en el artículo 1, punto 1, de la Directiva 93/7/CEE, e incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda.

El Reglamento contiene otras reglas de competencia a las que también sería posible acudir, según las circunstancias concretas del caso. Así, por ejemplo, si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, que es el mismo lugar donde se encuentra el bien, el demandante no necesitaría acudir al numeral 4) del artículo 7, pues la regla general que contempla la competencia de los tribunales del domicilio del demandado —que está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo— se encuentra en el numeral 1) del artículo 4 del mismo reglamento.

El demandado puede ser el poseedor del bien, que lo posee como propio, o un tercero que lo ha adquirido de otra persona a quien ha tenido como propietario. Ejemplo de esto último es el caso *City of Gotha vs. Sotheby's and Cobert Finance S.A.*, decidido por la Corte Suprema de Inglaterra en 1998, en el que la ciudad de Gotha, en Alemania, demandó a la casa de subasta y al transportador en Londres, la restitución de una pintura de Joachim Wtewael (1566-1638) (Siehr, 2014).

Por otra parte, de acuerdo con el numeral 4) del artículo 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la acción ejercida mediante la demanda debe estar basada en el derecho de propiedad. De esta manera, quedan excluidas las demandas basadas en la exportación ilícita del bien (Siehr, 2014). De ello deriva también que un Estado podrá interponer una demanda en el marco del numeral 4) del artículo 7 del Reglamento solo cuando sea el propietario del bien, ya que la demanda debe ser incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien. Además, la demanda debe estar dirigida a recuperar un bien cultural, según la definición del artículo 1, numeral 1), de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. Interesante es que el numeral 4) del artículo 7 del Reglamento no distingue entre bienes culturales originarios de un Estado miembro de la UE y bienes culturales originarios de un tercer Estado. En consecuencia, como interpreta Siehr (2014), un Estado que no es miembro de la UE —usemos como ejemplo, como lo hace el mismo autor, a Ecuador⁶— puede reclamar la devolución de un bien cultural del cual es propietario ante los tribunales del Estado miembro donde se encuentra el bien.

⁶ Para ilustrar esto, se puede considerar el caso *Tribunale di Torino, sentenza 25 marzo 1982. Presidente, Conti-Giudice Rel., Barbuto*. En *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XVIII, 1982, pp. 625-635 (Siehr, 2014).

Es de anotar que mediante la demanda se debe ejercer una acción civil. Respecto de este punto, han de observarse las acciones civiles que están contempladas en el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde se encuentra el bien, ante cuyos tribunales ha de interponerse la demanda. Las disposiciones de los ordenamientos jurídicos nacionales al respecto pueden ser diversas,⁷ pero lo que ha de considerarse es la naturaleza civil de la acción. En cualquier caso, puede afirmarse que bajo el numeral 4) del artículo 7 del Reglamento no es posible interponer acciones de otro tipo, como podrían ser acciones penales o administrativas, pero la posibilidad de acudir a estas queda intacta.⁸

3. ALTERNATIVA DE *LEGE FERENDA*: LA REGLA *FORUM ORIGINIS*

La idoneidad de la regla *forum rei sitae* para situaciones de restitución internacional de bienes culturales ha sido cuestionada por varios autores. Entre ellos destaca Erik Jayme, quien ha propuesto que sean los tribunales del Estado de origen de los bienes culturales los que tengan competencia para decidir sobre la repatriación o restitución internacional de dichos bienes, mediante una regla *forum originis*. Este autor ha cuestionado, al mismo tiempo, la aplicación de la regla del lugar de ubicación de los bienes para decidir sobre el ordenamiento jurídico aplicable al fondo de la situación en tales casos (*lex rei sitae*).

Usualmente, en relación con la atribución de competencia a los tribunales del Estado de origen y la aplicación del ordenamiento jurídico de origen para la restitución internacional de bienes culturales, se considera que uno de los aspectos más problemáticos es que *Estado de origen* y *ordenamiento de origen* son conceptos poco claros que están abiertos a interpretación, aunque también se ha estimado que es allí donde reside la fortaleza de estos conceptos (Kienle & Weller, 2004). En efecto, la determinación del ordenamiento jurídico de origen no puede ser realizada en abstracto, sino en atención a los criterios relevantes, por lo que una regla especial que se aleje de la *lex rei sitae* en favor de la *lex originis* debería contar con esta inexactitud, debiendo ser lo decisivo el interés de una comunidad cultural y jurídica determinada por proteger el bien cultural de que se trate (Müller-Katzenburg, 1996).

⁷ Puede tratarse, por ejemplo, de una acción delictual, pero de naturaleza civil, como podría ocurrir en el caso del Reino Unido. Sin embargo, sería cuestionable la inclusión de una acción dirigida a la determinación de la propiedad sobre un bien cultural, como la que contempla la legislación alemana, pues dicha acción no estaría “dirigida a recuperar un bien cultural” (Siehr, 2014, p. 483).

⁸ Véase considerando número 15 del Reglamento al referirse a los procedimientos que pueden tener lugar según la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (Siehr, 2014).

En este contexto, Jayme (1994a) parte de explicar en qué consiste la *nacionalidad del bien cultural*⁹ en cuanto elemento que debería actuar como factor de conexión, es decir, para indicar la ley aplicable, y como elemento atributivo de competencia.¹⁰ Para describir en qué consiste la nacionalidad del bien cultural dentro de su planteamiento, Jayme recurre a la protección de los bienes culturales considerados como bienes nacionales, dentro de normas nacionales e internacionales. En este sentido, resalta, por una parte, que, en las normas nacionales, generalmente, los bienes culturales son “nacionales” en términos territoriales, de manera que es nacional de un Estado el bien cultural que se encuentre en el territorio de ese Estado. Por otra parte, destaca que en 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 1970* (art. 4, letra a), la nacionalidad de los bienes culturales está asociada con la nacionalidad del creador del bien cultural (Jayme, 1994a). Este último caso, referido a la nacionalidad del creador, tiene que ser considerado solo cuando el artista tiene un rol relevante para la identidad de la nación (Jayme, 1994a), porque, de cualquier forma, para este autor lo que se debe proteger es la relación especial del bien cultural con la nación de cuya identidad se trate, con lo cual se brinda protección a los bienes culturales en sí mismos.

Lo anterior incide directamente en situaciones jurídicas regidas por el derecho privado, en la medida en que los bienes culturales protegidos como bienes nacionales pueden ser propiedad de sujetos privados (Jayme, 1994a). Pero las transformaciones en materia de protección de bienes culturales, de las cuales hacen parte las normas nacionales e internacionales, justifican para Jayme que en situaciones jurídicas privadas internacionales relativas a bienes culturales existan normas de conflicto especiales, distintas de las que se refieren a los derechos reales,¹¹ y que dichas situaciones no se rijan por el ordenamiento jurídico de la ubicación, sino por el ordenamiento jurídico del lugar de la nacionalidad del bien cultural, el cual configura su “derecho nacional” (*Heimatrecht*) (Jayme, 1994a).

Tal vez la crítica más importante a la propuesta de Jayme es la planteada por Siehr (2014), que se refiere al hecho de que las decisiones que se tomen en una jurisdicción diferente de la del lugar de ubicación del bien tienen que ser reconocidas en esta última jurisdicción para poder ser

⁹ Jayme usa el término *Kunstwerk* (literalmente: “obra de arte”), pero puede deducirse de sus explicaciones que está haciendo referencia a “bienes culturales”.

¹⁰ Jayme usa el término *Anknüpfungspunkt* (literalmente: “factor de conexión”) para referirse tanto al *elemento atributivo de competencia* (componente de una norma atributiva de competencia judicial internacional) como al *factor de conexión* (componente de una norma de remisión a la legislación aplicable).

¹¹ Según el caso concreto, puede entrar en juego la aplicación de otras reglas para la solución de conflictos de leyes, como las referidas a la responsabilidad, ya sea contractual, si existe un contrato, o extracontractual (Jayme, 1994a).

ejecutadas allí. Otra crítica se basa en las dificultades que implica definir bien u objeto cultural (Jayme, 1994b; Siehr, 2014). Además, se ha dicho que Jayme otorga demasiada atención a los intereses del propietario originario y desprecia la consideración que merecerían los intereses del adquirente de buena fe (Jayme, 1994b). A esto Jayme responde, por una parte, que en la regulación del movimiento internacional de bienes culturales a lo que se otorga un valor excesivo es a la libertad de comercio y, por otra parte, que la protección del propietario originario va de la mano de la protección de los bienes culturales (Jayme, 1994b). Considérese que este propietario originario puede ser no solo un sujeto privado, sino también otro tipo de sujetos, por ejemplo, museos, comunidades o el mismo Estado.

En general, esas críticas pueden considerarse correctas desde una perspectiva de *lege lata*, pero habría que estimar que los planteamientos de Jayme apuntan a que las discusiones tengan un cariz diferente. En este sentido, este autor pone en entredicho una aceptación acrítica de las reglas *forum rei sitae* y *lex rei sitae*, y cuestiona que la consideración de los derechos del propietario originario, en lugar de encontrarse en el contenido mismo de la norma, sea el resultado de la interpretación de la norma (Jayme, 1994a). Jayme alude a casos decididos en ese sentido en la práctica que demuestran la posibilidad de que las situaciones jurídicas relativas a bienes culturales no se rijan exclusivamente por el ordenamiento jurídico de su ubicación, sino por su derecho nacional.¹²

En este sentido, Jayme invita a pensar en que la existencia de una norma que otorgue competencia especial en esta materia a los tribunales del lugar de origen (*forum originis*), junto con la existencia de una norma de conflicto de leyes que ordene aplicar el ordenamiento jurídico del lugar de origen (*lex originis*), sean el punto de partida, es decir, la regla general. Se trata de que, mediante la configuración de tales normas, la balanza se incline hacia el propietario originario y que, desde allí, si las circunstancias así lo exigieran, se sumen elementos que puedan hacer que, a través de la interpretación de tales normas, la balanza se incline hacia el otro lado, de modo que es el fin último la búsqueda de equilibrio.

¹² Ejemplos de ello son, en Inglaterra, *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* ([1982] 1 Q.B. 349, [1982] 3 WLR (Q.B. and C.A.) 432, [1984] 2 WLR 809. Véase Siehr (2006; *Government of the Islamic Republic of Iran v. The Barakat Galleries Limited* ([2007] EWHC 705 (QB); [2007] EWCA Civ 1374; [2008] 1 All ER 1177; QB 22 [2009]). Véase Siehr (2015) y Wantuch-Thole (2015). En Italia: Repubblica dell'Ecuador - Casa della cultura ecuadoriana (avv. Bisocchi Visconti, Doderò) contro Danusso (avv. Grande Stevens, Borda), Matta (avv. Crufi) e altri (Tribunale di Torino, sentenza 25 marzo 1982. Presidente, Conti - Giudice Rel., Barbuto. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, XVIII, 1982, pp. 625-635). En los Estados Unidos: *United States v. Schultz* (333 F.3d 393 (2003) United States of America, Appellee, v. Frederick Schultz, Defendant-Appellant. United States Court of Appeals, Second Circuit. Véase Gerstenblith (2012, pp. 678 y ss.).

En esa misma dirección apunta Gerte Reichelt, cuando afirma que tanto el mercado del arte como la protección de los bienes culturales son hechos y, a partir de ello, sostiene que el equilibrio entre ambos podría conseguirse en el ámbito del derecho internacional privado mediante factores de conexión diferenciados (Reichelt, 1994).¹³ En este sentido, Reichelt considera que debe existir una “jurisdicción de protección” (*Schutzgerichtsstand*) para los bienes culturales, mediante la cual se establezca la competencia de los tribunales del país de origen de dichos bienes. Para esta autora, la razón se encuentra en que de esta manera se podrían aplicar mejor las normas nacionales sobre patrimonio cultural, que están destinadas a proteger los bienes culturales de cada país (Jayme, 1994a; Reichelt, 1986). En efecto, que el propietario originario pueda acudir a los tribunales propios, en lugar de los tribunales del Estado en cuyo territorio el objeto cultural se encuentra, facilita la determinación de la infracción de las leyes de exportación, amén del ahorro desde el punto de vista del tiempo y el dinero. Más allá, Reichelt (1986) destaca, además, que se podría reducir un *forum shopping in fraudem legis*, es decir, la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales que podrían resolver la situación de una manera más favorable para el poseedor, en contravención de las normas de protección de los bienes culturales (Reichelt, 1986).

Al igual que puede decirse en relación con la propuesta de Jayme, la propuesta de Reichelt ofrece la ventaja fundamental, desde el punto de vista de los países de origen, de que es más fácil la aplicación de las leyes protectoras del patrimonio cultural del respectivo país, siendo estas *lex fori* y no haciendo parte de un ordenamiento jurídico extranjero. Ha de decirse, sin embargo, que, amén de la necesidad antes anotada de que las sentencias sean reconocidas y ejecutadas en los países donde se encuentran los bienes, sería importante considerar en este contexto las observaciones de Fernández (2008) en cuanto al uso extendido del *forum non conveniens* en los Estados Unidos. Estas observaciones se refieren a causas relativas a daños medioambientales producidos por empresas estadounidenses en los territorios de países latinoamericanos, que apuntan al hecho de que sean conocidos y decididos por los tribunales de los países donde han ocurrido los hechos. En general, en tales casos, como en los referidos a la restitución de bienes culturales, ha de prestarse atención al hecho de que los tribunales de los países de origen sean los que conozcan y decidan traer aparejados riesgos atados a la debilidad institucional y la eventual vulnerabilidad frente a presiones de diverso tipo provenientes de sujetos interesados en decisiones no equilibradas.

¹³ Para exponer esta situación, Reichelt (1989) se refiere al caso de unos frescos de Casenoves, Francia, que fueron trasladados a Ginebra, Suiza, y cuya restitución fue debatida por los tribunales franceses. “*Casanoves Freques*”, Cass. Ass. L. 15.4.1988, D.S. 1988, j. 325. La Cour de Cassation decidió finalmente que los tribunales franceses carecían de competencia para conocer del caso, puesto que, por tratarse de bienes muebles, y no de inmuebles por destinación, como se había resuelto inicialmente, la competencia recaía en los tribunales del lugar de domicilio del demandante.

4. OTROS TEMAS RELEVANTES: PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES E INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

Prescripción de las acciones

El numeral 1) del artículo 8 del *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente* y el numeral 4) del artículo 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil tienen en común que establecen una regla *forum rei sitae* para situaciones que tienen que ver con la restitución internacional de bienes culturales, es decir, contemplan la competencia de los tribunales de los Estados donde se encuentre el respectivo bien. Ambas normas son, sin embargo, diferentes. Una diferencia importante remite a la naturaleza y el alcance de cada instrumento jurídico. El Convenio de Unidroit de 1995 es un instrumento unificador en tanto se refiere a las acciones relativas a la restitución de un bien cultural robado y a la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente. El Convenio trató de crear una regulación comprehensiva sobre estas acciones que fuera igual en todos los países que lo ratificaran. Así, entre otras cosas, este Convenio contiene los términos de prescripción para cada una de esas acciones (art. 3, num. 3-5 y 8, y art. 5, num. 5). El Reglamento (UE) n° 1215/2012, por su parte, además de no ser un instrumento dirigido solo a temas relativos a la restitución internacional de bienes culturales, no contiene una unificación en cuanto a la acción que puede ser interpuesta ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se encuentre el bien cultural, sino que solo dice que debe ser una acción civil basada en el derecho de propiedad dirigida a recuperar un bien cultural. Así que, como ya se mencionó, los requisitos específicos de esa acción —que pueden variar en cada ordenamiento jurídico nacional— serán los que se encuentran regulados en el Estado miembro donde se encuentra el bien, competente para conocer de la demanda; entre tales requisitos, se encuentra el lapso de prescripción de la acción.

Las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos en cuanto a la regulación de la prescripción de la acción es un tema muy importante en la práctica. Ello se ha erigido en un obstáculo importante en diferentes casos de restitución internacional de bienes culturales y se pone de relieve, de manera especial, cuando va de la mano de la adquisición de buena fe. Es posible ilustrar la situación a la que estamos aludiendo a través de un caso decidido en 1982 por la Court of Appeals, Second Circuit, de los Estados Unidos (*Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon* 536 F.Supp. 829 (1981), *aff'd*, 678 F.2d 1150 (1982)), sobre la restitución de dos retratos pintados aproximadamente en 1499 por Albrecht Dürer. En 1943, los retratos fueron retirados de un museo en Weimar, Alemania, para protegerlos de los bombardeos durante la guerra y fueron depositados en un castillo, de donde desaparecieron en 1945. Al año siguiente, los retratos fueron vendidos por un antiguo soldado a un abogado estadounidense llamado Edward

Elicofon. En 1966, un amigo visitó a Elicofon e identificó los cuadros, colgados en una pared de la casa, pues los había visto en un libro sobre arte saqueado durante la Segunda Guerra Mundial. El hecho se hizo público y el museo alemán (Kunstsammlungen zu Weimar) demandó junto con la República Federal Alemana a Elicofon solicitando la restitución de los cuadros. La Court of Appeals, Second Circuit, aplicando el derecho de Nueva York, decidió que los cuadros debían ser devueltos al museo. Según el derecho de Nueva York, el lapso de prescripción de la acción del adquirente de buena fe (por medio de lo cual este pierde de su derecho a alegar que ha adquirido el bien de buena fe) comenzaba a contarse cuando este se ha opuesto a una demanda de restitución (O’Keefe & Prott, 1989; Siehr, 2014). Irónicamente, de haberse aplicado el derecho alemán, se habría llegado a un resultado muy diferente. En Alemania, se aplican a los bienes culturales, básicamente, las normas del derecho común relativas a derechos reales sobre bienes muebles (Strauch, 2007). En consecuencia, se habría aplicado la norma del Código Civil alemán que regula la adquisición de propiedad sobre bienes muebles mediante posesión (prescripción adquisitiva), según la cual: “Quien ha poseído como propio un bien mueble por diez años, obtiene la propiedad (usucapión)” (§ 937, numeral 1, BGB) (Müller-Katzenburg, 1996; Siehr, 2014).

Inmunidad de jurisdicción y de ejecución

Otro tema importante tiene que ver con situaciones en las cuales el sujeto a quien se demanda la restitución de un bien cultural es un Estado. En estas situaciones, se hace relevante la inmunidad de soberanía del Estado. Este es un principio del derecho internacional público reconocido por todos —o la mayor parte— de los sistemas jurídicos nacionales.¹⁴ Se considera que hace parte de la costumbre internacional, aunque ello no es aceptado unánimemente.¹⁵ Este principio tiene dos vertientes: la inmunidad de jurisdicción y la de ejecución. La inmunidad de jurisdicción significa, en un sentido absoluto, que el gobierno de un Estado no está sujeto, en contra de su voluntad, a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, es decir, estos no lo pueden juzgar. En un sentido estricto, la inmunidad de jurisdicción observa el tipo de acto por el cual el gobierno extranjero sería juzgado: un gobierno puede ser juzgado en contra de su voluntad si el acto en cuestión tiene una dimensión privada (*iuris gestionis*), pero gozará de inmunidad si ha realizado dicho acto en ejercicio del poder público (*iuris imperii*) (O’Keefe & Prott, 1989).

¹⁴ Leyes nacionales que regulan esta materia son, por ejemplo, la State Immunity Act de 1978 (Inglaterra), la Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 (Estados Unidos) o la Foreign States Immunities Act de 1985 (Australia) (O’Keefe & Prott, 1989). Argentina dispone de una ley de inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, que no se ocupa, sin embargo, de la inmunidad de ejecución (Woudenberg, 2012).

¹⁵ En el contexto de la inmunidad de ejecución sobre bienes culturales, por ejemplo, Alemania se ha opuesto a la idea de que pueda existir una práctica de los Estados suficientemente generalizada en esta materia (Woudenberg, 2012).

La inmunidad de ejecución, por su parte, se refiere a que, aunque un Estado pueda ser juzgado por un tribunal de otro Estado, esto no implica necesariamente que la decisión de ese tribunal podrá ser ejecutada sobre sus bienes. En especial, esto es importante respecto de los bienes que se encuentren en el territorio del Estado donde se ha producido la decisión judicial. Aquí la doctrina hace también uso de la distinción entre actos *iuris gestionis* y actos *iuris imperii*, pues generalmente se exceptúan de la inmunidad de ejecución los bienes destinados a actos *iuris gestionis* (O’Keeffe & Prott, 1989).¹⁶

Esto último se encuentra en el artículo 10 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* de 2004.¹⁷ Esta convención se refiere específicamente a la exclusión de las transacciones mercantiles. Para determinar qué es una transacción mercantil, se aplican dos criterios: el criterio natural se refiere a que “se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción”, mientras que, según el criterio teleológico, se considerará la finalidad del contrato “si así lo acuerdan las partes [...] o si, en la práctica del Estado que es parte [...] tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción” (art. 2, num. 1, iii), en concordancia con el numeral 2).

Al analizar el alcance de esa norma, se ha observado si puede considerarse que incluye relaciones jurídicas referidas a bienes culturales. Algunos autores entienden que los préstamos internacionales de bienes culturales deben ser vistos como actos *iuris gestionis* y otros sostienen que se trata de actos *iuris imperii*. Entre los diferentes planteamientos, destaca el que considera que debe distinguirse entre el Estado que da el bien en préstamo y el Estado que lo recibe (Woudenberg, 2012). Si el demandado es el Estado que recibe el bien en préstamo, se debe considerar el criterio natural, con lo cual la balanza se inclinaría a ver el contrato de préstamo como un acto *iuris gestionis* y, por tanto, quedaría excluido de inmunidad. Pero si el demandado es el Estado que da en préstamo, tienen que observarse las circunstancias particulares de la situación. Tratándose de un acto dirigido a la compra del bien, este no estaría protegido por inmunidad, pues dicho acto tendría que ser entendido como *iuris gestionis*. No obstante, ello no ocurriría si el acto estuviera dirigido, por ejemplo, a la nacionalización del bien por parte del

¹⁶ Este tema puede ser relevante en cuanto a las acciones establecidas en el *Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*, antes tratadas, pues se ha interpretado que, según el artículo 16, numeral 4), estas se refieren a reclamaciones privadas, de manera que la actuación del Estado requirente tendría que entrar dentro de la esfera de sus actos *iuris gestionis*, es decir, no debe tener lugar como ejercicio de poder público (*ius imperii*) (Caamiña, 2007).

¹⁷ Resolución A/59/38. Esta Convención es expresión de un compromiso entre las doctrinas absoluta y restrictiva de la inmunidad de jurisdicción (Woudenberg, 2012). Entre los Estados latinoamericanos, solo México y Paraguay han firmado esta convención.

Estado que otorga el préstamo, pues este sería un acto *iuris imperii*, caso en el cual el bien sí debe entenderse cobijado por inmunidad. A la misma conclusión se arriba si se considera que el préstamo es un acto que se realiza con un fin público, no comercial, que se orienta hacia el mutuo entendimiento de la historia cultural de ambos Estados o, incluso, hacia el fortalecimiento de las relaciones diplomáticas bilaterales (Woudenberg, 2012).

La Ley de Derecho Internacional Privado de Hungría (Ley XXVIII de 2017) contiene una norma para evitar dudas sobre la inmunidad de ejecución, que considera el carácter *iuris imperii* de actos en relacionados con bienes culturales. El artículo 85, numeral 3), establece: “No se puede imponer ninguna ejecución en la propiedad de un Estado extranjero ubicada en Hungría, a menos que [...] c) la propiedad tenga un propósito distinto de la actividad gubernamental no comercial”. Y, a continuación, el numeral 4) del mismo artículo indica: “Para los fines del párrafo 3), punto c), en particular [...] d) bienes pertenecientes al patrimonio cultural o archivos del Estado que no se pretenda enajenar”.

Como puede verse, sobre este asunto no existe unanimidad. En este escenario, la práctica en muchos países, especialmente en los países de destino de este tipo de bienes, favorece la aplicación del criterio natural, sin consideración de la intención que subyace tras el préstamo.¹⁸ Así, se tiende a exigir, de manera especial, que los bienes culturales sean protegidos de ejecución, de forma que el préstamo se produzca solo a condición de que exista una garantía de inmunidad de ejecución específica para el bien (O’Keeffe & Prott, 1989). La razón de que se exija inmunidad de jurisdicción en el contexto de préstamos internacionales de bienes culturales es que el Estado que los da en préstamo no puede estar seguro de que solo según el carácter *iuris imperii* que puedan tener los actos a los cuales los bienes están vinculados, estos serán suficientemente protegidos frente a decisiones de los tribunales del otro Estado (Pavoni & Gordley, 2013). Por ello, esta figura es vista como un medio para facilitar el intercambio cultural internacional y el acceso del público a los bienes culturales (Weller, 2017).

En este contexto, se ha indicado que la inmunidad de ejecución se refiere a

la protección legal que un Estado otorga en su territorio a un objeto prestado por otro Estado en el contexto de una exhibición temporal. El propósito es asegurar el objeto contra cualquier reclamo legal de propietarios o reclamantes anteriores que cuestionan la legitimidad de la propiedad actual. El reclamante aprovecha el hecho de que el objeto se encuentra temporalmente en un país diferente con un sistema jurídico diferente y solicita su incautación. La protección ofrecida por la inmunidad de ejecución se otorga por un periodo específico, es decir, el periodo de la exposición,

¹⁸ La inclusión del criterio teleológico estaba dirigida, de hecho, a brindar más protección a los países en desarrollo (Woudenberg, 2012).

extendido por el número de días necesarios para preparar la exposición. (“Lending to Europe: Recommendations on collection mobility for European museums”, s. f.)

Esta descripción puede resultar incompleta porque la protección puede ocurrir no solo en casos relativos a la propiedad sobre los bienes culturales en sí mismos (Woudenberg, 2012). Piénsese, por ejemplo, en la confiscación solicitada por un acreedor de una obligación que no recae de ninguna forma sobre el bien cultural. Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso Noga, que trata sobre la solicitud de confiscación solicitada en 2005 por la compañía suiza Noga sobre una colección de 54 pinturas pertenecientes al Museo Pushkin de Moscú, que habían sido expuestas en 2005 en la Fundación Pierre Gianadda, cantón de Wallins, Suiza, incluyendo pinturas de Renoir, Monet, Manet, Degas, Van Gogh y Gauguin. La solicitud de confiscación se basaba en que el Gobierno ruso tenía una obligación frente a la compañía suiza, basada en un contrato de suministro de alimentos y bienes de consumo a la Federación Rusa a cambio de petróleo, por un valor de USD14 000 millones. La confiscación fue autorizada, pero finalmente las obras fueron liberadas por decisión del Consejo Federal de Suiza, según la cual, “en el derecho internacional, los tesoros culturales nacionales son propiedad pública y no están sujetos a confiscación” (Woudenberg, 2012, p. 314). Como apunta Woudenberg, el Gobierno suizo actuó en este sentido movido también por el temor de posibles efectos negativos en sus relaciones bilaterales con el Gobierno ruso (cfr. Odendahl, 2006).

Normas sobre inmunidad de ejecución han sido adoptadas en los Estados Unidos (1965),¹⁹ el Reino Unido (1978),²⁰ Singapur (1979),²¹ Pakistán (1981),²² Canadá (1982),²³ Australia (1985),²⁴ Alemania (1999), Japón (2007)²⁵ o Israel (2008),²⁶ y se han adelantado en Finlandia, Hungría, Polonia e Italia. Aun cuando no se refieran específicamente a bienes culturales, estas normas pueden abarcarlos al hacer referencia a bienes destinados al servicio público (Woudenberg, 2010). La relevancia que puede llegar a tener este tema se evidencia en el caso de Alemania, donde la legislación fue modificada para facilitar que el Altes Museum de Berlín y la Bundeskunsthalle de Bonn realizaran entre 2003 y 2004 una exposición, planificada desde 1992, de una colección de bienes culturales del National Palace Museum de Taipéi, cuya propiedad se

¹⁹ Federal Immunity from Seizure Act, 22 U.S.C. Section 2459, 19 de octubre de 1965.

²⁰ State Immunity Act, 1978, que implementa la *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes* de 1972.

²¹ State Immunity Act. N.º 19 de 1979.

²² State Immunity Ordinance. N.º VI de 1981.

²³ State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18; 21 ILM 798 (1982).

²⁴ Foreign State Immunities Act. N.º 196 de 1985.

²⁵ Act on Civil Jurisdiction Act. N.º 24 de 24 abril 2009.

²⁶ Foreign State Immunity Law, Law 5769-2008.

disputan la República Popular de China y Taiwán.²⁷ La inclusión en 1999 del § 20 de la *Ley para impedir el éxodo de bienes culturales alemanes (Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung)*²⁸ obedeció a una exigencia de Taiwán para dar los bienes en préstamo, pues una garantía específica no hubiera sido suficiente protección frente a una eventual reclamación por parte de la República Popular de China, dada la ausencia de reconocimiento de Taiwán como Estado, tanto por parte de Alemania como de los Estados miembros de la UE (Weller, 2009). La mencionada norma establece que debe existir un “compromiso legalmente vinculante para el retorno”, que ha de realizarse por escrito antes de que los bienes culturales se introduzcan en el país y tiene como efecto que ningún derecho de terceros en conflicto sobre los bienes culturales puede hacerse valer contra el derecho del prestamista a la devolución, así como que las acciones legales para recuperación, embargo preventivo, embargo o incautación serán inadmisibles hasta después de la devolución.

En América Latina, las legislaciones nacionales sobre patrimonio cultural no se han ocupado, en general, de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los bienes culturales. No obstante, son de considerar las legislaciones que imponen al gobierno el deber de realizar, dentro de sus competencias, las actuaciones para conseguir el retorno de los bienes que hayan dejado ilegalmente el país.²⁹

En este contexto, es de resaltar la legislación sobre patrimonio cultural de Guatemala. El artículo 19 de la *Ley para la protección del patrimonio cultural de la nación* (Decreto 26-97/1997, de 12 de mayo), indica *in fine* lo siguiente: “Los bienes culturales incluidos en la exposición son inembargables y el país receptor garantizará su protección y devolución”. Esta norma no se dirige a brindar protección a los bienes culturales provenientes de otro Estado que sean expuestos temporalmente en Guatemala, pero es interesante el hecho de que contiene una condición para los Estados, museos u otras instituciones que realicen “exposiciones temporales de objetos arqueológicos, etnológicos y artísticos [de origen guatemalteco] fuera del territorio nacional” (art. 18). La *Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas*, aprobada en 1976 por la Asamblea General de la OEA,³⁰ contiene en su artículo 16 una norma similar a la de la legislación guatemalteca, que establece lo siguiente: “Los

²⁷ Exposición “Schätze der Himmelssöhne - Die Kaiserliche Sammlung aus dem Nationalen Palastmuseum, Taipeh”, realizada del 21 de noviembre de 2003 al 29 de febrero de 2004, Bundeskunsthalle, Bonn, Alemania (Weller, 2017).

²⁸ “(1) Si bienes culturales extranjeros se prestan temporalmente para una exhibición en el territorio de la República Federal de Alemania, la autoridad suprema competente del *Land* puede, en consulta con la autoridad federal central, comprometerse legalmente con el prestamista para devolverlo en el tiempo señalado”.

²⁹ En Colombia, por ejemplo, véase el artículo 11, *in fine*, de la ley general de cultura, Ley 397/1997, de 7 de agosto, y el artículo 35, ley general del patrimonio cultural de la nación, Ley 1185/2008, de 12 de marzo.

³⁰ Resolución AG/RES. 210 (VI-0/76).

bienes que se encuentren fuera del Estado a cuyo patrimonio cultural pertenecen, en carácter de préstamo a museos o exposiciones o instituciones científicas, no serán objeto de embargo originado en acciones judiciales públicas o privadas”. Sin embargo, debido a su naturaleza de tratado internacional, esta disposición sería aplicable solo para los préstamos que se realicen entre los Estados que hayan firmado y ratificado la Convención,³¹ y en relación con los acuerdos de préstamos que tengan lugar a partir de su entrada en vigor para los Estados que hagan parte del respectivo acuerdo de préstamo.

Podría considerarse que la solución de la legislación de Guatemala es más idónea que la adoptada en México, donde se ha optado por incluir una cláusula en cada contrato de préstamo, según la cual los bienes culturales dados en préstamo son propiedad de la nación mexicana, además de ser inalienables y no encontrarse sujetos a acción de reivindicación o cualquier tipo de desposesión permanente o temporal (Woudenberg, 2012). Pero es posible una fórmula que combine tanto la existencia de una disposición legal como la inclusión de una cláusula específica en cada contrato de préstamo, pues no son excluyentes. La debilidad de la alternativa adoptada por Guatemala recae en el hecho de que, frente a una demanda de restitución ante los tribunales de un país extranjero, la aplicación extraterritorial de la norma guatemalteca no se produciría de manera automática (Roodt, 2015). Esto es relevante también en relación con la cuestión en torno a si pueden ser consideradas en el extranjero las normas incluidas en las legislaciones latinoamericanas, mediante las cuales los bienes culturales son declarados inalienables, inembargables e imprescriptibles. El objetivo de esta declaratoria legal es que dichos bienes sean excluidos del tráfico comercial, es decir, que se conviertan en *res extra commercium*, pero ello opera, al menos en principio, solo dentro del territorio del respectivo Estado (Siehr, 2005).

5. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva del derecho internacional privado conflictual, se han configurado varias alternativas jurisdiccionales a las que puede recurrir el propietario originario —Estado, comunidad o individuo— para reclamar la restitución internacional de un bien cultural del que ha sido despojado ilícitamente. Las dos alternativas *de lege lata* presentadas se basan en la regla *forum rei sitae*, que otorga competencia a los tribunales del Estados donde se encuentran los bienes. La escogencia entre una u otra alternativa dependerá, por supuesto, del caso concreto, especialmente del Estado donde el bien se encuentre y si en él son aplicables las respectivas normas. Más allá, estas alternativas tienen limitaciones, tanto en su contenido como en la forma en que se han configurado. No solo se trata de las dificultades que derivan de ciertos requisi-

³¹ Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú.

tos, como la necesidad de que el bien cultural de que se trate encuadre dentro de la definición legal de cada instrumento normativo, que sea reconocida a nivel nacional la capacidad procesal del propietario originario (por ejemplo, comunidad indígena), que se respeten los plazos de prescripción establecidos o que se asegure la inmunidad de jurisdicción y de ejecución a los Estados. Además, se trata de que, mediante la competencia de los tribunales del país donde se encuentran los bienes, y la consecuente aplicación de su legislación en tanto *lex fori*, no se asegure suficientemente el respeto de las normas de protección del patrimonio cultural existentes en los países de origen.

En vista de ello, las propuestas *de lege ferenda* para el reconocimiento en este contexto de la regla *forum originis* estarían suficientemente justificadas. No obstante, estas propuestas no se encuentran libres de aspectos sensibles que no deben soslayarse en estas discusiones, como los que derivan del alcance territorial de las sentencias y los riesgos que puede implicar el hecho de que los procesos sean llevados a cabo por tribunales de países que aún son institucionalmente débiles.

Sin embargo, las alternativas —tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*— que han sido tratadas en este artículo han de ser consideradas por los sujetos interesados en la restitución internacional de los bienes culturales que han dejado su lugar de origen ilícitamente, ya sea por interés particular en un caso específico, ya sea por interés en la configuración de una legislación que se corresponda con la búsqueda de un necesario equilibrio entre, por una parte, los intereses del propietario originario y otros sujetos (como el poseedor de buena fe) y, por otra, la protección de los bienes culturales.

REFERENCIAS

- Baden-Württemberg. (2019, febrero 28). *Witbooi-Bibel und Peitsche an Namibia übergeben*. Recuperado de <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/witbooi-bibel-und-peitsche-an-namibia-uebergeben/>
- Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F. & de Miguel Asensio, P. A. (Eds.). (2017). *Encyclopedia of private international law*. Cheltenham, RU: Edward Elgar Publishing.
- Caamiña Domínguez, C. M. (2007). *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid, España: Colex.
- Caamiña Domínguez, C. M. y Calvo Caravaca, L. A. (2009). El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995. En C. R. Fernández Liesa y J. Prieto de Pedro (Dir.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*. (pp. 155-188). Madrid, España: Colex.
- Calvo Caravaca, A. L. (2004). Private international law and the Unidroit convention of 24 June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects. En H. P. Mansel, H. Kronke & T. Pfeiffer (Eds.), *Festschrift für Erik Jayme*. (pp. 87-104). München, Alemania: Sellier European Law Publishers.

- Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales 1970. París, 14 de noviembre de 1970.
- Convenio de Unidroit sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 1995).
- Decreto 26-97/1997, de 12 de mayo, ley para la protección del patrimonio cultural de la nación. *Diario de Centro América*, núm. 46 (1997).
- Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro.
- Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012.
- Fernández Arroyo, D. P. (2008). Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana. En H. Llanos Mancilla y E. Picand Albónico (Coords.), *Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava*. Santiago de Chile, Chile: Librotecnia.
- Fuentes Camacho, V. (1993). *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*. Madrid, España: Beramar.
- Gerstenblith, P. (2012). *Art, cultural heritage, and the law: Cases and materials*. (3.ª Ed.). Durham, EE. UU.: Carolina Academia Press.
- Gotha City v Sotheby's (No.2) [1997] EWCA Civ J0619-13, [1998] 1 WLR 114.
- International Institute for the Unification of Private Law. (2019, diciembre 2). *Printable chart of signatures, ratifications and accessions*. Recuperado de <https://www.unidroit.org/status-cp>
- Jayme, E. (1994a). Diskussion. En R. Dolzer, E. Jaym y R. Mußgnug (Eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*. (pp. 123-146). Heidelberg, Alemania: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Jayme, E. (1994b). Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht. En R. Dolzer, E. Jaym y R. Mußgnug (Eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*. (pp. 35-52). Heidelberg, Alemania: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Jayme, E. (2019). *Die Rechtsstellung indigener Völker in Kulturgutverfahren vor deutschen Gerichten. Symposium Universität Tübingen. Politisches Kollisionsrecht - Sachnormenzwecke, Hoheitsinteressen, Kultur, 7 y 8 de junio 2019*. Tübinga, Alemania: Universität Tübingen.
- Kienle, F. & Weller, M. P. (2004). Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR. *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 4, 290-294.
- Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon 536 F.Supp. 829 (1981), aff'd, 678 F.2d 1150 (1982).

- Kurpiers, O. R. (2005). *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht - Grenzüberschreitende privatrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von abhanden gekommenen und unrechtmäßig ausgeführten Kulturgütern*. Fráncfort, Alemania: Peter Lang.
- Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums. (s f.). Recuperado de shorturl.at/mHJM3
- Ley 397/1997, de 7 de agosto, por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución Política; se dictan normas sobre el patrimonio cultural, fomento y estímulos a la cultura; se crea el Ministerio de Cultura y se trasladan algunas dependencias. *Diario Oficial*, núm. 43102 (1997).
- Ley 1185/2008, de 12 de marzo, por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 —Ley General de Cultura— y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 46929 (2008).
- Merryman, J. H. (2005). Cultural property internationalism. *International Journal of Cultural Property*, 12(1), 11-39. <https://doi.org/10.1017/S0940739105050046>
- Müller-Katzenburg, A. (1996). *Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach-und Kollisionsrecht*. Berlín, Alemania: Duncker & Humblot.
- Odendahl, K. (2006). Immunität entliehener ausländischer staatlicher Kulturgüter: Eine Analyse der Affäre um die Beschlagnahmung der Gemälde aus dem Pushkin Museum in November 2005, *Aktuelle Juristische Praxis*, 10, 1775-1184.
- O'Kefee, P. & Prott, L. (1989). *Law and the cultural heritage. Vol. 3: Movement*. Londres, RU: Butterworths.
- Pavoni, F. & Gordley, J. (2013). *Enforcing international cultural heritage law*. Oxford, RU: Oxford University Press.
- Reglamento (CE) nº 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales.
- Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Reichelt, G. (1986). Kulturgüterschutz und Internationales Privatrecht. *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 6, 73-75.
- Reichelt, G. (1989). Kulturgüterschutz und Internationales Verfahrenrecht. *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 4, 254-55.
- Reichelt, G. (1994). Diskussion. En R. Dolzer, E. Jayme y R. Mußgnug (Eds.), *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes. Symposium vom 22./23. Juni 1990 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg*. (pp. 123-146). Heidelberg, Alemania: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Renold, M. A. (2013). The international protection of cultural heritage: Questions of private international law and of legal harmonization. En J. Sánchez Cordero (Ed.), *La Convención de la Unesco de 1970:*

sus nuevos desafíos. (pp. 297-307). Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/508)] 59/38. Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

Roodt, C. (2015). *Private international law, art and cultural heritage*. Cheltenham, RU: Edward Elgar.

Rukoro et al v Federal Republic of Germany, U.S. District Court, Southern District of New York, No. 17-00062

Syllon, F. (2000). The recovery of cultural objects by African states through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the role of arbitration. *Uniform Law Review*, 5(2), 219-241.

Siehr, K. (1998). The Protection of Cultural Property: The 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 compared. *Uniform Law Review*, 3.

Siehr, K. (2005). Protection of cultural property: Reforms and developments in the Member States of the European Union and in some other countries. En E. Schneider y R. Schneider (Eds.), *Cultural property protection*. (pp. 77-96). Berlín, Alemania: Berliner Wissenschafts-Verlag.

Siehr, K. (2006). The beautiful one has come-to return. En J. H. Merryman (Ed.), *Imperialism, art and restitution*. (pp. 114-134). Nueva York: Cambridge University Press.

Siehr, K. (2014). Das Forum rei sitae in der neuen EuGV0 (Art. 7 Nr. 4 EuGV0 n.F.) und der internationale Kulturgüterschutz. En N. Witzleb, R. Ellger, P. Mankowski, H. Merkt & O. Remien (Eds.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*. (pp. 837-850). Tubinga, Alemania: Mohr Siebeck.

Siehr, K. (2015). Private international law and the difficult problem to return illegally exported cultural property. *Uniform Law Review*, 20(4), 503-515. <https://doi.org/10.1093/ulr/unv033>

Stempel, J. (2019, marzo 6). *Lawsuit against Germany over Namibian genocide is dismissed in New York*. Reuters. Recuperado de <https://www.reuters.com/article/us-namibia-genocide-germany/lawsuit-against-germany-over-namibian-genocide-is-dismissed-in-new-york-idUSKCN1QN2SQ>

Strauch, G. (2007). *Rechtsverhältnisse an Kulturgütern im Internationalen Sachenrecht*. Berlín, Alemania: Wissenschaftlicher Verlag.

Suiza. Ley Federal del Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987.

The Jakarta Post. (2019, mayo 8). Namibia tribes appeal US court ruling in genocide suit. Recuperado de <https://www.thejakartapost.com/news/2019/05/08/namibia-tribes-appeal-us-court-ruling-in-genocide-suit.html>

Wantuch-Thole, M. (2015). *Cultural property in cross-border litigation: Turning rights into claims*. Berlín, Alemania: De Gruyter.

1 VB 14/19. Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg.

- Weller, M. (2009). Die rechtsverbindliche Rückgabezusag. En U. Blaurock, J. Bornkamm & C. Kirchberg (Eds.), *Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009*. (pp. 721-736). Berlín, Alemania: De Gruyter.
- Weller, M. (2017, diciembre 27). Was frühe Bibeltexte und Hitlers Jacke miteinander zu tun haben. *Die Welt*. Recuperado <https://www.welt.de/politik/deutschland/article171921233/Streit-ueber-Kunstschau-Was-fruehe-Bibeltexte-und-Hitlers-Jacke-miteinander-zu-tun-haben.html>
- Woudenberg, N. van. (2010). Immunity from Seizure: A legal exploration. En S. Pettersson, M. Hagedorn-Saupe, T. Jyrkkiö & A. Weij, *Encouraging collections mobility-A way Forward for Museums in Europe*. (pp. 184-196). Finnish National Gallery.
- Woudenberg, N. van. (2012). *State immunity and cultural objects on loan*. Leiden, Países Bajos: Martinus Nijhoff Publishers.