Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente

Edición Nº 2. Diciembre de 2022

ALGUNOS PROBLEMAS EN TORNO A LA REIVINDICACIÓN DE BIENES CULTURALES. UNA APROXIMACIÓN A SUS POSIBLES SOLUCIONES*

Francisco Javier Dorantes Díaz[1]

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento aporético. III. Las soluciones Internacionales y la limitación del registro. III.1 El inventario en el sistema francés. III.2 El inventario en el sistema Belga. III.3 El inventario en Luxemburgo. III.4 El inventario en el sistema Alemán. III.5 El inventario en Holanda. III.6 El inventario en Reino Unido. III. 7 El registro y el inventario en México. IV. La exportación de bienes culturales de propiedad privada. V. Algunos mecanismos para la desmotivación de exportación. VI. Problemas comunes en la exportación. VI.1 Las prohibiciones de exportación. VI.2 la "Libre Exportación". VI.3 Las "Exportaciones especiales". VII. Las consecuencias jurídicas de las exportaciones ilícitas. VIII. La permuta internacional de bienes culturales. IX. La reinvindicación dentro del Derecho Internacional Privado y la norma de conflicto aplicable. X. La protección del adquiriente de buena fe. XI. La legitimación del Estado de origen en defensa del interés general. XII. La necesaria creación de principios internacionales. XIII. Conclusiones. XIV. Bibliografía.

RESUMEN: La reinvindicación de bienes culturales sustraídos ilegalmente es

[1] Doctor en Derecho; especialista en derechos ambientales, culturales, agrarios y urbanos; profesor por oposición en la Universidad Nacional Autónoma de México, tanto en licenciatura como en posgrado; y, servidor público con experiencia en instituciones con fines sociales.

un grave problema en América Latina. Resulta indispensable estudiar el derecho comparado para buscar soluciones a este problema, pero también hacer propuestas institucionales y de principios jurídicos, adecuados al tema, para lograr modificar nuestra legislación y las instituciones que protegen este importante patrimonio.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio cultural, exportación ilegal, reivindicación, buena fe, principios internacionales.

I. INTRODUCCIÓN. Resulta desalentador que los temas aquí tratados prácticamente escapen a la atención de los tratadistas de derecho administrativo en América Latina, pese a lo común que resulta ser la problemática para muchos de los países del sector, la expropiación de bienes culturales de manera ilegal y su casi imposible recuperación. También resulta poco creíble que con la riqueza cultural que tiene el Continente, sean pocos los abogados especializados en la materia. En ocasiones, ni en las propias instituciones culturales se encuentran juristas que aborden teórica y prácticamente los diversos temas relacionados con el derecho cultural.

Consciente de esa problemática, la pretensión del presente ensayo es abordar algunos de los problemas en torno a la reivindicación de los bienes culturales a sus lugares de origen, a nivel de una mera enunciación y, en el mejor de los casos, señalando algunas posibilidades de solución. En ese sentido, este artículo busca ser incitador de obras de mayor profundidad y estudio sobre una materia que a todos debería preocuparnos: la protección, resguardo, restauración y difusión de nuestros bienes culturales. Espero llamar la atención de muchos juristas en América Latina para construir jurídicamente una teoría conjunta.

II. PLANTEAMIENTO APORÉTICO. Durante siglos el derecho de propiedad fue el paradigma de todos los derechos. No sólo en la antigüedad, sino en el Estado burgués moderno la propiedad ha sido el punto de partida para el reconocimiento de las libertades políticas y para la existencia misma del Estado de Derecho.

Junto a la propiedad esta su acción jurídica por antonomasia la reivindicación. En todos los sistemas jurídicos la protección del propietario es fundamental dentro de las regulaciones civilísticas. Precisamente, del derecho civil se configuraron las principales instituciones del derecho administrativo, incluyendo la de propiedad. Por esta peculiaridad, es válido hablar del Estado como persona y de sus bienes como propiedad (García de Enterría, 2011, p. 43), sólo a manera de ejemplo, es la razón por la que es válido hablar de derechos reales administrativos. No obstante, la similitud entre estas diversas instituciones jurídicas

es indudable que la reinvindicación es compleja en él ámbito administrativo. En el caso que nos ocupa, es jurídicamente muy difícil que los Estados recuperen sus bienes culturales a pesar de que se demuestre su ilegal sustracción. ¿Cuál es la razón? Pregunta de complicada respuesta. Aparentemente se cuenta con la técnica jurídica, de siglos como se ha dicho, que la institución de la propiedad otorga. Sin embargo, el derecho administrativo en la materia que nos ocupa se encuentra en problemas al tratar de ejercer acciones legales en la recuperación de bienes tan importantes para nuestros países. Encontrar una sola respuesta válida no es posible, pero trataré de abordar algunas cuestiones jurídicas que pueden resultar útiles para enfrentar estas dificultades.

III. LAS SOLUCIONES INTERNACIONALES Y LA LIMITACIÓN DEL REGISTRO. El primer mecanismo de protección de bienes culturales de cualquier naturaleza es contar con un inventario. A nivel internacional, en la mayoría de los países, se prevén en sus legislaciones el registro de la totalidad o de una parte de su patrimonio cultural. Estos inventarios son fundamentales para que los Estados puedan conocer los bienes que debe proteger, también son indispensables para contar con un registro que permita su reivindicación. Para valorar el alcance y técnica de esta medida recurriré a la experiencia internacional para luego hacer algunos comentarios en lo referente a México.

III.1 EL INVENTARIO EN EL SISTEMA FRANCÉS. Pueden encontrarse antecedentes de protección a los monumentos históricos franceses desde 1887. No obstante, su principal esfuerzo regulatorio es la “Ley de 31 de diciembre de 1913 sobre Monumentos históricos”, la cuál se ocupa tanto de bienes inmuebles como muebles (José María Magán Perales, 2001, pp. 132 y ss.). Los efectos jurídicos de inscripción de bienes culturales son limitados, ya que se respeta la propiedad y los derechos inherentes a la misma. De esta forma, prácticamente los efectos se constriñen a identificar el bien y a controlar las acciones de modificación, reparación o restauración de este (*Ibidem*., pp. 134 y ss.). En la aplicación de su normatividad rige como criterio interpretativo el de “interés público” para la clasificación monumental; y, el de “interés suficiente” para ser considerado en el inventario (*Ibidem*., 135).

III. 2 EL INVENTARIO EN EL SISTEMA BELGA. El caso de Bélgica como Estado federal es atípico por su configuración multicultural. Según su Constitución del 17 de febrero de 1994, se compone de tres comunidades: francesa, flamenca y germanófona; de tres regiones: Walonia, Flandes y la región de Bruselas; y de cuatro regiones lingüísticas: la francesa, la holandesa, la alemana y la bilingüe de

Bruselas-capital. Esta peculiaridad se extiende a su sistema de inventarios de bienes culturales.

En la comunidad francófona es de aplicación la “Ley del 7 de agosto de 1931”(*Loc.Cit.*) que prevé la obligación de inventariar los bienes muebles de interés nacional desde el punto de vista artístico y que pertenezcan al Estado, provincias, ayuntamientos y establecimientos públicos. Los efectos del inventario sí son más contundentes: no puede realizarse ninguna reparación, restauración, cambio de posesión o enajenación sin la autorización correspondiente; son bienes inexportables; y, en caso de enajenación hay un derecho de preferencia para el Reino (*Ibidem*., p. 136).

Para la comunidad flamenca es aplicable el “Decreto del Consejo Flamenco de 17 de noviembre de 1982” que mantiene una obligación de inventariar a objetos y colecciones pertenecientes tanto a personas privadas como a personas públicas. Las exportaciones se permiten previa autorización. Es obligatorio conservar el bien en buen estado, avisar de cualquier deterioro, restauración o enajenación. Una peculiaridad muy especial de este inventario es que el registro es confidencial y no puede darse a conocer a terceros, ni siquiera a autoridades administrativas (*Ibidem*., p. 137). En el mismo sentido, para el caso de personas privadas el registro sólo puede hacerse a petición de parte. Como puede apreciarse, esta cualidad de confidencialidad puede resultar poco práctica dentro de los ámbitos de protección del derecho internacional.

III.3 EL INVENTARIO EN LUXEMBURGO. Conforme a la “Ley de 21 de marzo de 1966” se determinan dos niveles de tutela para los bienes culturales: la clasificación y la inscripción en el inventario. Con estas acciones se protegen los bienes otorgándoles la cualidad de inalienables e imprescriptibles (*Loc. Cit.*), para el caso de bienes pertenecientes a personas de derecho público. En cuanto a bienes que pertenecen a personas privadas, su transmisión puede llevarse a cabo previa notificación a la autoridad competente.

III.4 EL INVENTARIO EN EL SISTEMA ALEMÁN. En este país existe un doble sistema: a) el de clasificación, que tiene efectos constitutivos y es muy similar al francés, aplicable a algunos *Länder* (Ibidem., p. 138), como es el caso de Renania del Norte-Westfalia, Hessen, Renania-Palatinado, Hamburgo, Bremen y Berlín; y, b) el de *ipso jure,* con efectos meramente declarativos y que se genera con la sola notificación “para información”, como en Baviera, Baja Sajonia, Sarre, Renania-Palatino, Saarland y por último Hessen, Sajonia-Anhalt y Turingia, donde todo monumento se reputa protegido de por sí por la ley. Esta diferencia genera

dificultades prácticas en la protección de sus bienes culturales, al fundamentarse en sistemas diversos. No obstante, es innegable la gran cantidad de bienes culturales en este país y la enorme participación de los ciudadanos comunes en su preservación y difusión. De una u otra manera, su sistema funciona dentro de su complejidad.

III.5 El inventario en Holanda. Su "Ley de 22 de junio de 1961" protege todas las cosas de más de cincuenta años y que revistan un interés general por su belleza, significado científico o valor folclórico (*Ibidem*., p. 138). Para el caso de bienes muebles, en específico, existe la "Ley de 1 de febrero de 1884". Se crea un registro de "monumentos tutelados" en los que se incluye la motivación para la inserción de un bien con estas características. Sólo se toma el consentimiento de una persona en el caso de que sea el autor de la obra o haya introducido el bien en Holanda (*Ibidem*., p. 139).

III.6 El inventario en Reino Unido. Los edificios de interés histórico o arquitectónico y los monumentos antiguos, son ampliamente protegidos en Reino Unido por el *Town and Country Planning Act* de 1971. Los bienes que gozan de esta clasificación son incluidos en la *listed building.* Cabe señalar que esta protección no es extensiva a los bienes muebles (*Ibidem*., p. 140), ni aun encontrándose dentro de un inmueble de interés cultural. En ese sentido, por ejemplo, los hallazgos arqueológicos se reconocen al propietario del terreno. Los bienes culturales muebles sólo se regulan si pertenecen a colecciones públicas o hay un Acto del Parlamento que imponga restricciones precisas (*Ibidem*., p. 141).

III.7 El registro y el inventario en México. La "Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos" de 1972 crea un registro público para los monumentos arqueológicos, artísticos e históricos. Para el caso de bienes arqueológicos e históricos el registro depende del Instituto Nacional de Antropología e Historia; para bienes considerados como artísticos, el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura[2].

Los bienes culturales de propiedad pública obligatoriamente deben ser registrados por los institutos competentes. En el caso de bienes de propiedad privada, la ley establece la obligación de registrar los monumentos de su propiedad[3]. En el caso de inmuebles la cualidad monumental también debe

[2] Artículo 21 de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos. En lo sucesivo Ley de Monumentos.

[3] Se exceptúan los monumentos arqueológicos ya que, conforme al Art. 27 de la Ley de Monumentos, son propiedad de la nación, inalienables e imprescriptibles.

inscribirse en el Registro Público de la propiedad de su jurisdicción[4].

En ese sentido, la inscripción en los registros puede hacerse de oficio o a petición de parte. En el primer caso, debe notificarse previamente al interesado de manera personal[5]; en el segundo, el interesado deberá presentarse cumpliendo requisitos mínimos establecidos en el Reglamento de la Ley[6]. En este numeral, resulta importante destacar el derecho que tiene el particular para oponerse al registro del bien monumental de su propiedad. Esto resulta paradójico, sobre todo si consideramos que, en otros países, los particulares buscan la inscripción por los beneficios que la misma conlleva. En México, los efectos económicos y legales son más bien adversos al particular. La causa de esta paradoja es, en mucho, las malas prácticas burocráticas de las instituciones culturales y las restricciones presupuestales. Se dificulta la conservación del bien monumental, así como su enajenación o transmisión legal. Aunado a lo anterior, las autoridades burocráticas generalmente no cuentan con el presupuesto para ayudar a los particulares con la preservación, restauración o conservación de sus bienes. Quizá la única ventaja, en el caso de bienes inmuebles, sea la posibilidad que tienen los particulares de buscar la exención del pago del impuesto predial. En este caso, resulta fundamental modificar las prácticas institucionales para que los particulares vean más ventajas que desventajas en el contar con un bien registrado como monumento.

Regresando al registro. El hecho de que un bien este registrado como monumento, no determina su autenticidad[7]. Para los efectos de autentificación, en México, se sigue un procedimiento autónomo[8]. Finalmente, los actos traslativos de dominio deben notificarse al instituto competente para ser anotados en el registro correspondiente[9].

III. 8 LA NECESIDAD DE UN INVENTARIO INTERNACIONAL DE BIENES CULTURALES. Por los ejemplos aquí escogidos resultan evidentes los efectos distintos que en cada país implica el registro en un inventario de bienes culturales. Queda claro, que se trate del país de que se trate sus inventarios siempre serán incompletos; y que, de ninguna manera garantizan una posesión legítima de las personas o, peor aún, la autenticidad de los bienes. Si esto sucede a nivel nacional, ¿por qué insistir en registros dentro del ámbito internacional? Realmente, ¿los registros podrían

[4] Art. 22 de la Ley de Monumentos.
[5] Art. 23 de la Ley de Monumentos.
[6] Art. 21 del Reglamento de la Ley de Monumentos.
[7] Art. 24 de la Ley de Monumentos.
[8] Este procedimiento se encuentra previsto en el Art. 29 del Reglamento de la Ley de Monumentos.
[9] Arts. 25 y 26 de la Ley de Monumentos y Art. 17 del Reglamento de la misma.

llegar a ser útiles en la reivindicación de bienes culturales? La respuesta es que si, puesto que, si bien los registros no tienen uniformidad y además presentan serias insuficiencias, al menos son útiles para demostrar el origen de los bienes y su preexistencia en un país determinado. Desde este punto de vista, la existencia de registros puede considerarse como la medida mínima para la protección de los bienes culturales en el ámbito internacional, por eso es necesario el contar con inventarios para el uso de los distintos organismos internacionales y sus estados miembros.

IV. LA EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES DE PROPIEDAD PRIVADA. Los bienes culturales no siempre son propiedad estatal. Esta particularidad puede resultar benéfica ya que el Estado no tiene la capacidad económica para asumir la exclusividad en la tutela de este tipo de bienes (Paloma López Caceller, 2001, p. 23 y s.). No obstante, la ventaja puede convertirse en un mal cuando los particulares aprovechando su condición de dueños exportan bienes de interés cultural para los Estados.

En nuestro país lo ideal sería que esta facultad de expropiar de los particulares estuviera restringida al ser considerada como una modalidad a la propiedad privada. Es decir, que pudieran establecerse límites claros para expropiar considerando, excepcionalmente, las circunstancias para emitir la autorización de su salida del país. Para los monumentos considerados como artísticos o históricos, sólo en algunas de las declaratorias respectivas llegan a establecerse algunas de estas modalidades. Por ejemplo, autorizar la salida del país siempre y cuando el bien vaya a pertenecer a la colección de un museo o esté siempre a libre disposición para su estudio o difusión.

De manera histórica, los estados poderosos se han aprovechado de esta circunstancia para apoderarse del mayor número de bienes culturales posible. Sólo como ejemplo recordemos a Francia y las campañas napoleónicas; o Inglaterra y sus guerras coloniales; o en nuestro tiempo los EE.UU. y el patrimonio cultural de Irak.

Como una forma de evitar el progresivo empobrecimiento de los patrimonios culturales, los Estados han adoptado como esquemas clásicos: a) la prohibición de salida; y, b) la exigencia de autorización administrativa para la exportación (*Ibidem*., p. 25). En México la prohibición de exportación se realiza por ley o por decreto de declaratoria monumental. El problema de las leyes de exportación es que, conforme al principio de territorialidad, “sólo pueden hacerse valer en el territorio del estado que las dicta, lo cual les resta eficacia (*Loc. Cit*.)”.

En la actualidad existe la tendencia a fomentar el libre comercio de bienes culturales, con la finalidad de poner el acento en su conservación, estudio y acceso al público (*Ibidem*., p. 24). En nuestro caso, de manera desafortunada, una medida de esta naturaleza lo único que generaría sería un aumento en el saqueo de nuestro patrimonio.

En la Ley Federal sobre Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos se señala respecto a los monumentos históricos o artísticos de propiedad particular que se podrán exportar temporal o definitivamente mediante permiso del Instituto competente, en los términos del reglamento de dicha ley. En el caso de monumentos arqueológicos se prohíbe su exportación salvo canjes o donativos a gobiernos o institutos científicos extranjeros, por acuerdo del Presidente de la República[10].

También, dentro de la misma ley, se destaca que el Instituto Nacional de Antropología e Historia promoverá la recuperación de los monumentos arqueológicos de especial valor para la Nación mexicana, que se encuentren en el extranjero[11].

Por su parte, el reglamento de la ley señala que queda prohibida la exportación definitiva de los bienes artísticos de propiedad particular que de oficio hayan sido declarados monumentos[12].

Respecto de los bienes históricos se prohíbe la exportación definitiva de los siguientes: a) de los inmuebles construidos en los siglos XVI al XIX, destinados a templos y sus anexos; arzobispados, obispados y casas curiales; seminarios, conventos o cualesquiera otros dedicados a la administración, divulgación, enseñanza o práctica de un culto religioso; así como a la educación y a la enseñanza, a fines asistenciales o benéficos; al servicio y ornato público y al uso de las autoridades civiles y militares; los muebles que se encuentren o se hayan encontrado en dichos inmuebles; b) los documentos y expedientes que pertenezcan o hayan pertenecido a las oficinas y archivos de la Federación, de los Estados o de los municipios y casas curiales; y c) los documentos originales manuscritos relacionados con la historia de México y los libros, folletos y otros impresos en México o en el extranjero, durante los siglos XVI al XIX que por su rareza e importancia para la historia mexicana, merezcan ser conservados en el país[13]; d) los que no sean sustituibles; y e) aquellos cuya integridad pueda ser

[10] Artículo 16 de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos.
[11] *Loc.cit.*
[12] Artículo 32 del Reglamento.
[13] Artículo 33 del Reglamento en relación con el artículo 36 de la Ley.

afectada por su transportación o por variarse las condiciones en que se encuentren[14].

En el mismo sentido, se prohíbe la exportación temporal de los monumentos artísticos o históricos de propiedad particular cuya integridad pueda ser afectada por su transportación o por variarse las condiciones en las que se encuentren[15].

En lo que concierne a los monumentos arqueológicos, queda prohibida su exportación definitiva, salvo canjes o donativos a gobiernos o institutos científicos extranjeros, por acuerdo expreso del Presidente de la República. La exportación temporal sólo se autorizara con fines de exhibición en el extranjero y cumpliendo los siguientes requisitos: a) se requiere permiso previo del titular de la Secretaría de Educación Pública, mismo que escuchará la opinión de la Secretaria de Relaciones Exteriores y del Instituto Nacional de Antropología e Historia; b) la Secretaría de Relaciones Exteriores adoptará las medidas necesarias para que los monumentos sean trasladados tanto de ida como de regreso; y, c) el Instituto Nacional de Antropología e Historia embalará y hará el avaluó correspondiente con la finalidad de que las obras vayan debidamente aseguradas[16].

Si bien, como reglas generales, estas disposiciones son completas, el problema que subsiste es el de la constitucionalidad de la Ley en virtud de que las modalidades en materia de protección del patrimonio cultural no están reconocidas por la Constitución[17].

Con estas disposiciones terminarían las restricciones en materia de exportación de bienes culturales conforme a la normatividad mexicana vigente. Ahora bien, respecto a la autorización para la exportación temporal, deben cumplirse los siguientes requisitos: a) llenar el formato que para el efecto tenga el instituto competente; b) otorgarse fianza a favor y entera satisfacción del instituto competente, que garantice el retorno y conservación del monumento; c) el plazo será determinado por el Instituto competente tomando en consideración la finalidad de la exportación temporal[18].

V. ALGUNOS MECANISMOS PARA LA DESMOTIVACIÓN DE EXPORTACIÓN. Uno de los mecanismos para desmotivar la salida de bienes culturales podría ser cobrar

---

[14] Artículo 33 del Reglamento.

[15] Artículo 34 del Reglamento.

[16] Artículo 37 Bis del Reglamento. Prácticamente en la totalidad de los casos el propio Instituto Nacional de Antropología e Historia es el que tramita y paga el seguro respectivo.

[17] Esta es una de las grandes omisiones en el sistema jurídico mexicano. La reforma al artículo 27 Constitucional realmente sería de suma utilidad práctica para los efectos de protección, conservación y difusión de los bienes culturales.

[18] Artículos 35, 36 y 37 del Reglamento.

un impuesto especial (Paloma López, p. 35) que sea lo suficientemente oneroso, como para integrar un fondo destinado, de manera exclusiva, a la adquisición de bienes culturales. Algo similar a los famosos impuestos verdes creados en materia ambiental.

Otra medida, un poco más agresiva para los particulares, es que, en un momento dado, “la denegación del permiso de salida puede conllevar la adquisición por la Administración del bien que se pretendía exportar (*Loc.Cit*.)”. El problema en México para imponer esta medida sería no sólo la falta de reconocimiento de las modalidades en la materia, sino la necesidad de reformar tanto la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos así como la legislación fiscal y financiera aplicable. Unido a lo anterior, se requeriría de un presupuesto especial a destinarse para estos efectos. Si bien, este presupuesto podría integrarse con lo señalado en el párrafo anterior, aún así, considero poco probable contar con los recursos suficientes para hacer válida esta facultad. Al menos en México, quizá una política como la anterior motivaría un aumento en el mercado negro.

Esta prerrogativa estatal no debe confundirse con el derecho del tanto, pues no existe voluntad alguna del dueño para vender; si bien existe una preferencia de adquisición, esta se presenta en circunstancias distintas. Como un ejemplo de lo anterior, tenemos el artículo 33 de la “Ley de Patrimonio Histórico Español” que señala que siempre que se formule solicitud de exportación, su declaración de valor hecha por el solicitante será considerada oferta de venta irrevocable a favor de la Administración quién, de no autorizar la exportación, dispondrá de seis meses para aceptar la oferta. En el derecho español no se habla del derecho del tanto, sino de *oferta irrevocable de venta,* institución jurídica para nosotros desconocida.

La declaración de valor del bien por parte de la solicitante, a decir de Paloma López-Carceller, tiene la siguiente ventaja: “Esta previsión contribuye a disminuir los riesgos de fraude. Al solicitante no le convendrá ni infravalorar el bien para pagar una cantidad menor en concepto de tasa, porque entonces la Administración aceptará la oferta de venta, ni inflar el valor del bien para eludir esta adquisición, porque entonces la cantidad a pagar como consecuencia de la tasa será muy alta. Deberá pues, ajustar la declaración al valor real del bien” (*Ibidem*., p. 37).

Esta medida, quiérase o no, tiene más bien un carácter expropiatorio (*Ibidem*., p. 39). En su caso, de una expropiación especial o de una transferencia coactiva. Dentro del derecho administrativo hay diferencia entre ambas.

> Así, las transferencias coactivas no se someten al procedimiento específico previsto para la expropiación, sino que operan como *contratos forzosos*, que se prevén con carácter general, que suelen tener por objeto bienes muebles, y que, a diferencia de la expropiación, no conllevan una mutuación en el destino del bien, sino que éste, pese a pertenecer a la Administración, va a ser destinado a los mismos fines a los que hubiera servido de continuar en manos privadas. Mientras que la expropiación se justifica por la incompatibilidad entre un derecho de propiedad existente y una concreta causa de utilidad pública o interés social que impone el sacrificio de aquel derecho, las transferencias coactivas pueden estar motivadas por múltiples razones, entre ellas, la vocación de la administración a la titularidad de un tipo de bienes con un inequívoco destino público (*Ibidem*., p. 40)".

A pesar de estas diferencias, no cabe duda de que el interés social o la utilidad pública hacen que esta figura se aproxime más a una expropiación especial.

VI. PROBLEMAS COMUNES EN LA EXPORTACIÓN. A nivel internacional, en lo que concierne a la exportación de bienes muebles culturales, existen algunos problemas comunes mismos que se tratarán en el presente apartado.

VI.1 LAS PROHIBICIONES DE EXPORTACIÓN. La regla general es la exportación definitiva como prohibida. La exportación temporal y las permutas se encuentran permitidas (Ibidem., p. 27). En México hay dos niveles de reglas en las que se establecen las prohibiciones de exportación: a) la de la ley y su reglamento, que ya hemos visto con anterioridad; y, b) la de los decretos de declaratoria monumental en específico. El problema que para nosotros se mantiene vigente es la falta de claridad de nuestras normas para las autoridades aduanales encargadas de autorizar estos trámites. En el mismo sentido, el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura y el Instituto Nacional de Antropología e Historia no han trabajado en formatos unificados para la autorización de exportaciones.

Sólo como un ejemplo dentro del derecho comparado, en España, los bienes se clasifican en declarados de interés cultural y en inventariados. En el primer caso, los bienes se consideran como inexportables; en el segundo, se puede dar la exportación previa y expresa autorización de la autoridad administrativa (Concepción Barrero, 1990, p. 618). Esta distinción es importante pues dependiendo del valor cultural del bien se determina el diferente carácter, absoluto o relativo, de la prohibición de exportar.

VI.2 LA "LIBRE EXPORTACIÓN". Hay libre exportación para bienes que no sean

declarados como de interés cultural. En México, la libre exportación se aplica sólo a bienes que no hayan sido declarados monumentos, por determinación de la ley o por decreto.

VI.3 Las "Exportaciones especiales". Evidentemente, la principal exportación especial es la temporal (Paloma López, p. 43). La exportación temporal en México es principalmente autorizada para exposiciones internacionales. Para el caso de monumentos históricos y arqueológicos, conforme a la ley, tienen prohibición expresa para ser exportado, salvo las excepciones previstas en la propia ley.

Los monumentos artísticos e históricos pueden ser exportados temporal o definitivamente, sólo mediante permiso expedido por el instituto competente. En el caso de monumentos arqueológicos se permite la exportación temporal para exposiciones y la definitiva sólo en el caso de canjes o donativos a gobiernos o institutos científicos extranjeros, por acuerdo del Presidente de la República.[19]

Respecto a las sanciones, la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos prevé en su artículo 53 que al "que por cualquier medio pretenda sacar o saque del país un monumento arqueológico, artístico o histórico, se le impondrá prisión de dos a doce años y multa de cien a cincuenta mil pesos". Uno de los principales problemas de los denominados como delitos especiales, de naturaleza federal, es que en los hechos son desconocidos por los Ministerios Públicos Federales encargados de perseguir de oficio dichos delitos. Aunado a lo anterior, las multas de los delitos no han sido actualizadas y los tipos penales no tienen la claridad suficiente para ser aplicados sin problema alguno.

VII. Las consecuencias jurídicas de las exportaciones ilícitas. Es fundamental el regular algunas de las posibles consecuencias de naturaleza jurídica que podrían generarse por una exportación ilícita.

VIII. La permuta internacional de bienes culturales. Esta figura, hasta fecha reciente, no tenía parangón alguno en el derecho comparado. En España su "peculiaridad se debe a que implica simultáneamente una exportación definitiva y una importación de bienes culturales, exportación e importación que se someten al régimen general (Paloma López, p. 46)". Esta figura se encuentra regulada en el derecho español desde 1933. Para que la permuta pueda llevarse a cabo se requiere de la aprobación de diversos órganos colegiados, pero principalmente,

[19] Art. 16 de la Ley de Monumentos.

conforme al artículo 34 de la Ley de Patrimonio Histórico Español que “el bien que se importe sea de, al menos, igual valor y significado histórico que el exportado”. A mi parecer, la aplicación práctica de esta medida en México no sólo sería muy limitada, sino también, y más importante aún, muy problemática por la valuación de bienes culturales, la falta de catalogación y la aprobación, forzosa, de su órgano colegiado. Resultaría interesante ver cómo funciona en la práctica, en otros países, dicha figura jurídica.

En México, nuestra legislación no hace referencia a la permuta, pero si a la noción de canje[20]. Desde mi punto de vista, resulta ser más aceptado dentro de la terminología jurídica el concepto de permuta.

IX. La reinvindicación dentro del Derecho Internacional Privado y la norma de conflicto aplicable. El método del Derecho Internacional Privado se sigue utilizando para el caso de bienes culturales y de países no firmantes de Tratados Internacionales en la materia (Paloma López, p. 48 y s.). En nuestro derecho civil no existe una expresión específica para regular este tipo de problemas. El tratamiento de monumento debería ser fundamental para cada propietario. En México, en estricto sentido sólo podrían ser objeto de una reivindicación algunos monumentos artísticos o históricos.

Pasando a otro aspecto, la norma de conflicto que determina la legislación aplicable a los derechos reales sobre bienes muebles es la *lex rei sitae*, es decir, la ley del lugar en donde se hallen físicamente los bienes (*Ibidem.,* p. 49.). Las razones para justificar la *lex rei sitae* son, de manera fundamental, la seguridad de las transacciones y el principio de efectividad (*Ibidem*., p. 50 y s.). Seguridad, puesto que desde el inicio el derecho del lugar es el único conocido por las partes interesadas. Efectividad, por la aplicación inmediata del ordenamiento jurídico en el que se encuentre el bien, aplicando las medidas cautelares que se consideren oportunas (*Loc.Cit*.). El problema se presenta en la movilidad que conllevan los bienes muebles, lo que complicaría la aplicación de la norma de conflicto.

Cabe aclarar que la *lex rei sitae*, al igual que las otras normas de conflicto, se caracteriza por su neutralidad. Esa neutralidad, me pregunto, ¿es conveniente para el caso de bienes culturales?; ¿no sería más pertinente, crear una regla especial para estos casos? (Ver casos prácticos de las páginas 52 y 53, Paloma Carceller)

No obstante, la regla *lex rei sitae* se aplica de manera distinta dependiendo

[20] Art. 16 de la Ley de Monumentos.

del sistema jurídico en que se aplique. La falta de un criterio unificado en esta materia contribuye al robo de bienes culturales. Estas características hacen que los traficantes de bienes culturales escojan los países en los cuales pueden llevar a cabo sus actividades ilícitas, esta conducta podría calificarse, incluso, como fraude a la ley (Paloma López, p. 54). Sobre el particular, Paloma López-Carceller, tiene la siguiente propuesta:

> Para superar este problema se ha propuesto en la doctrina la sustitución de la *lex rei sitae* por otra de conflicto que remita al ordenamiento jurídico del Estado de origen del bien; esta sustitución podría basarse en el principio de cooperación internacional en materia de protección del Patrimonio cultural, derivado de la Convención de París sobre las medidas para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia ilícitas de bienes culturales, de 1970 (*Loc. Cit*.).

La misma Paloma López-Carceller, señala que las *cláusulas de aplicación necesaria* también permiten aplicar las normas del Estado de origen del bien (*Loc. Cit.*). Desde mi punto de vista, esto debería proponerse en los Tratados Internacionales. Aún así, dándole competencia a las normas del Estado de origen de los bienes culturales no garantiza su reivindicación, cuando las legislaciones protectoras del patrimonio son omisas en el tema. En consecuencia, se puede comenzar regulado esta materia por las legislaciones locales.

X. La protección del adquiriente de buena fe. Las soluciones dadas al conflicto entre propietario desposeído y poseedor de buena fe varían enormemente de un país a otro (*Ibidem*., p. 55). Por ejemplo, en Italia el Artículo 1153 del *Codice Civile* protege de manera prácticamente absoluta al poseedor de buena fe (*Ibidem*., p. 56). No obstante, es necesario distinguir si la desposesión se hizo de manera voluntaria o por medio de una acción involuntaria como pérdida o robo (*Loc.Cit*.). Técnicamente, podemos usar los principios de la accesión. Lo equitativo sería pagar una indemnización al poseedor de buena fe. Algo que podría ser de ayuda es este aspecto, para su control, es la catalogación de los bienes culturales. Lo que resulta claro es que las reglas aplicables a la posesión de bienes muebles en materia civil, no puede aplicarse a los bienes culturales. Como señala Paloma López- Corceller: en “definitiva, cuando se trate de bienes culturales, debería permitirse la reivindicación del propietario original en todos los casos”(*Ibidem*., p. 58). Esta es la postura del actual Código Civil Holandés, “cuyo Art. 86ª, del libro III, establece dos exepciones al sistema de adquisición *a non domino* consagrado en su Art. 86: en general, cuando se trate de bienes culturales protegidos por la ley

holandesa para la conservación del Patrimonio cultural o que tengan prohibida la exportación; en particular, cuando sea un Estado el que reclame la restitución del bien cultural conforme al procedimiento previsto en la Directiva 93/7/CEE" (*Loc. Cit.*).

El problema de la indemnización es que puede convertirse en un obstáculo para la reivindicación (*Ibidem*., p. 60). Sobre todo, pienso en nuestro país en donde la falta de presupuesto para esta materia podría convertirse en un problema de difícil resolución. De hecho, en la actualidad, la figura de la expropiación, que técnicamente es más avanzada, prácticamente a caído en desuso, entre otras circunstancias por esta carencia presupuestal.

XI. LA LEGITIMACIÓN DEL ESTADO DE ORIGEN EN DEFENSA DEL INTERÉS GENERAL. En lo general, el Estado sólo esta legitimado para reivindicar el bien cuando sea titular de un derecho de propiedad sobre el mismo (*Ibidem*., p. 62). También resulta habitual en el derecho comparado, la declaración legal de pertenencia al Estado de los bienes que integran el patrimonio arqueológico. Esta adquisición se denomina como *ex lege* (*Loc.Cit*.) y se aplica, siempre y cuando, el *inter* adquisitivo se haya completado antes de la salida del bien de su territorio.

En algunos países, como en el caso de España[21], por disposición de la ley, los bienes exportados ilegalmente pasan a formar parte de los bienes del Estado (Paloma López, p. 63). Una vez más nos encontramos ante el problema de la legitimación del Estado. En México, la Ley Federal sobre Monumentos Arqueológicos, Artísticos e Históricos, si bien otorga competencias, en materia de monumentos artísticos al Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura; y, en materia de monumentos arqueológicos e históricos, al Instituto Nacional de Antropología e Historia, no prevé medidas concretas de naturaleza cautelar o precautorias para el caso de afectación de bienes culturales. Sin este tipo de consideraciones, es obvio pensar, que tampoco se consideran medidas definitivas como las descritas para España.

XII. LA NECESARIA CREACIÓN DE PRINCIPIOS INTERNACIONALES . Por lo hasta aquí señalado, considero como indispensable trabajar a nivel internacional en la creación de principios generales, de naturaleza jurídica, que permitan consensos técnico-jurídicos previos para lograr unificar los contenidos de las respectivas leyes nacionales.

Evidentemente, estos principios deberán privilegiar el carácter de bienes

[21] Art. 29 de la Ley de Patrimonio Histórico Español.

culturales, así como reconocer la legitimación de los Estados con bienes ilícitamente exportados, se proponen como punto de partida los siguientes:

A) Principios jurídicos no problemáticos. Es decir, se trata de aquellos que de inicio pueden ser aceptados por todos los países:

1. “No es legal aprovecharse de la vulnerabilidad de un país para apropiarse de sus bienes culturales”.

2. “Siempre debe salvaguardarse el contexto físico de los bienes culturales”.

3. “Debe conservarse el bien en su integralidad”.

4. “No deben desplazarse los bienes culturales de su lugar de origen, salvo para su difusión o conservación con autorización de Estado originario”.

5. “Los bienes apropiados por excavaciones ilícitas son propiedad de los Estados originarios”.

B) Principios jurídicos problemáticos. Se trata de puntos de partida que, en su caso, pueden ser contrarios a cierta tradición jurídica en lo particular o a los intereses de un Estado. Por esas características, su uso debe ser cuidadoso y escuchando los puntos de vista discordantes:

1. “Se considera robado un bien cultural obtenido de una excavación ilícita”.

2. “En el caso de bienes culturales exportados ilícitamente la buena fe debe demostrarse por el poseedor”.

3. “La retroactividad puede ser válida en la recuperación de bienes culturales exportados ilegalmente pues su valor afecta a una colectividad y a la historia de un país”.

4. “La carga de la prueba siempre operara en contra del poseedor de un bien cultural ilícitamente obtenido”.

Cabe aclarar, que los principios jurídicos anteriores se encuentran en construcción, es decir, aún no hay acuerdo alguno sobre su número y redacción definitiva. En su caso, es una propuesta que emito para iniciar una discusión sobre el tema. Parte del trabajo que puede hacerse con los distintos estados miembros de la UNESCO es acordar, precisamente, su redacción y alcance definitivo.

La posible aprobación de los principios jurídicos antes referidos puede ser útil para incidir en las legislaciones nacionales concretas o en los instrumentos jurídicos internacionales, referentes al tráfico ilícito de bienes culturales.

XIII. CONCLUSIONES. Quizá la conclusión más relevante que podemos dar del presente ensayo es que los bienes culturales y su regulación jurídica, no sólo para el caso de la reivindicación, deben evolucionar de manera autónoma. En efecto, muchos de los problemas prácticos que sobre el particular hay son por tratar

de aplicar, sin considerar la naturaleza de los bienes culturales, reglas del derecho civil a cuestiones de derecho administrativo propias del patrimonio cultural.

Adicionalmente, que es imperativo que trabajemos en América Latina respecto a la reinvindicación de nuestros bienes culturales, adecuemos nuestra legislación interna y discutamos sobre los principios jurídicos que pueden aplicarse en estos temas.

La regulación jurídica del patrimonio cultural se encuentra más allá de las soluciones que el derecho privado propone. En ese sentido, aún es necesario trabajar en soluciones institucionales mejores que las que actualmente tenemos.

XIV. BIBLIOGRAFÍA.

- Alvarez Alvarez, José Luis. *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985.* Madrid, Editorial Civitas, 1989. 898 pp.
- Barrero Rodríguez, Concepción. *La ordenación jurídica del patrimonio histórico.* Pról. Alfonso Pérez Moreno. Madrid, Editorial Civitas-Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, 1990. (Col. Monografías) 736 pp.
- Carrancho Herrero, María Teresa. *La circulación de bienes culturales muebles.* Madrid, Universidad de Burgos- Editorial DYKINSON, 2001. 182 pp.
- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo.* 12º Ed. Bogotá, Palestra-TEMIS, 2011. 2 Vól.
- García Fernández, Javier. *Estudios sobre el Derecho del Patrimonio Histórico.* Madrid, Fundación Registral- Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008. 684 pp.
- López-Carceller Martínez, Paloma. *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados.* Valencia, *Tirant lo Blanch*, 2001. 128 pp.
- Magán Perales, José Mª. A. *La circulación ilícita de bienes culturales.* Valladolid, Editorial *Lex Nova,* 2001. (Col. Derecho Público; Núm. 12) 526 pp.

* La parte esencial de este artículo fue presentada por el autor, en representación de México, en la 19 Sesión de la Comisión de la Prevención del Crimen y Justicia Criminal de las Naciones Unidas el 18 de mayo de 2010 en la ciudad de Viena, Austria, así como en la 16ª reunión del Comité Intergubernamental de la UNESCO para la Promoción del Retorno de los Bienes Culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita (PRBC) que tuvo lugar del 21 al 23 de septiembre de 2010 en la sede de la UNESCO en Paris, Francia. Cabe señalar, que las opiniones vertidas en este estudio son responsabilidad

exclusiva del autor y por consiguiente no representan el punto de vista oficial de institución alguna.