

## La protección del patrimonio cultural desde el Derecho Internacional Privado

Cristián GIMÉNEZ CORTE<sup>(\*)</sup>

### Sumario

Introducción. La protección jurídica internacional del patrimonio cultural. Calificaciones. Régimen de los bienes. Régimen de los contratos. Aspectos procesales. Aspectos jurisdiccionales. DIPr. y Derecho Comunitario.

### Resumen

El presente trabajo está basado en el Informe de Avance realizado en el marco del Proyecto de Investigación CAI+D 2000: "Hacia el Diseño de una Política Pública de Protección Jurídica del Patrimonio Cultural", dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Gonzalo Sozzo.

Trata sobre la problemática referente a la protección del

patrimonio cultural desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, especialmente cuando se hace necesario determinar el derecho aplicable y la jurisdicción competente para regular un caso internacional que involucra bienes culturales.

<sup>(\*)</sup> Adjunto de Derecho Internacional Privado (FCJS-UNL).

## Introducción

La pregunta sobre el derecho aplicable a las relaciones jurídicas internacionales es una de las preguntas básicas que intenta responder el Derecho Internacional Privado (DIPr.)<sup>(1)</sup>. Ésta, juntamente con la pregunta sobre el juez competente para resolver un caso multinacional y la referente al reconocimiento y ejecución de sentencias constituyen los pilares sobre los que se construye el DIPr., con el objetivo de regular y resolver estos casos<sup>(2)</sup>.

En el supuesto de contratos internacionales, es decir aquellos contratos que presentan alguno de sus elementos, ya sea el domicilio o la nacionalidad de las partes, la naturaleza del objeto, el lugar en donde se celebra o donde se ejecuta (elementos relevantes según los criterios electivos del sistema jurídico que los determina), vinculados a más de un sistema jurídico nacional, surge inmediatamente la pregunta sobre cuál derecho va a regir esa relación jurídica, y simultáneamente cuál va a ser el juez con jurisdicción para resolver un eventual conflicto de intereses y si la sentencia que dicte ese juez va a ser reconocida en los demás sistemas jurídicos nacionales<sup>(3)</sup>.

La respuesta a estos interrogantes la intenta brindar, como se dijo antes, el DIPr. a través de sus herramientas y sus normas particulares y clásicas: *las normas de conflicto, las normas de jurisdicción y las normas que regulan los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias*.

Amén de ese tipo de normas, y con el fin de facilitar la regulación de determinadas áreas de la realidad social, se han desarrollado las denominadas *normas materiales* o sustanciales y las *normas de aplicación inmediata* o exclusiva, también denominadas normas de policía.

Las normas de conflicto, como por ejemplo el art. 1210<sup>(4)</sup> del Código Civil argentino, son normas especiales cuya característica es no dar una respuesta directa al problema en cuestión, sino que remiten a algún otro derecho nacional posible para que dé la regulación de fondo de la cuestión. Por ello son llamadas también normas *indirectas*.

Las normas de jurisdicción determinan el juez competente en un caso internacional, como lo son por ejemplo los arts. 1215 y 1216 del CC.

Asimismo, pueden clasificarse juntamente con las normas de jurisdicción internacional, las normas que regulan el proceso civil internacional, y que hacen referencia en general al auxilio judicial internacional.

Las normas materiales son aquellas que, a diferencia de las normas de conflicto, regulan y resuelven directa y sustancialmente el problema. Las normas de la Convención de Viena de 1980 sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías constituyen un ejemplo típico de estas normas.

Finalmente las normas de policía, o normas de aplicación inmediata, son aquellas que protegen ciertos intereses considerados valiosos para el sistema jurídico nacional, y por lo tanto se aplican en todo momento, sin importar el derecho aplicable elegido por la norma de conflicto. El art. 124 de la Ley de Sociedades Comerciales es un buen ejemplo de estas últimas<sup>(5)</sup>.

Se puede optar por regular las relaciones privadas internacionales a través de *derecho de fuente interna* (por ejemplo los Códigos Civiles o Comerciales) o a través de *derecho de fuente convencional* (Convencio-

<sup>(1)</sup> Ver Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

<sup>(2)</sup> "El núcleo del Derecho Internacional Privado actual está integrado por el conflicto de leyes [...] dicho sector nuclear abarca no solo el conflicto 'de leyes' sino el conflicto de jurisdicciones y los conflictos procesales, que se plantean por la transposición procesal e incluyen lugares destacando el auxilio judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros", Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Fundación Para las Investigaciones Jurídicas; Rosario, 1997, pág. 10 y 11. En igual sentido Vischer: "Adjudicatory jurisdiction, choice of law and recognition form a unity within private international law", Vischer, F., *General Course of Private International Law*; R. des C., t. 232, 1992-I, pág. 199.

<sup>(3)</sup> Ver en general Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Depalma, Buenos Aires 1982. Y Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

<sup>(4)</sup> Art. 1210 C.C.: "Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados... por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos...".

<sup>(5)</sup> Ver en general: Boggiano, op. cit., pág. 443-528, y Ciuro Caldani, op. cit., pág. 7-12; Goldschmidt; op. cit.

nes Internacionales, Tratados o Protocolos, Acuerdos). Ya sea que establezcan y unifiquen normas de conflicto, normas materiales o derecho procesal internacional.

Otra vía para intentar la regulación armónica, uniforme o coordinada de las relaciones legales en el plano internacional está dada por las llamadas *leyes modelos*. De esta forma se redacta, generalmente por organismos internacionales, un “molde” o “forma” a imitar por el legislador interno, de tal modo que se emita dentro de cada país una ley positiva que contenga el mismo texto o el más similar posible<sup>(6)</sup>.

También se busca la armonización y unificación de normas a través del *derecho comunitario*, fenómeno que se da principalmente en la Unión Europea, a través de normas especiales, y que se podría presentar en el MERCOSUR, si éste sigue evolucionando<sup>(7)</sup>.

Finalmente, además de la fuente de derecho interno y de derecho convencional, encontramos otras: las fuentes de producción jurídica de carácter *transnacional*.

### La protección jurídica internacional del patrimonio cultural

La problemática referente a la protección del patrimonio cultural puede observarse desde muchos puntos de vista. “Sobre el plano jurídico, esta institución de los bienes culturales combina aspectos del derecho civil y del derecho público formando un ámbito multidisciplinar desde el punto de vista del encuentro entre el Derecho Civil, el Derecho del Comercio Internacional, el Derecho Internacional Privado, el Derecho Uniforme, el Derecho Público, el Derecho Fiscal y, eventualmente, el Derecho Penal”<sup>(8)</sup>.

Enumeración de ramas del derecho a la que sin duda debe sumársele el Derecho Internacional Público<sup>(9)</sup>.

La protección jurídica del patrimonio cultural se relaciona especialmente con el DIPr en el momento que se hace necesario determinar el derecho aplicable y la jurisdicción competente para regular un caso internacional que involucra bienes culturales<sup>(10)</sup>.

El DIPr., como se especificó más arriba, intenta regular las relaciones internacionales de los sujetos de derecho privado. No obstante, actualmente los límites estrictos de la materia tienden a desdibujarse.

Es otras palabras, el DIPr. clásico regula, por ejemplo, un contrato internacional, o sea un contrato en el cual el vendedor está domiciliado en un país y el comprador en otro, surgiendo entonces el problema del conflicto de leyes. Pero en la actualidad la clase o naturaleza de casos que tal vez podría resolver el DIPr. se encuentra en expansión; situación que llevará a la redefinición del objeto y método de la materia.

Entre esta nueva clase de casos que podría quedar enmarcados dentro del DIPr. (entendiéndolo en este sentido amplio) pueden contarse casos tales como los conflictos de leyes inter-estatales o inter-federales, como es el caso de las comunidades autónomas españolas, o paradigmáticamente los “conflicts of laws” norteamericano, que resuelven problemas de derecho aplicable dentro de las diferentes divisiones territoriales—estados, provincias, regiones— de un mismo estado nacional.

En Argentina si bien la legislación de fondo es competencia exclusiva de la Nación, pueden presentarse conflictos “inter-provinciales” allí donde choquen dos leyes provinciales con pretensión de regular un caso. Baste recordar que la Ley 22.172 que regula el trámite de las comunicaciones entre

<sup>(6)</sup> Auts, Anthony; *The Theory and Practice of Informal International Instrument*, I.C.L.Q. vol. 35, 1986.

<sup>(7)</sup> Samtleben, J. Y Salomão Filho, C.; O Mercado Común Sul Americano -Uma análise jurídica do Mercosul-, en *Contratos internacionales*, J. Grandino Rodas Coord., 2da Ed., São Paulo, 1995, pág. 239.

<sup>(8)</sup> G. Reichelt, “La protection internationale des biens culturels” RDU 1985-1, pag. 42, citado por Guardans Cambó Ignacio; *Contrato Internacional y Derecho Imperativo Extranjero*, Arazandi Ed., Pamplona, 1992, pág. 59.

<sup>(9)</sup> Verdross, A.; *Derecho Internacional Público*, pág. 436.

<sup>(10)</sup> Ver en general: Fuentes Camacho, Victor; *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Editorial Beramar, Madrid, 1993; y la bibliografía citada en el Anexo I.

jueces de distintas provincias, que establece criterios de solución a los conflictos inter-provinciales, como también positiviza el concepto de "orden público provincial".

Otra categoría de casos de los que tal vez en un futuro más bien cercano deba hacerse cargo el DIPr. son de los conflictos de derechos públicos. Esto es, al ir perdiendo fuerza el principio de territorialidad del derecho público (piénsese en los casos de Derecho penal internacional, o en el Derecho fiscal internacional) surgen problemas de la aplicación extraterritorial del derecho público, fenómeno que se aproxima y mucho a la protección jurídica internacional del patrimonio internacional como se verá más abajo.

Y finalmente, y también relacionado con la protección jurídica de la cultura, se encuentran los conflictos de leyes inter-personales y los conflictos inter-culturales. Éstos se presentan cuando aun dentro del territorio de un mismo estado ciertas personas, como por ejemplo las pertenecientes a una comunidad indígena o religiosa o étnica, se regulan por sus propias normas a veces diferentes e incluso contradictorias a las leyes formales del estado. Situación que se agrava considerablemente cuando se hace necesario aplicar en el foro leyes de un país de una tradición cultural absolutamente diferente a la del primero<sup>(11)</sup>.

Volviendo al DIPr. clásico relativo a la protección de bienes culturales, éste generalmente se ocupa de casos referidos al *comercio internacional de bienes culturales*, y conformados por contratos de exportación o importación de bienes especialmente protegidos por normas imperativas o de "aplicación inmediata" del país de origen del bien. Por ejemplo, el vendedor de un bien cultural está domiciliado en el país A donde existe una prohibición de exportación de bienes culturales. El vendedor lo vende a un comprador domiciliado en el país B, donde no existen restricciones legales al tráfico de bienes culturales.

Qué ocurre en el caso que el vendedor pretenda exigir el pago judicial del precio al comprador; o bien que el comprador pretenda la entrega judicial del bien adquirido.

Surgen aquí las preguntas clásicas del DIPr.: ¿qué ley se aplica a esa relación jurídica?, ¿qué juez es competente para entender en el caso?

La respuesta a este tipo de preguntas es importantísima, ya que por ejemplo si se aplica el derecho de A el contrato podría ser nulo, en virtud de su objeto ilegal, mientras que si se aplica el derecho del país B el contrato sería válido.

Y en todos los casos la determinación del juez competente es importantísima por la influencia decisiva de éstos a la hora de elegir el derecho aplicable a las relaciones jurídicas internacionales<sup>(12)</sup>.

De lo dicho se desprenden los principales problemas que analiza el DIPr. con relación a los bienes culturales:

1. En primer lugar el problema de las *calificaciones*, esto de la definición o determinación de lo que se considera un bien cultural, ya que los bienes así considerados son sometidos a una regulación especial.

En líneas generales la precisión de lo que se entiende por bien cultural lo realizan las leyes internas de los países que intentan protegerlos, adoptándose tres sistemas principales:

- \* El sistema de la enumeración de los bienes a proteger;
- \* El sistema de la clasificación de bienes mediante un acto administrativo,
- \* El sistema de delimitación por categorías.

Incluso esta clasificación de los bienes se puede relacionar con categorías clásicas del Derecho civil argentino como son los bienes dentro y fuera del comercio.

<sup>(11)</sup> Uche, U. U.; *Conflicts of law in a multi-ethnic setting: lessons from anglophone Africa*, Recueil des Cours, 228 (1991). Y Jayme, F.; *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Cours général de droit international privé, RdC, 251 (1995).

<sup>(12)</sup> Sobre relaciones entre ius y forum en DIPr., ver Gonzales Campos, *Relaciones entre Ius y Forum en Derecho Internacional Privado*, REDL.

## 2. El problema relativo al *régimen legal que se aplica a esos bienes*.

El principio general que rige en materia de la regulación jurídica de los bienes en DIPr. es el principio de la *lex rei sitae*. Esto es los bienes se rigen por la ley del lugar de su situación o ubicación.

El Código Civil argentino (art. 10 y art. 11) así como los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 receptan este principio. De este modo, si un bien está ubicado, por ejemplo en Suiza, se va a regir por la ley suiza.

La regla clásica de la *lex rei sitae* presenta sin embargo graves inconvenientes a la hora de determinar la ley aplicable a los bienes culturales. En efecto, los países importadores de bienes culturales (USA, Japón), presentan una legislación relativamente liberal para regular el comercio internacional de bienes culturales; mientras que los países exportadores de estos bienes (entre los países subdesarrollados Perú, México, India o Egipto; pero también países desarrollados como España e Italia) presentan leyes rigurosas que restringen el tráfico internacional de bienes culturales.

Por lo tanto, si un bien es exportado ilegalmente y se plantea un conflicto judicial sobre el mismo en el país de destino, donde el bien se encuentra situado, si se aplica la regla *lex rei sitae* el bien quedará regulado por las leyes del país importador, que podría no establecer ningún régimen protectorio a dicho bien, permitiendo por el contrario su libre disponibilidad.

Ante tal evento es que las modernas teorías sobre la materia propugnan el abandono de la *lex rei sitae*, y su cambio por la *lex originis*, esto por la ley del lugar de origen del bien. De este modo, aun presentándose un conflicto sobre la propiedad de un bien exportado ilegalmente en país de destino de la exportación, el bien continuaría protegido por la ley de su origen<sup>(13)</sup>.

## 3. Con referencia a la *problemática contractual*, nos encontramos con los problemas tradicionales del DIPr. contractual, esto es con la determinación del derecho aplicable a un contrato de compraventa, en este caso de un bien cultural.

Pero en estos supuestos aparece restringida la *autonomía de la voluntad contractual*, y además de las clásicas normas de conflicto en materia de contratos se encuentran numerosas *normas de aplicación inmediata o de policía* que interfieren en el régimen aplicable a los contratos, estableciendo regulaciones imperativas, prohibiciones expresas de exportación, etc.

La problemática aduanera también está presente en los contratos sobre bienes culturales, y en especial lo concerniente al régimen impositivo, y a las excepciones tarifarias.

La ley que regula el contrato, la *lex contractus*, puede entrar en discrepancia con la ley que rige el bien, ya sea ésta la *lex rei sitae* o la *lex originis*.

De tal forma según la ley que rige el contrato éste podría ser uno perfectamente válido entre las partes, pero según la *lex rei (sitaie u originis)* el contrato podría ser nulo, por objeto ilegal, es decir la venta de un bien cuya comercialización está prohibida.

La solución de este problema es ardua, y va a depender generalmente de los jueces competentes para resolver este tipo de problemas y sus propias normas de DIPr..

## 4. El problema de la *legitimación activa en un proceso* por restitución de un bien ilegalmente exportado también presenta problemas, ya que es difícil precisar quién reviste este carácter. Por ejemplo, si se presenta un caso relativo a una artesanía de origen incaico, ¿quién tiene una acción judicial? ¿El Gobierno de Perú, el Gobierno de Bolivia, o el de Ecuador?

Puede plantearse también la pregunta por la legitimidad para accionar de determinado pueblo indígena directamente. Esta posibilidad está reforzada por el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas presente en las constituciones nacionales de Brasil, Bolivia, Para-

<sup>13</sup> Ver más abajo los problemas de la extraterritorialidad de la aplicación de las leyes públicas de protección.

guay y Argentina. Y porque los problemas relativos al patrimonio cultural en América Latina están intrínsecamente enlazados a los pueblos precolombinos.

En derecho comparado, tanto la legislación española como la neozelandesa establecen que todo bien cultural ilegalmente exportado pasa a propiedad del estado, por lo que éste, el estado español, por el caso, y no el antiguo propietario privado vendedor del bien, tiene legitimación activa para intentar el retorno del bien al país de donde fue extraído<sup>(14)</sup>.

Los problemas relativos a la *legitimación pasiva* y a la protección de los compradores de *buena fe* tampoco son menores, ya que una persona puede adquirir y pagar un bien cultural que le es vendido como legal y, luego, ser sometida a juicio y eventualmente desposeída.

5. Las cuestiones procesales, amén de la legitimación antes citada, son importantísimas, en especial la *determinación de los jueces competentes*, la posibilidad de *aplicar extraterritorialmente normas de derecho público*, los problemas de los costos de los litigios internacionales, posibilidad de prórroga de jurisdicción, o inclusive la sumisión del caso a un tribunal arbitral, como lo permite la convención de Unidroit.

Tal vez el problema principal relativo a la protección de bienes culturales desde el DIPr. sea el de la posibilidad de aplicación extraterritorial de las normas protectoras de los bienes culturales.

Este tipo de normas, generalmente de derecho interno, son normas imperativas o coactivas que revisten naturaleza de derecho público. Son normas que califican lo que es un bien cultural y lo someten a un régimen particular. Estos bienes no pueden ser exportados, o bien necesitan cumplir con alguna autorización de tipo administrativo para poder salir del país de origen.

Con este tipo de normas los estados intentan proteger su propio patrimonio cultural, vedando la expoliación de estos invaluable tesoros.

Pero una vez que el bien ha salido del territorio del país, por medio de una exportación ilegal, las normas protectoras del estado de origen pierden toda su eficacia, y es aquí donde se ve la gran paradoja de estas leyes: pensadas para restringir la salida de bienes del país, una vez que los bienes han salido ya no sirven de nada, perdiendo toda su eficacia.

Ello es así porque el derecho público es en principio territorial, es decir se aplica sólo dentro de los límites del territorio y por los jueces del país donde se ha dictado.

Los jueces extranjeros, en principio no están obligados a aplicar el derecho público extranjero, aunque la tendencia empieza tal vez a cambiar<sup>(15)</sup>.

Por lo tanto si cada país regula en forma individual la protección del patrimonio cultural, los problemas de coordinación y armonización de soluciones son graves. Se hace preciso una solución convencional internacional que unifique los criterios de protección.

6. El problema de la aplicación de tratados y convenciones internacionales, conjuntamente con las leyes nacionales internas, nos ubica frente al problema de la *jerarquía de fuentes*, cuestión de no fácil respuesta sobre todo en el ámbito de los países del MERCOSUR.

Amén de lo anterior, y dentro de las comunidades de estados como la Unión Europea o el Mercosur, podrían establecerse choques entre los principios vigentes en el derecho comunitario con aquellos que rigen el tráfico de bienes culturales.

Así, el derecho comunitario establece el *principio de la libre circulación de mercaderías*, mientras que el derecho de protección de bienes culturales, por el contrario, el de *restricción de la libre circulación* de éstos.

<sup>(14)</sup> Art. 29 de la Ley de Patrimonio Histórico de España: "1. Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español que sean exportados sin la autorización requerida por el art. 5 de esta ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles..."

<sup>(15)</sup> Ver sin embargo Convención de Roma sobre derecho aplicable a los contratos y CIDIP V sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, y el art. 1208 del Código Civil argentino.