

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y CONVENIO UNIDROIT DE 24 DE JUNIO DE 1995 SOBRE BIENES CULTURALES ROBADOS O EXPORTADOS ILEGALMENTE

*Alfonso-Luis Calvo Caravaca**

RESUMEN

El presente estudio analiza el convenio sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 y elaborado por UNIDROIT. Dicho convenio traza un sistema jurídico para lograr la restitución de tales bienes por iniciativa de las partes interesadas o de los estados, según los casos, construyendo una nueva “cultura legal” sobre el tratamiento jurídico de los bienes culturales en los circuitos internacionales del artículo El alcance-espacial del convenio lo hace un instrumento idóneo para la regulación satisfactoria del tráfico de bienes culturales más allá de la Unión Europea.

Palabras clave: derecho internacional privado, bienes culturales, exportación ilegal, convenio de UNIDROIT.

ABSTRACT

The present study analyzes the Convention on stolen or illegally exported cultural objects, made in Rome, 24 June 1995 and elaborated by UNIDROIT. This Convention draws up a legal system to obtain the restitution of such goods by initiative of the interested

Fecha de recepción: 10 de junio de 2004

* Catedrático de derecho internacional privado, Universidad Carlos III de Madrid.

parts or the States, according to the cases, constructing a new “legal culture” on the legal treatment of the cultural goods in the international circuits of the art. The space reach of the Agreement makes a suitable instrument for the satisfactory regulation of the traffic of cultural goods beyond the European Union.

Key words: *International private law, cultural objects, illegal exportation, UNIDROIT convention.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CLÁSICO DE FRENTE AL COMERCIO DE BIENES CULTURALES ILÍCITAMENTE DESPLAZADOS AL EXTRANJERO
- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO UNIDROIT 1995
- III. LA RESTITUCIÓN DEL BIEN CULTURAL ROBADO
- IV. LA DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EXPORTADOS ILEGALMENTE
- V. DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LA RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES ROBADOS Y A LA DEVOLUCIÓN DE BIENES CULTURALES ILEGALMENTE EXPORTADOS

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CLÁSICO DE FRENTE AL COMERCIO DE BIENES CULTURALES ILÍCITAMENTE DESPLAZADOS AL EXTRANJERO

1. Como ha señalado la doctrina, el comercio *internacional* de bienes culturales es un fenómeno que existe desde que el arte es arte. El origen del fenómeno se pierde, pues, en la noche de los tiempos¹.

En el pasado, el tráfico internacional de obras de arte se producía en el marco de los conflictos armados y también en el marco del proceso de colonización llevado a cabo por las potencias occidentales en países de África, América y Asia.

Esta situación se corresponde con una época en la que los estados no contaban con legislaciones protectoras de su patrimonio cultural. El tráfico internacional de bienes culturales era plenamente libre, lo que potenció la formación de grandes colecciones privadas de arte en manos de ciertos particulares e instituciones en los países occidentales.

2. Sin embargo, es en el siglo XX cuando se ha abierto un auténtico “mercado internacional” de los bienes culturales, mercado que pervive en el siglo XXI de forma floreciente. Dicho fenómeno ha impulsado el tráfico internacional de bienes culturales hasta cotas nunca alcanzadas antes.

En el siglo XX comienza a ver la luz una serie de legislaciones nacionales que restringen el tráfico internacional de obras de arte. El Estado deja de considerar las obras de arte como una “mercancía” más: al Estado le importa, y mucho, para preservar la *identidad cultural del país*, quién es el propietario del bien cultural y, sobre todo, cuál es el país en el que se encuentra el bien cultural².

1 CARRILLO CARRILLO, B.L., “Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y DIPR.”, *Anales de derecho Universidad de Murcia*, 2001, págs. 205-234; M. SCHNEIDER, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report*, UNIDROIT, Rome, January 2002, pág. 1.

2 See, in general, FUENTES CAMACHO, V., *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, EUROLEX, 1993; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y M. VIRGÓS SORIANO, “*Le commerce international de l’art en droit espagnol*”, *La vente internationale d’oeuvres d’art*, París, 1988, págs. 333-357; Q. BYRNE-SUTTON, *Le trafic international de biens culturels sous l’angle de leur revendication par l’Etat d’origine*, Zurich, 1988; L. CANNADA-BARTOLI, “*Sul trasferimento di beni fuori commercio nel diritto internazionale privato*”, *RDI*, 1989, vol. LXXII; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada. Ed. Comares, 3ª ed., 2002, págs. 521-528; K. SIEHR, “*International Art Trade and the Law*”, *RCADI*, 1993, vol. 243, págs. 9-292; ídem, “*Vereinheitlichung des Rechts der Kulturgüter in Europa?*”, en J. BASEDOW y otros, *Aufbruch nach Europa - 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, págs. 811-927; G.A.L. DROZ, “*La protection internationale des biens culturels et des objets d’art, vue sous*

3. La reglamentación jurídica del comercio internacional de bienes culturales debe partir, necesariamente, de la existencia en este sector, de *intereses* en juego que aparecen fuertemente enfrentados.

Primero. Por una parte, los *profesionales* de este comercio internacional de bienes culturales, —marchantes artísticos, agentes de arte, etc.—, y los *adquirentes* de estos bienes, —coleccionistas, museos, etc.—, exigen una *liberalización total* de los intercambios a nivel internacional (= desregulación del mercado internacional del arte). Los países que se constituyen como “receptores” de bienes culturales, desean “liberalizar” al máximo el comercio internacional de bienes culturales. Es el caso del Reino Unido, Estados Unidos de América y Suiza. Se trataría, pues, de hacer del mercado internacional de bienes culturales, un “mercado libre” más, no intervenido, donde oferta y demanda imponen su ley.

Segundo. Por otro lado, buena parte de los estados, —como garantes y preservadores de los *intereses generales* de la comunidad—, persiguen una *restricción* del comercio internacional de bienes culturales a fin de proteger el patrimonio histórico de la nación y evitar su expolio y transferencia al extranjero. Así, los estados que cuentan con un rico patrimonio cultural, pero carentes de operadores económicos fuertes, sienten la necesidad de dar cuerpo a una “concepción social” del comercio internacional de bienes culturales. Se inclinan, pues, por “intervenir” el comercio internacional de bienes culturales, a fin de preservar la riqueza cultural de la nación.

España se encuadra entre estos países (= “país exportador” de bienes culturales). Ello se demuestra en varios datos:

l'angle d'une convention de droit international privé”, *La vente internationale d'oeuvres d'art*, Ginebra, 1985; M. FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel Diritto internazionale*, Milán, 1986; ídem, “*Trasferimento illecito di beni culturali e legge applicabile*”, *RCl*, 1988; ídem, “*La proposta direttiva del Consiglio CEE relativa alla restituzione dei beni culturali illecitamente esportati*”, *DCI*, 1992, vol. VI; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Madrid, 1992; PH. KAHN, “*A Particular Type of contract: the First Transfer of a Work of Art*”, *IBLI*, 1991-V; P. LALIVE, “*Sur le retour des biens culturels illicitement exportés*”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à FRANÇOIS RIGAUX)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Ed. Tirant lo Blanch, colección privada, Valencia, 2001; M. MARLETTA, *La restituzione dei beni culturali*, CEDAM, Padova 1997; H. MUIR-WATT, “*La revendication internationale des biens culturels: à propos de la décision américaine Église Autocéphale*”, *RCDIP*, 1992; L.V. PROT, “*Problems of Private International Law for the Protection of the Cultural Heritage*”, *RCADI*, 1989, vol. 217; J.P. VERHEUL, “*Foreign Export Prohibition: Cultural Treasures and Minerals*”, *NILR*, vol. XXXI, 1984; G. CARDUCCI, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art. Droit commun, Directive CEE, Convention de l'UNESCO et d'UNIDROIT*, Paris, LGDI, 1997; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali. Diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

Primero. Los bienes integrantes del patrimonio cultural español son objeto de una especial protección por nuestro ordenamiento. Así se prevé ya en la misma Constitución española de 27 diciembre 1978 (= CE). En efecto, el artículo 46 CE declara que,

“los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.

Segundo. El precepto constitucional citado muestra una clara tendencia a proteger el patrimonio cultural español con las herramientas del *derecho público*. Se refiere a los “poderes públicos” y hace referencia, incluso, al derecho penal.

4. Hasta fechas muy recientes, la reglamentación del comercio internacional de bienes culturales en derecho internacional privado partía de postulados muy clásicos (= derecho internacional privado clásico *puramente localizador* y garante de la seguridad jurídica para los particulares). Un enfoque “clásico” o “conflictual” de la cuestión resuelve el problema mediante la atribución de la “propiedad” del “bien cultural” ilícitamente desplazado de un país a otro. En efecto: la solución al problema era la siguiente:

1º La ley estatal que rige si el tercer adquirente del bien cultural ilícitamente desplazado a otro país es la ley del país en cuyo territorio se encuentra el bien en el momento de su adquisición por el sujeto que ahora posee el bien cultural (= regla *Lex rei sitae*).

2º Estas leyes estatales son de tres tipos:

a) Las leyes de algunos países, —como los anglosajones—, parten del principio *nemo dat quod non habet*, por lo que el poseedor actual del bien no puede adquirir la propiedad del bien cultural ilícitamente desplazado desde un país a otro. El propietario originario recupera el bien sin tener que pagar ninguna indemnización;

b) Otros países parten del mismo principio, pero permiten que el tercer adquirente del bien adquiera la propiedad del bien si ha pasado un plazo de tiempo determinado (derecho alemán, derecho suizo, derecho francés);

c) Finalmente otros países protegen directamente al tercer adquirente de buena fe, como sucede en derecho español y derecho italiano (artículo 1153 Codice Civile italiano).

Por tanto, el bien cultural volvía al Estado de origen y a su propietario originario según cual fuera la ley estatal aplicable. O quizá no volvía nunca: el bien cultural robado o ilícitamente exportado quedaba “blanqueado” y en manos del tercer adquirente de buena fe. Ello fomentaba el saqueo y la venta, en ciertos países, de bienes culturales robados o ilegalmente exportados desde otros estados.

El problema que plantea una “solución conflictual” como la examinada es que intenta resolver la cuestión de la *propiedad del bien cultural* y que cuando es aplicable un derecho estatal generoso con los terceros adquirentes de buena fe, ello fomenta el robo internacional y la exportación ilegal de bienes culturales con destino a ciertos países.

Por otro lado, cambiar el punto de conexión (*Connecting factor*) la norma de conflicto (*Conflict rule*) y hacer aplicable a la cuestión de la propiedad del bien cultural, la ley del país de origen del bien, —como algunos autores habían propuesto—, también puede llevar a resultados injustos. En efecto: el tercer sujeto que adquiere de buena fe el bien cultural en un país cuya legislación le otorga la propiedad del bien, ya no es el propietario, porque la cuestión se rige por la ley del país de origen del bien, ley que normalmente, declarará que el bien cultural robado o ilegalmente exportado es intransmisible. Se perjudica la buena fe en el tráfico de bienes muebles, principio fundamental para la seguridad jurídica del comercio.

- 3º Cada Estado fijaba las reglas de protección, exclusivamente, de los bienes pertenecientes a *su patrimonio cultural* en general. Sólo excepcionalmente, — y mediante sistemas previstos en convenios internacionales—, los estados garantizaban una cierta defensa del patrimonio cultural de los demás países (= patrimonio cultural extranjero).
5. Estos “ejes básicos” de acercamiento a la cuestión siguen siendo válidos como *punto de arranque* (= *Starting point* de la cuestión: sirve para comprender la regulación hoy existente).

No obstante, el panorama se ha visto alterado muy significativamente por tres fenómenos:

- a. La regulación que la Comunidad Europea ha proporcionado sobre la materia;
- b. La regulación del tráfico de obras de arte a través de “normas de intervención” de producción estatal;

- c. La entrada en vigor para muchos estados, entre ellos, España, del convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma el 24 junio 1995, y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (= BOE) de España núm.248 de 16 octubre 2002.
6. El presente estudio se centra en la reglamentación recogida en el citado convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma el 24 junio 1995 (= citado de ahora en adelante, como “convenio UNIDROIT 1995”), recientemente ratificado por España³.

El mérito fundamental de este convenio radica en que no resuelve cuestiones de “propiedad de los bienes culturales”: el convenio se limita a lograr la restitución y/o devolución del bien cultural robado o ilegalmente exportado, al país de origen, país del que nunca debió salir. Posteriormente, se puede litigar sobre la propiedad del bien cultural, pero esa es una cuestión diferente que el convenio no regula y que sigue en manos de las normas de derecho internacional privado de cada Estado.

3 About this convention, see, in general, G.A.L. DROZ, “La convention d’UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)”, *RCDIP*, 1997, págs. 239-290; M. FRIGO, “La Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati”, *RDIPP*, 1996, págs. 435-468; J.M. SÁNCHEZ FELIPE, “El convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma el 24 junio 1995”, *REDI*, 1996-I; L. PROTT, *Biens culturels volés ou illicitement exportés —Commentaire relatif à la Convention d’UNIDROIT*, Ed. UNESCO, *Les droits de l’Homme en perspectives*, 2000; G. REICHELT, “Die Rolle von UNIDROIT für den Internationalen Kulturgüterschutz”, *Europa im Aufbruch, Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1993, págs. 205-214; M.A. RENOLD, “Les principales règles de la Convention d’UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés”, in *La Convention d’UNIDROIT du 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés. Actes d’une table ronde organisée le 2 octobre 1995*, págs. 19-34; ídem, “Les principales règles de la Convention d’UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés”, in *Aktuelle Juristische Praxis*, 1998, págs. 1179-1186; F. SHYLLON, “The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration”, *Uniform Law Review*, 2000, págs. 219-241; E. SIDORSKY, “The 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: the role of international arbitration”, *International Journal of Cultural Property*, 5 (1996), pág. 19 sigs.; K. SIEHR, “The UNIDROIT Draft Convention on the International Protection on Cultural Property”, *International Journal of Cultural Property*, 2, 1992; ídem, “Vereinheitlichung des Rechts der Kulturgüter in Europa?”, in J. BASEDOW et al., *Aufbruch nach Europa - 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pág. 811-927; ídem, “The UNIDROIT Draft Convention on the International Protection of Cultural Property”, in: *International Journal of Cultural Property*, 3 (1994), pág. 301 sigs.; ídem, “The protection of cultural property: the 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 compared”, in *Uniform Law Studies in memory of Malcolm Evans*, *Uniform Law Review*, 1998-2/3, págs. 671-683; F. SQUILLANTE, “La tutela dell’acquirente a non domino di beni culturali rubati secondo la Convenzione UNIDROIT ed il disegno di legge per l’esecuzione della Convenzione”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999), págs. 120-137; A. VIELLE, *Les Conventions UNESCO et UNIDROIT comme moyens de lutte contre les trafics illicites de biens culturels*, 1997; J.A. WINTER, “The application of the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects in relations between member States of the European Union”, in DENTERS, E - SCHRIJVER, N. (eds.), *Reflections on International Law from the Low Countries*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998, pág. 347 sigs.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO UNIDROIT 1995

7. El *título* del convenio UNIDROIT 1995 refleja el objetivo del mismo convenio: lograr la “restitución” de bienes culturales robados y la “devolución” de los bienes culturales ilegalmente exportados.
8. Se trata pues de un convenio que crea una *acción procesal* de “restitución” del bien cultural robado y una acción de “devolución” del bien cultural ilegalmente exportado.
9. De todos modos, aunque el convenio crea un “sistema material” para la restitución y devolución de bienes culturales, no hay que olvidar que su artículo 9.1 dispone que:

“nada de lo dispuesto en el presente convenio impedirá a un Estado contratante aplicar cualesquiera normas que sean más favorables a la restitución o a la devolución de bienes culturales robados o exportados ilegalmente que las establecidas en el presente convenio”.

10. El sistema creado por el convenio UNIDROIT 1995 presenta claras similitudes con el sistema comunitario (= Directive EEC 93/7/EEC of 15 march sobre “restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la UE”). En efecto: las normas de la Directiva comunitaria citada se inspiraron en los trabajos preparatorios del convenio UNIDROIT 1995. Sin embargo, las regulaciones no son iguales (K. SIEHR), pues, por ejemplo, los plazos para ejercicio de las acciones son *más breves* en la normativa comunitaria que en el convenio UNIDROIT 1995⁴. Las disposiciones de derecho comunitario prevalecen sobre el convenio UNIDROIT de 1995, en las relaciones entre estados comunitarios, cuando el ámbito de aplicación del convenio coincida con el de las normas comunitarias (*vid.* artículo 13.1 y 3 del convenio UNIDROIT 1995).

4 K. SIEHR, “*The UNIDROIT Draft Convention on the International Protection on Cultural Property*”, *International Journal of Cultural Property*, 2, 1992; ídem, “*International Art Trade and the Law*”, *RCADI*, 1993, vol. 243, págs. 9-292; ídem, “*Vereinheitlichung des Rechts der Kulturgüter in Europa?*”, en J. BASEDOW y otros, *Aufbruch nach Europa - 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, págs. 811-927; ídem, “*The UNIDROIT Draft Convention on the International Protection of Cultural Property*”, *International Journal of Cultural Property*, 3, 1994, pág. 301 sigs; ídem, “*The protection of cultural property: the 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 compared*”, *Uniform Law Studies in memory of Malcolm Evans*, *Uniform Law Review*, 1998-2/3, págs. 671-683.

11. En cuanto al ámbito de aplicación temporal del convenio UNIDROIT 1995, cabe subrayar que el convenio es *irretroactivo* en los términos de su artículo 10. No obstante, como señala el artículo 10.3 del convenio,

“el presente convenio no legitima en modo alguno ninguna transacción ilegal que haya tenido lugar antes de la entrada en vigor del presente convenio o que se encuentre excluida de la aplicación del mismo en virtud de lo dispuesto en los apartados 1 ó 2 del presente artículo, ni limita el derecho de un Estado o de otra persona a entablar, fuera del marco del presente convenio, una acción para obtener la restitución o la devolución de un bien cultural robado o exportado ilegalmente antes de la entrada en vigor del presente convenio”.

12. Descendiendo a detalles, el convenio UNIDROIT 1995 sólo se aplica cuando concurren las siguientes circunstancias.

13. 1º) Cuando el “bien cultural” es objeto de una “solicitud internacional” (*international claim*) de restitución de “bienes culturales robados” o de devolución de “bienes culturales exportados ilegalmente”, como señala el artículo 1, inciso primero, del convenio UNIDROIT 1995⁵. Dicho convenio no es aplicable en casos de *reclamaciones nacionales*.

14. Ahora bien: ¿qué se entiende por “reclamación internacional”? El convenio UNIDROIT 1995, conscientemente, no define el concepto de “reclamación internacional”: los redactores del convenio encontraron muchas dificultades para definir cuándo una reclamación es “internacional”. Por ello, la precisión del carácter “internacional” de la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta estos datos:

- a) En los casos de “devolución de bienes culturales exportados ilegalmente”, se considera que la solicitud de devolución es siempre *internacional*, lo que es lógico, pues dicha solicitud exige una “devolución” del “bien cultural” desde un Estado contratante con destino a otro Estado contratante.
- b) En los casos de “restitución de bienes culturales robados”, ante el silencio del convenio UNIDROIT 1995, será el derecho de cada país el que defina cuándo la reclamación es “internacional”⁶. No obstante surge la duda de saber *qué dere-*

5 M. SCHNEIDER, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report*, UNIDROIT, Rome, January 2002, pág. 9.

6 M. SCHNEIDER, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report*, UNIDROIT, Rome, January 2002, pág. 9.

cho nacional es el aplicable para precisar el carácter “internacional” de la “reclamación”: ¿será el derecho nacional del Estado parte de origen del bien, o el derecho nacional del Estado parte en el que se encuentra actualmente el bien cultural? Ni el convenio UNIDROIT 1995 ni el *Explanatory report* del mismo indican nada sobre la cuestión, lo que genera graves problemas. Lo más apropiado parece ser que la cuestión se resuelva a la luz de las normas de *derecho internacional privado* del país a cuyas autoridades se solicita la restitución o devolución del bien cultural.

- c) El convenio UNIDROIT 1995 se aplica a las solicitudes de devolución y restitución de bienes culturales que se realizan cuando las autoridades antes las que se reclama tal devolución o restitución son autoridades del *Estado en el que se encuentra el bien cultural* y dicho Estado es un *Estado parte* en el convenio (arts. 8 y 10 convenio UNIDROIT 1995).

No obstante, la solicitud de devolución o restitución también puede presentarse ante tribunales de *otros estados partes* que sean competentes para conocer del caso según las normas vigentes en tales estados partes. La reclamación puede presentarse, incluso, ante los tribunales del Estado en el que se encontraba el bien antes de su “cruce de frontera internacional”, siempre que la ley de dicho Estado permita el ejercicio de tal acción.

- d) El convenio sólo se aplica cuando el bien cultural ha sido robado “del territorio de un Estado contratante” (artículo 10.1.a convenio UNIDROIT 1995). En el caso de “bienes culturales robados”, el *key criterion* para la aplicación del convenio UNIDROIT 1995 es que el bien robado haya experimentado un “cruce de frontera internacional” (*moved across an international frontier*). Normalmente, el bien cultural robado se hallará ahora en otro Estado contratante y el convenio UNIDROIT 1995 es aplicable. Pero el convenio también es aplicable cuando el bien cultural robado ha cruzado diversas “fronteras internacionales”, ha sido objeto de diversas transacciones y ahora se encuentra en el país del que fue robado originariamente. Este caso se presentó en el supuesto *Winkworht vs. Christie, Manson & Woods Ltd.*: unas obras de arte que se encontraban en Gran Bretaña fueron robadas y transferidas a Italia, donde vendieron a un tercero. Éste las volvió a vender a una casa de subasta londinense para que ésta procediese a la venta de las obras de arte, que a tal efecto, volvieron a Gran Bretaña. En este caso, el convenio sería aplicable.

El convenio sólo se aplica cuando el bien cultural ha sido “ilegalmente exportado” desde el territorio de un *Estado requirente* que sea *Estado parte* en el convenio y se haya producido una vulneración del derecho de ese *Estado parte* (arts. 5.1 y 10.2 del convenio UNIDROIT 1995).

15. 2º) Cuando el bien desplazado internacionalmente es un “bien cultural”. Se prefirió utilizar el vocablo “bienes culturales” (*cultural objects*) y no el de “propiedad cultural” (*cultural property*) por varias razones:
- a) La expresión *cultural property* refleja un concepto relativamente nuevo, y a veces desconocido, en *Common Law*;
 - b) La expresión “bienes culturales” ya había venido siendo usada por los convenios de la UNESCO desde 1954 en lengua francesa (= *biens culturels*);
 - c) La expresión “bienes culturales” ha sido empleada por la mayor parte de las legislaciones nacionales, por numerosos instrumentos legales internacionales y por los expertos legales en la materia.
16. A la hora de definir el concepto de “bienes culturales” a los efectos del convenio UNIDROIT 1995, existían varias opciones.

Primera opción: la remisión conflictual. Se trataría de establecer una *norma de conflicto* (*Conflict rule*) que señalase el derecho del país con arreglo a cuyas normas un “bien” debía ser considerado como “bien cultural”. Pero existían muchos problemas para diseñar el “punto de conexión” (*Connecting factor*) de esta norma de conflicto: ¿debía aplicarse la ley del país de situación originaria del bien antes de su robo o exportación ilegal? ¿La ley del país en cuyo territorio se encuentra ahora el bien cultural robado o ilícitamente exportado? No se alcanzó un acuerdo a este respecto porque no se encontraron argumentos para preferir una ley nacional a otra ley nacional. De todos modos, era una técnica utilizada por el convenio sobre las medidas que deban adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecha en París el 17 noviembre 1970, por lo que algunos expertos defendían esta opción.

Segunda opción: la definición exhaustiva. Se trataría de fijar una lista de objetos que se consideran “bienes culturales” a los efectos del convenio. Pero esta opción presentaba el inconveniente de que, inevitablemente, crearía “lagunas materiales” (*risking ot leave gaps*): algunos “bienes” quedarían fuera de la lista.

Tercera opción: la cláusula general. Se trata de ofrecer una “definición genérica” de “bienes culturales”, válida sólo a los efectos del convenio UNIDROIT 1995. Es una técnica que encuentra en la tradición jurídica de los países europeos, pues es una técnica muy utilizada en las leyes de protección del patrimonio artístico e histórico de estos países. Pero presenta una dificultad: su interpretación y aplicación pueden variar de país a país.

17. Finalmente se eligió una fórmula intermedia que combina las dos últimas opciones.

Así, el artículo 2 del convenio UNIDROIT 1995 incorpora una *definición material y general* de “bien cultural”. Según dicho precepto,

“a los efectos del presente convenio, por bienes culturales se entenderán aquellos que, por razones religiosas o seculares, revistan importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte y la ciencia”.

Pero además se exige que tales bienes “pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el anexo al presente convenio”. Por tanto, la definición general está formada por dos elementos:

- a) *Elemento finalista*: los bienes serán considerados “bienes culturales” cuando revistan importancia para la “arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte y la ciencia”;
- b) *Elemento sustancial*: además, el bien sólo será considerado como “bien cultural” si concurren “razones religiosas o seculares”: es decir, debe tratarse de “bienes antiguos o “afectados al culto religioso”.

Por otro lado, el convenio UNIDROIT 1995 incorpora en su anexo un catálogo de obras que deben ser consideradas como “bienes culturales”. Debe entenderse que se trata de una lista no exhaustiva, sino meramente indicativa de cuáles son los bienes culturales regulados por el convenio.

18. 3º) Cuando dicho “bien cultural” sea un “bien cultural *robado*” o sea un “bien cultural *exportado ilegalmente*”. El convenio UNIDROIT 1995 se aplica en ambos casos: bien cultural “robado” o bien cultural “exportado ilegalmente”. Pero el convenio UNIDROIT 1995 también se aplica cuando el bien cultural ha sido, a la vez, robado e ilegalmente exportado.

19. Se entiende por “bien cultural exportado ilegalmente” aquél que ha sido

“desplazado del territorio de un Estado parte en contravención de las normas de su derecho que regulan la exportación de los bienes culturales con el fin de proteger su patrimonio cultural” (artículo 1 del convenio UNIDROIT 1995).

Se trata de una *definición material* del concepto de “bien cultural exportado ilegalmente” que evita tener que concretar la noción con arreglo al derecho de un concreto Estado.

Queda claro que la exportación del bien debe haber vulnerado *disposiciones jurídicas*, ya sean *legales* o ya sean *administrativas*, pero deben ser disposiciones jurídicas “que protegen el patrimonio cultural”. Si, por el contrario, el “bien cultural” ha sido exportado con infracción de normas de derecho fiscal (*fiscal regulations*) o normas civiles (*rules governing the transfer of title*), el convenio UNIDROIT 1995 no es aplicable, porque el bien no se considerará “exportado ilegalmente”.

20. A diferencia del caso anterior, el convenio no define qué se entiende por “bien cultural robado”. Ello obedece a las profundas disparidades entre las legislaciones de los estados partes al respecto. La definición de “robo” (*theft*) varía enormemente de un país a otro. Por otro lado, el bien puede haber cambiado de poseedor en virtud de “otros delitos” (*other offences*) que no sean “robo”, —como la “apropiación indebida” del derecho español o la *intentional misappropriation of a lost object* propia del *Common Law*—, o como resultado de un fraude (*fraud*). Por tanto, el convenio UNIDROIT 1995, conscientemente, no define la noción de “robo” ni de bien cultural “robado”. ¿Cómo concretar la noción? Dos datos deben ser señalados a este respecto:

- a) Puede entenderse que el convenio UNIDROIT 1995 sólo se aplica a los bienes objeto de un “robo” y que “robo” hay que entenderlo en un *sentido amplio*, propio del convenio UNIDROIT 1995. Desde un punto de vista teórico, esta solución sería preferible. Es sencilla y facilitaría la aplicación del convenio UNIDROIT 1995.
- b) Sin embargo, el silencio del convenio UNIDROIT 1995 y las palabras del *Explanatory report*, dan a entender que la opción anterior fue expresamente descartada en favor de una solución más abierta pero también más complicada⁷. Así, se considerará que ha existido “robo” en tres casos.

Primero: se considerará que ha habido “robo” cuando así lo establezcan las *leyes sustantivas* del Estado parte ante cuyos tribunales se ejerza la acción (= solución conflictual implícita: aplicación de la ley del país cuyos tribunales conocen de la acción o *Lex fori*). Este caso puede llevar a *paradojas*, porque puede llevar a aplicar el derecho penal de un país a hechos ocurridos en otro país, vulnerando el principio internacionalmente admitido de la “territorialidad del derecho penal” (= el derecho penal de un país se aplica sólo a los hechos ocurridos en el territorio de ese país, salvo excepciones justificadas).

7 M. SCHNEIDER, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report*, UNIDROIT, Rome, January 2002, *passim*.

Segundo: se considerará que ha habido “robo” cuando así lo establezcan las normas sustantivas designadas por las normas de conflicto de leyes del país cuyos tribunales conocen de la acción de restitución del bien cultural presuntamente “robado” (= solución en el plano del *conflicto de sistemas*: se aplican las normas de conflicto de leyes del país cuyos tribunales conocen del asunto). Esta solución tampoco es muy satisfactoria, porque presume la existencia de normas de conflicto de leyes en el campo del derecho penal. Y en el campo del derecho penal rige, como se ha dicho, un estricto principio de territorialidad unilateral: salvo excepciones justificadas, los tribunales de un país conocen exclusivamente de los delitos cometidos en el territorio de dicho país y aplicarán las leyes de tal país. Por tanto, en principio, no existe una “norma de conflicto de leyes” que indique la ley aplicable a supuestos de derecho penal. Para solventar el problema, habría que aplicar bilateralmente el “principio de territorialidad”, lo que lleva al siguiente resultado: las leyes del país en cuyo territorio el bien ha sido presuntamente robado se aplican para decidir si ha habido “robo” del bien cultural o no.

Tercero: el artículo 3.2 del convenio UNIDROIT 1995 establece una regla especial para evitar el “saqueo en las excavaciones arqueológicas” (*pillage of archaeological sites*). Afirma el precepto que,

“a los efectos del presente convenio, los bienes culturales procedentes de excavaciones ilegales o los procedentes de excavaciones legales que sean retenidos ilegalmente se considerarán robados cuando ello sea compatible con el derecho del Estado en que se realizó la excavación”.

Se trata de una norma de conflicto (*Conflict rule*): el derecho del país donde se encuentra la excavación arqueológica determinará si ha habido robo o no de los bienes hallados en tal excavación.

21. 4º) Cuando se solicite a las autoridades del Estado parte donde se encuentra actualmente el “bien cultural”, la “restitución del bien robado” o la devolución, al país de origen, del “bien cultural ilegalmente exportado”.

III. LA RESTITUCIÓN DEL BIEN CULTURAL ROBADO

22. Como afirma el *Explanatory Report* del convenio, desde el principio se vio claro que el objetivo del convenio en este punto debía conciliar dos intereses:

a) El interés de la persona, normalmente propietario, desposeído del bien cultural robado;

- b) El interés del tercer adquirente de buena fe del bien cultural previamente robado⁸.
23. El principio general para resolver este conflicto de intereses y que había sido admitido tradicionalmente en DIPr., no resultaba satisfactorio. En efecto, con arreglo a la “solución clásica de DIPr.”, el tercer adquirente de buena fe puede hacerse con la *propiedad* del bien cultural si así lo establece la ley del país donde se encuentra el bien cultural en el momento de la adquisición por dicho tercer adquirente (= *Lex Rei Sitae*). Su adquisición queda “blindada” jurídicamente frente a las pretensiones de la persona desposeída del bien robado (*ad ex.* artículo 464 *Spanish Civil Code*). Pero esta solución clásica del DIPr. perjudica la protección jurídica de los bienes culturales robados: en el fondo, “legaliza” el robo para beneficiar al tercer adquirente de buena fe.
24. Por ello, el convenio UNIDROIT 1995 abandona la solución clásica de derecho internacional privado (= *Lex Rei Sitae*) y opta por una *solución material* de DIPr. Como expresa el artículo 3.1 del convenio: “El poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo”.
25. El análisis del artículo 3.1 del convenio UNIDROIT 1995 revela varios datos:
- a) No importa que el bien sea de propiedad privada o pública.
- b) No importa que el actual poseedor del bien cultural se trate de un tercer adquirente de buena fe o de mala fe.
- c) No importa el país donde se encontraba el bien cuando fue adquirido por su actual poseedor, ni el país donde se encontraba el bien cultural cuando fue robado, ni el país de residencia del propietario del bien cultural que ha sido robado.
- d) Procede la inmediata restitución del bien (*automatic restitution of stolen cultural objects*) con la sola condición de que el demandante logre probar que ha sido objeto de un robo de dicho bien cultural.
- e) El artículo 3.1 del convenio UNIDROIT prefirió la expresión “poseedor” (*possessor*) a la expresión “titular” (*holder*): en efecto, la expresión “titular” debería haber

8 M. SCHNEIDER, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report*, UNIDROIT, Rome, January 2002, pág. 14.

sido definida legalmente por el convenio UNIDROIT 1995. Con la utilización del término “poseedor” se facilita la restitución del bien cultural.

- f) Nada dice el artículo 3.1 del convenio UNIDROIT sobre quién es el sujeto al que debe ser restituido el “bien cultural robado”: por tanto cabe que deba ser restituido al propietario del bien (*owner*) pero también a la persona o institución que tenía legalmente el objeto cultural robado en su poder, como una galería de arte, un museo o un banco en cuyas instalaciones de seguridad de hallaba el objeto cultural robado.
- g) El artículo 3.1 del convenio UNIDROIT 1995 contempla una “acción de restitución” del bien cultural robado. No se regula, y queda fuera del ámbito material del convenio, la cuestión de la *propiedad (title)* del “bien cultural robado”. Tal cuestión se regirá por las correspondientes normas de DIFR. de cada Estado, pero se trata de otra acción.
26. Una vez aclarado el objetivo a conseguir en relación con los bienes culturales robados (= su “restitución automática”), el convenio UNIDROIT se encarga de fijar el marco jurídico de esta acción de restitución automática. Al respecto, es conveniente subrayar varios datos.
27. 1º) *Sujetos legitimados para ejercer la acción de restitución del bien cultural robado.* El artículo 3 del convenio UNIDROIT no especifica nada al respecto. Este silencio permite que ejercite la acción:
- a) El sujeto particular (*private person*) desposeído del bien cultural como consecuencia del robo del mismo;
- b) El *Estado parte* que ha sido también desposeído del bien cultural robado. Más dudas surgen en otros dos casos: ¿puede ejercitar la acción el *propietario* del bien cultural robado en el caso de que el robo haya tenido lugar a una tercera persona, como un banco, museo, o galería de arte? ¿Puede ejercitar la acción un Estado parte aunque no haya sido desposeído del bien cultural robado, pues dicho bien ha sido robado a un particular? La respuesta positiva parece imponerse en ambos casos, pues el principio general que inspira el artículo 3 del convenio UNIDROIT 1995 (= *automatic restitution as a penalty for theft*) lleva a ampliar el círculo de sujetos legitimados para ejercer la acción de restitución del bien cultural robado.
28. 2º) *Plazos para el ejercicio de la acción.* Indica el artículo 3.3 del convenio UNIDROIT 1995 que,

“toda solicitud de restitución deberá presentarse en el plazo de tres años a partir del momento del que el solicitante tuvo conocimiento del paradero del bien cultural y de la identidad de su poseedor y, en todo caso, en el plazo de cincuenta años a partir del momento del robo”.

El precepto es el resultado de la resolución del conflicto de intereses entre países exportadores de bienes culturales (*exporting nations*) y países importadores de dichos bienes (*importing nations*). Por ello el precepto establece dos reglas:

- a) *Regla relativa*. El tiempo en el que puede ejercitarse la acción comienza contar sólo cuando concurren dos condiciones cumulativamente: el solicitante de la restitución tiene un conocimiento real de la *localización del bien cultural* y de la *identidad del poseedor*. En tal caso, se favorecen los intereses de los estados importadores: no puede esperarse eternamente a que se ejercite la acción de restitución si ya concurren las condiciones para su ejercicio. Por ello, en tal caso, el plazo para el ejercicio de la acción es muy breve: *tres años* a partir del momento en que concurren cumulativamente las dos circunstancias que permiten el ejercicio de la acción.
- b) *Regla absoluta*. Para salvaguardar los intereses del tercer adquirente y de los estados importadores de bienes culturales, existe un límite máximo para el ejercicio de la acción de restitución del bien robado. Pero para defender también los intereses de los sujetos desposeídos del bien y de los estados exportadores de estos bienes, el plazo para el ejercicio de la acción es muy extenso: de cincuenta años contados a partir del momento del robo.

El artículo 3.4 del convenio UNIDROIT establece un “sistema especial de duración de la acción” para ciertos

“bienes que afectan al corazón del patrimonio cultural de cada Estado y que están conectados estrechamente con su identidad nacional” (*objects that lie at the very heart of each State’s cultural heritage and are closely linked to its national identity*)⁹.

Tales bienes son los bienes culturales

“que formen parte integrante de un monumento o de un yacimiento arqueológico identificado, o que pertenezcan a una colección pública”.

9 M. SCHNEIDER, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report*, UNIDROIT, Rome, January 2002, pág. 19.

En este caso, las reglas a seguir son las siguientes:

- a) En principio, no existe un límite máximo de duración para el ejercicio de la acción (= no existe “regla absoluta”);
- b) Por tanto, existe sólo la “regla relativa”: el plazo para el ejercicio de la acción es de tres años contados a partir del momento en que el solicitante tuvo conocimiento del paradero del bien cultural y de la identidad de su poseedor;
- d) Sin embargo, los estados partes pueden establecer que la acción está sujeta a un plazo de prescripción “de setenta y cinco años o a otro plazo superior previsto por su legislación”. Con ello se vuelve al sistema anterior para proteger los intereses de los poseedores actuales del bien y de los estados importadores de dichos bienes. Los demás estados partes deben respetar ese límite temporal de la acción establecido en la *legislación del Estado de origen del bien*:

“toda acción entablada en otro Estado contratante para obtener la devolución de un bien cultural retirado de un monumento, un yacimiento arqueológico o una colección pública situado en un Estado contratante que haya realizado una declaración al efecto estará sometida también a dicho plazo de prescripción”.

El artículo 4.5 del convenio UNIDROIT 1995 permite que,

“cualquier Estado contratante podrá declarar que la acción está sujeta a un plazo de prescripción de setenta y cinco años o a otro plazo superior previsto por su legislación”,

refiriéndose a la acción prevista para la

“devolución de un bien cultural retirado de un monumento, un yacimiento arqueológico o una colección pública”.

España ha declarado que,

“la acción para solicitar la restitución de un bien cultural que forme parte del patrimonio histórico español será imprescriptible, de acuerdo con lo previsto en la legislación española” (arts. 28 y 29 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).

El artículo 3.7 del convenio UNIDROIT precisa qué debe entenderse por “colección pública” mediante una *definición material* de la noción. El artículo 3.8 del convenio UNIDROIT 1995 otorga el mismo tratamiento dispensado a las “colecciones públicas” en cuanto a los *límites temporales* de ejercicio de la acción, también al

“bien cultural sagrado o de importancia comunitaria que pertenezca a una comunidad tribal o autóctona de un Estado contratante y sea utilizado por ésta como parte de las costumbres tradicionales o rituales de dicha comunidad”.

29. 3º) *Compensación para el tercer adquirente de buena fe*. La regla de DIPR material que acoge el convenio UNIDROIT 1995 para regular el tratamiento jurídico de los bienes culturales robados, podría producir algunos “efectos negativos” en ciertos casos. En efecto: si el bien cultural ha sido robado y debe, según el convenio, ser restituido inmediatamente sin más, el tercer adquirente de buena fe queda totalmente desprotegido. Dicho sujeto no tuvo nada que ver con el robo y adquirió el bien, normalmente en su país, creyendo que era lícita su procedencia. Por tanto, el artículo 4.1 del convenio UNIDROIT 1995 establece que,

“el poseedor de un bien cultural robado que deba restituirlo tendrá derecho, en el momento de la restitución, al pago de una indemnización justa y razonable”.

Ahora bien, el régimen jurídico de dicha indemnización es el siguiente:

- a) El poseedor actual del bien cultural robado no ha sabido ni debía haber sabido razonablemente que el bien era robado. En otras palabras, el tercer adquirente debe haber actuado de buena fe: creyendo en la procedencia lícita del bien cultural e ignorando que fuera robado. Además, se exige que el adquirente realice las averiguaciones necesarias para conocer la procedencia del bien y que no haya encontrado ningún dato que le haga sospechar que el bien procede de un previo robo. En definitiva, el poseedor debió actuar con la debida diligencia (*due diligence*). La *debida diligencia* o “buena fe” no se presume: debe quedar acreditada ante la autoridad que conoce del asunto. El concepto de “debida diligencia” es propio del convenio UNIDROIT 1995 y viene precisado en el artículo 4.4 del mismo:

“al determinar si el poseedor actuó con la debida diligencia, se tendrán en cuenta todas las circunstancias relativas a la adquisición, entre ellas la condición de las partes, el precio pagado, si el poseedor consultó cualquier registro de bienes culturales robados razonablemente accesible y cualquier otra información o documentación pertinentes que hubiera podido razonablemente obtener, y si el poseedor consultó a organismos accesibles o realizó cualquier otra gestión que una persona razonable habría realizado en las mismas circunstancias”.

- b) La indemnización debe ser “justa y razonable” (*fair and reasonable*). Ahora bien: ¿qué se entiende por una indemnización “justa y razonable”? El convenio UNIDROIT 1995 nada dispone al respecto. Podría haberse utilizado un *criterio material*, que tuviera en cuenta el “precio pagado”, o el “valor comercial” del

bien cultural. Pero el convenio UNIDROIT 1995 rechaza todo criterio material sobre la noción. Por tanto, se trata de una cuestión no regulada por el convenio, lo que plantea problemas: ¿según qué derecho se determinará que una indemnización es “justa y razonable”? Parece que no queda otra salida que la aplicación de la ley material (*substantial Law*) del país cuyos tribunales conocen de la acción de restitución del bien robado. En otras palabras: se trata de aplicar la *Lex fori*. La indemnización tiene como finalidad compensar al poseedor por la pérdida del “bien cultural”. Por tanto, existen gastos situados en una *zona de penumbra*: gastos relacionados con la acción de restitución pero que no compensan al poseedor por la pérdida del “bien cultural”, tales como gastos de seguro, gastos de transporte, gastos procesales (= *cost of the legal proceedings*), etc. Los gastos procesales deben repartirse con arreglo a lo que establece la *Lex fori* (= *Lex fori regit processum*). Los demás gastos los asumirá la parte que corresponda también con arreglo a la *Lex fori*.

- c) La indemnización debe pagarse “al mismo tiempo” que se lleva a cabo la restitución del bien cultural. El artículo 4.1 del convenio UNIDROIT 1995 afirma que el derecho a la indemnización nace “en el momento de la restitución” del bien cultural. Ése será el momento para calcular el montante de la indemnización.
- d) ¿Quién debe pagar la indemnización? No parece justo que deba pagar el *sujeto desposeído del bien cultural robado*, pues ello recompensaría al ladrón, verdadero culpable de la situación y probable vendedor del bien cultural robado¹⁰. Además, el sujeto desposeído del bien cultural puede no tener medios económicos para pagar la indemnización, como sucedería en el caso de una tribu local. Por ello, el convenio UNIDROIT 1995 establece varias reglas.

Primero. Nada dice el convenio UNIDROIT 1995 sobre la cuestión de quién debe pagar la indemnización en primer lugar. Por tanto, puede pagar la indemnización cualquier sujeto: el sujeto desposeído del bien cultural robado, una compañía de seguros, un *sponsor*, un museo, el Estado en cuyo territorio ha sido robado el bien cultural, etc.

Segundo. Se establece un “principio de subsidiariedad”: sea quien sea el sujeto que pague en primer lugar, el individuo responsable es el ladrón. Por tanto,

“se harán esfuerzos razonables para conseguir que la persona que transfirió el bien cultural al poseedor, o cualquier cedente anterior, pague la indemnización cuando ello sea conforme con el derecho del Estado en que se presentó la solicitud”.

10 M. SCHNEIDER, *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report*, UNIDROIT, Rome, January 2002, pág. 24.

Por tanto, existe una acción para reclamar el pago de la indemnización pagada al poseedor de buena fe, contra cualquier persona que transfirió el bien anteriormente, sea o no el ladrón, siempre que ello esté previsto en la *Lex fori* (= ley del Estado en el que se presenta la solicitud de restitución). En efecto, muchos estados recogen en sus leyes la obligación de indemnizar por parte de cedentes de bienes que no se hayan asegurado de la legítima propiedad del bien.

Tercero. Se establece una “vía de regreso”. Si no se encuentra otra persona que pueda afrontar el pago de la indemnización al poseedor, el solicitante de la restitución del bien cultural deberá pagar dicha indemnización. Pero dicho solicitante no queda, en este caso, “desarmado”: dispone del derecho “a reclamar el reembolso de la misma a cualquier otra persona”. Por ejemplo, si se encuentra más tarde al ladrón o a cualquier otro cedente responsable de la venta del bien robado.

IV. LA DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EXPORTADOS ILEGALMENTE

30. El capítulo III del convenio UNIDROIT 1995 se enfrenta al delicado problema de la aplicación de las normas de ciertos estados que restringen la exportación de bienes culturales para proteger su patrimonio cultural. Los intereses en juego en estos casos, —exportación de bienes culturales con infracción de las *normas de exportación* de un Estado parte en el convenio UNIDROIT 1995—, son diferentes de los intereses presentes en casos de robo. Por ello, en casos de bienes culturales ilegalmente exportados, procede una devolución de los mismos al país de origen, pero dicha devolución no es “automática”, al contrario de lo que sucede en el supuesto de robo (= restitución automática del bien cultural robado: capítulo II del convenio UNIDROIT 1995).

La solución ofrecida por el convenio UNIDROIT en este caso resulta muy inteligente porque no enfoca la cuestión como un problema de “propiedad del bien” a resolver según las normas de derecho internacional privado (*Conflict rules*). Cierta doctrina había apuntado una solución en este plano: proponían que no se aplicase la *Lex rei sitae* (= ley del país de situación del bien en el momento de adquisición por su actual poseedor), sino que se aplicase otra norma de conflicto (*Conflict rule*). En efecto, proponía la aplicación de la *Lex originis* o ley del país donde se encontraba el bien antes de ser trasladado a otro país y adquirido por un tercero¹¹.

11 *About these proposals, see* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y M. VIRGÓS SORIANO, “*Le commerce international de l’art en droit espagnol*”, *La vente internationale d’oeuvres d’art*, París, 1988, págs. 333-357; P. LALIVE, “*Sur le régime des objets d’art volés en droit international privé*”, in *Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*, 1993; ídem, “*Sur le retour des biens culturels illicitement exportés*”, in *Nouveaux*

De ese modo, el tercer adquirente de buena fe nunca adquiriría el bien, porque la ley aplicable sería la ley del país de origen del bien (= *Lex originis*), la cual establece que el bien cultural ilícitamente exportado es inalienable. Pero comportaba un muy serio inconveniente: la solución vulnera la buena fe en el tráfico de obras de arte, pues el tercer adquirente de buen fe, —que compra el bien creyendo lícita su procedencia—, se queda sin el bien y no recibe compensación alguna. La solución es injusta. Por eso, el convenio UNIDROIT no sigue este camino.

31. Puede solicitar la devolución del bien cultural ilegalmente exportado, exclusivamente, un *Estado contratante*. Deberá solicitarlo a un “tribunal o a otra autoridad competente” de otro *Estado contratante*. El Estado requirente (*requesting State*) debe ser el Estado cuyas normas sobre exportación de bienes culturales han sido infringidas.

La legitimación concedida, exclusivamente, al *Estado*, responde al dato de que las normas infringidas son *normas de derecho público* (*Public law rules*), que protegen intereses generales o públicos, pues protegen el “patrimonio cultural” de un país.

El Estado puede actuar por propia iniciativa o a petición de un particular interesado, por ejemplo, a petición de un particular al que el objeto cultural ha sido robado y posteriormente ilegalmente exportado a otro Estado parte. En este caso, el particular siempre puede instar, también, si lo desea, la restitución del bien cultural robado con arreglo al capítulo II del convenio UNIDROIT 1995.

32. Ya se ha dicho antes en qué casos se considera que el bien ha sido “ilegalmente exportado” (arts. 5 y 1 del convenio UNIDROIT 1995). En efecto: se entiende por “bien cultural exportado ilegalmente” aquél que ha sido

“desplazado del territorio de un Estado parte en contravención de las normas de su derecho que regulan la exportación de los bienes culturales con el fin de proteger su patrimonio cultural” (artículo 1 del convenio UNIDROIT 1995).

El artículo 5.2 del convenio UNIDROIT 1995 especifica aun más la noción de “bien cultural ilegalmente exportado” para los casos de un bien prestado temporalmente a otro país

itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, XXII, 1993.

“para los fines de su exposición, investigación o restauración, con arreglo a un permiso expedido de conformidad con las normas de su derecho que regulan la exportación de los bienes culturales con el fin de proteger su patrimonio cultural, y que no sea devuelto de conformidad con las condiciones de dicho permiso”.

El problema se halla de actualidad por el auge del sistema del “salvoconducto” de las obras de arte, que permiten su circulación internacional a salvo del ejercicio de acciones de retorno a su país de origen, magistralmente estudiado por el profesor E. JAYME¹².

33. Como resulta claro, un Estado que no protege su patrimonio cultural a través de una normativa propia que restringe las exportaciones de estos objetos, no puede hacer uso de la “acción de restitución” prevista en el convenio UNIDROIT 1995. El convenio UNIDROIT 1995 no otorga más protección al patrimonio cultural de la que éste goza en el *Estado de origen*.

34. El convenio UNIDROIT 1995 no especifica a qué *persona o institución* debe ser restituido el bien cultural ilegalmente exportado. Como especifica el *Explanatory Report* del convenio, éste

“se mantiene alejado de las cuestiones de propiedad” (*the Convention should steer clear of questions of ownership*).

35. Para que el bien cultural sea “devuelto” al Estado de origen, deben concurrir estas dos circunstancias necesarias:

1º El bien debe ser un “bien cultural ilegalmente exportado” desde el *Estado contratante requirente*, en los términos antes examinados.

2º Constatado lo anterior, la devolución del bien cultural no es automática. Se exige que concurra, además, un *perjuicio significativo* de ciertos *intereses concretos*. Así, el artículo 5.3 del convenio UNIDROIT 1995 afirma que,

“el tribunal u otra autoridad competente del Estado requerido ordenará la devolución de un bien cultural exportado ilegalmente si el Estado requirente prueba que la exportación del bien menoscaba de forma significativa uno o varios de los intereses siguientes: a) La conservación material del bien o de su contexto; b) la integridad de un bien complejo; c)

12 JAYME, E., *Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht. Vorträge, Aufsätze, Gutachten*, Heidelberg, ed. C.F. Müller, 2000; ídem, “*Il salvocondotto delle opere d'arte prestate dall'estero: problemi di Diritto internazionale privato*”, en A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, págs. 11-22.

la conservación de información de carácter científico o histórico, entre otros, relativa al bien; d) la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad tribal o autóctona o acreditar que el bien reviste una importancia cultural significativa para el Estado requirente”.

El artículo 5.4 del convenio UNIDROIT 1995 indica que el Estado requirente puede proporcionar “cualquier información de hecho o de derecho” que pueda resultar de utilidad al tribunal u otra autoridad competente del Estado requerido para determinar si se ha producido perjuicio significativo para uno o varios de los intereses contemplados en el artículo 5.3 del convenio UNIDROIT 1995.

36. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción de devolución del bien cultural, el artículo 5.5 del convenio UNIDROIT contempla dos períodos.

Período relativo. Toda solicitud de devolución se presentará en el plazo de tres años a partir del momento en que el Estado requirente tuvo conocimiento del paradero del bien cultural y de la identidad de su poseedor. Por tanto, el plazo no comienza a contar hasta que no se han acreditado dichos extremos: paradero del bien cultural e identidad del poseedor. Una vez acreditados, el plazo para ejercer la acción de devolución es de tres años.

Período absoluto. Puede ser que en ningún caso se constaten los dos extremos antes señalados. Pues bien, en dicho caso, el período para ejercitar la acción será de cincuenta años contados a partir de la fecha de la exportación o de la fecha en que debería haberse devuelto el bien conforme al permiso al que se refiere el artículo 5.2 del convenio UNIDROIT.

37. Cumplidas las exigencias necesarias para ejercitar la “acción de devolución” según lo examinado antes, el tribunal o autoridad del Estado requerido (*State adressed*) ordenará la devolución del bien cultural al Estado requirente. Pero debe hacerlo respetando las *reglas de procedimiento* previstas en el artículo 6 del convenio UNIDROIT 1995.

38. Así, el “bien cultural” se devolverá al Estado requirente siempre que se pague al poseedor del bien cultural ilegalmente exportado, una *indemnización*. El régimen jurídico de dicha indemnización es el siguiente:

a) Sólo procede el pago de la indemnización si el poseedor ha adquirido el bien cultural “después de que hubiera sido exportado ilegalmente”: el comprador del bien cultural que lo transporta ilegalmente del país de origen a otro país no recibe ninguna indemnización, porque actuó en contra de la ley del Estado de origen;

- b) La indemnización debe pagarse en el momento de la devolución del bien cultural;
- c) Debe pagar la indemnización el “Estado requirente”;
- d) La indemnización debe ser “justa y razonable”;
- e) El poseedor debe haber actuado con buena fe, de modo que no debía saber ni hubiera debido razonablemente saber en el momento de la adquisición que el bien había sido exportado ilegalmente: debe ignorar que el bien que posee ha sido “ilegalmente exportado”; debe haber obrado con la “debida diligencia”. El artículo 6.2 del convenio UNIDROIT 1995 precisa este concepto:

“al determinar si el poseedor supo o debió razonablemente saber que el bien cultural había sido exportado ilegalmente, se tendrán en cuenta las circunstancias relativas a la adquisición, incluida la ausencia de un certificado de exportación exigido con arreglo al derecho del Estado requirente”.

Queda la cuestión de saber si el poseedor del bien debe probar su “debida diligencia” en la adquisición del bien cultural. El artículo 6 del convenio UNIDROIT 1995 calla sobre la cuestión.

39. El poseedor del bien cultural puede preferir *otras opciones* a la indemnización económica. De este modo, devolverá el bien cultural al Estado de origen y no recibirá ninguna indemnización, pero puede elegir, si hay *acuerdo* al respecto con el Estado requirente, entre estas dos opciones:
- a) *Conservar la propiedad del bien*. El convenio no regula la propiedad del bien cultural. Por tanto, conservará la propiedad del bien si la ha adquirido con arreglo a las normas de derecho internacional privado que sean aplicables al caso, normalmente la regla *Lex Rei Sitae*. En otras palabras: el poseedor puede conservar la propiedad del bien si adquirió tal propiedad con arreglo a la ley del Estado donde se hallaba el bien cultural en el momento de su adquisición.
 - b) *Transferir la propiedad a título oneroso o gratuito a una persona de su elección que resida en el Estado requirente y que ofrezca las garantías necesarias*. La persona puede ser un particular o una institución, como un museo o galería de arte. Las “garantías necesarias” que se exigen las debe valorar el Estado requirente, pues esta opción sólo procede, como se ha dicho, si existe un acuerdo entre el poseedor del bien cultural y el Estado requirente.

40. Existen ciertos casos en los que no procede la devolución del bien cultural ilegalmente exportado (artículo 7 del convenio UNIDROIT 1995):

- a) Cuando la exportación de un bien cultural no sea ya ilegal en el momento en que se solicite la devolución. Puede que la exportación del bien cultural haya sido ilegal en el momento en el que el bien cultural fue trasladado a otro Estado parte. Pero las legislaciones de los estados partes pueden cambiar, de modo que la exportación puede resultar permitida en un momento posterior. En este caso, no procede ya la devolución del bien cultural que, en su momento, fue “ilegalmente exportado”. En el fondo, se resuelve un problema de “conflicto internacional transitorio” (*temporal conflict of laws*) haciendo aplicable la nueva ley si responde a una liberalización del comercio del bien cultural en cuestión (*more liberal cultural policy*).
- b) Cuando el bien haya sido exportado en vida de la persona que lo creó o durante los cincuenta años siguientes al fallecimiento de dicha persona. La precisión persigue liberalizar el comercio internacional de bienes culturales del arte contemporáneo e incrementar la reputación de los artistas en el extranjero. Hay que tener en cuenta que numerosos sistemas jurídicos nacionales no incluyen estas obras en el patrimonio cultural protegido por una legislación que restringe su exportación. En este caso no surgirán problema alguno y la devolución de la obra no procede en ningún caso. Pero tampoco procede la devolución del bien cultural aun en el caso de que el Estado requirente incluya estas obras en su patrimonio cultural protegido. Dichas normas se aplicarán en el país del que se trate, pero el convenio UNIDROIT 1995 no garantiza su aplicación internacional en otros estados partes.

Esta segunda excepción encuentra dificultades de aplicación cuando el bien cultural no tiene un autor concreto conocido. El artículo 6.2 del convenio UNIDROIT 1995 establece una excepción a la excepción. Por ello, procede la devolución del bien cultural cuando éste

“hubiera sido creado por uno o varios miembros de una comunidad autóctona o tribal para su uso tradicional o ritual por dicha comunidad y el bien deba ser devuelto a dicha comunidad”.

Se trata de bienes de autores desconocidos y cuya edad es difícil de determinar.

V. DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LA RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES ROBADOS Y A LA DEVOLUCIÓN DE BIENES CULTURALES ILEGALMENTE EXPORTADOS

41. Cuestión central es determinar la *autoridad* ante la que se debe ejercitar la acción de restitución del bien cultural robado o la acción de devolución del bien cultural ilegalmente exportado. El convenio UNIDROIT 1995 establece varias reglas al respecto.
42. 1º) El artículo 8.1 del convenio UNIDROIT 1995 indica que dichas solicitudes de restitución o devolución podrán presentarse

“ante los tribunales u otras autoridades competentes del Estado contratante en que se encuentre el bien cultural”.

Se trata de una “regla uniforme de competencia judicial internacional” (*uniform rule on jurisdiction for claims*). No se trata de una regla *exclusiva* de competencia judicial internacional: se trata de un foro de competencia judicial internacional (= *Forum rei sitae*) que puede ser utilizado para la acción de restitución o devolución del bien cultural. A este respecto, deben precisarse dos extremos:

- a) El *Forum rei sitae* recogido en el artículo 8.1 del convenio UNIDROIT 1995 es un criterio de competencia judicial internacional muy efectivo, porque elimina los problemas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (*recognition and enforcement of foreign decisions*). En efecto: el demandante presenta su demanda ante las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentra el bien cultural y la resolución que dicten estas autoridades será directamente ejecutiva en dicho país. Resultado: el bien cultural será devuelto automáticamente, sin necesidad de que la resolución en la que se acuerda la restitución o devolución del bien cultural, tenga que ser “reconocida” ni “ejecutada” en otro país.
- b) Antes se ha dicho que el *Forum rei sitae* recogido en el artículo 8.1 del convenio UNIDROIT 1995 no es un criterio *exclusivo* de competencia judicial internacional. En efecto: el demandante puede ejercitar su acción ante los tribunales de otros países distintos al país donde se encuentra el bien. Pero dos precisiones son necesarias.

Primera. El tribunal o autoridad debe ser competente con arreglo a las normas de producción interna de su país (*domestic rules*) o bien con arreglo a las normas de un convenio internacional, como el convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, convenio de Lugano de 16 septiembre 1988, o bien con arreglo a las normas de un

instrumento legal internacional, como el Reglamento comunitario 44/2001 (= *Council Regulation n° 44/2001*). Ello puede permitir el ejercicio de la acción ante tribunales de países en cuyo territorio no se encuentra el bien cultural. Por ejemplo, se podrá presentar la demanda ante los tribunales del país donde está domiciliado el poseedor del bien, que es el demandado (artículo 2 *Council Regulation n°44/2001*).

Segunda. Cuando conozcan del asunto autoridades de países distintos al país donde se encuentra el bien cultural, la resolución que se dicte no será efectiva si no se otorga el *exequatur* de la misma en el país donde se encuentra el bien cultural, para que de ese modo, pueda ordenarse la restitución o devolución del bien cultural al país de origen.

43. 2º) También puede ejercitarse la acción ante “cualquier tribunal u otra autoridad competente” o recurrir a un arbitraje (artículo 8.2 convenio UNIDROIT 1995).

Los estados “pueden” especificar cuáles son las “autoridades” competentes para ordenar la restitución o devolución de los bienes culturales, en los términos del artículo 16 convenio UNIDROIT 1995. Este artículo indica el “procedimiento de presentación” de la solicitud de restitución o devolución del bien cultural:

“cada Estado contratante declarará, en el momento de la firma, aceptación, aprobación o adhesión, que las solicitudes de restitución o de devolución de bienes culturales presentada por un Estado con arreglo al artículo 8 podrán ser presentadas con arreglo a uno o varios de los procedimientos siguientes:

a) Directamente ante los tribunales u otras autoridades competentes del Estado declarante;

b) por medio de una o varias autoridades designadas por dicho Estado para recibir tales solicitudes y para transmitir las a los tribunales u otras autoridades competentes de dicho Estado;

c) por conducto diplomático o consular. España ha declarado que debe utilizarse el mecanismo del artículo 16.1.b, de modo que tales solicitudes, cuando sean presentadas por un Estado, podrán ser presentadas con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 16, apartado;

d) del convenio UNIDROIT 1995, ante el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales).

El recurso a arbitraje es fomentado por el convenio, debido al carácter neutral, veloz y confidencial del procedimiento arbitral. Además, permite la participación de

expertos en arbitraje y en comercio de obras de arte. Finalmente, el recurso al arbitraje tiene la ventaja de que la ejecución del laudo arbitral (*arbitral award*) en otro país es sencilla, debido a la existencia de convenios internacionales que favorecen la circulación internacional de laudos arbitrales.

En el caso de ejercitar la acción ante tribunales de un país distinto al país donde el bien se encuentra, puede ser útil adoptar medidas provisionales o cautelares sobre dicho bien cultural. Lo prevé el artículo 8.3 del convenio UNIDROIT 1995, que utiliza un sistema similar al previsto por el artículo 31 del Reglamento n° 44/2001 (*Council Regulation n° 44/2001*):

“podrán imponerse las medidas provisionales o cautelares previstas por la ley del Estado contratante en que se encuentre el bien aun cuando la solicitud de restitución o de devolución del bien se presente ante los tribunales u otras autoridades competentes de otro Estado contratante”.

De este modo, son competentes para adoptar las medidas provisionales o cautelares los tribunales del país donde se encuentra el bien cultural; adoptarán las medidas cautelares o provisionales previstas en su ley interna; para ello es necesario que la solicitud de restitución o devolución se presente ante tribunal de un Estado parte en el convenio UNIDROIT 1995.