

Introducción al tráfico ilícito de bienes culturales

Névil Antonio Montenegro Delgado*

Introducción

El tráfico ilícito de bienes culturales es, según algunos autores, el segundo mayor tráfico ilícito en el mundo, después del de drogas,¹ con un estimado de movimiento de 10 billones de dólares anuales, en muchas ocasiones con vínculos con el lavado de dinero, la evasión de impuestos e, incluso, el terrorismo.² Los Estados afectados se ven incapaces de proteger sus bienes, debido, entre otros aspectos, a su limitación de recursos, al desarrollo tecnológico y coordinación de los traficantes, así como a la falta de herramientas jurídicas idóneas y de voluntad política, sobre todo de los países llamados “mercado”.

El presente estudio buscará reflexionar sobre el tráfico ilícito de bienes culturales, desde el desarrollo del concepto de “bien cultural” has-

ta algunos de los principales instrumentos jurídicos con los que se cuenta en la actualidad. La mayor parte de aseveraciones del presente artículo son fruto de la experiencia en el trabajo que el autor viene haciendo en la lucha contra el tráfico de bienes culturales en nombre del país, especialmente, en el Comité Subsidiario de la Convención de 1970.

El bien cultural

Evolución del concepto

El concepto de “bien cultural” ha tenido una elaboración o desarrollo histórico. En un primer momento, la producción cultural histórica ha sido definida por aspectos de índole religioso, mítico, de culto al rey o a personajes importantes. La necesidad de conservar o proteger dichos bienes estaba relacionada con la vigencia del interés religioso, mís-

* Segundo Secretario del Servicio Exterior Ecuatoriano en la Delegación del Ecuador ante la Unesco - París.

1 Lenzner, Nina. « The Illicit International Trade in Cultural Property: Does the Unidroit Convention Provide an Effective Remedy for the Shortcomings of the Unesco Convention, 1994 ». En : Journal of International Law, Vol. 15. 473

2 Africa-EU Partnership. « Morocco-Africa-EU-Workshop on the fights against illegal trafficking of cultural goods ». En : <http://www.africa-eu-partnership.org/newsroom/all-news/morocco-africa-eu-workshop-fight-against-illegal-trafficking-cultural-goods>

tico, o de culto a la persona. La conservación de los bienes no se basaba en el valor intrínseco de los bienes culturales. En tiempos de guerra, las naciones destruían los bienes culturales del enemigo como un signo de victoria y superioridad sobre la otra nación o para mostrar la preminencia de un dios, religión, o culto, sobre aquellos del pueblo conquistado. En los siglos XVII y XVIII, el bien cultural es concebido desde la perspectiva imperio-cultura, en donde se marca una diferencia entre el imperio o potencia colonizadora y el colonizado.³

Los bienes culturales empiezan a ser apreciados como objetos que, desde la visión del imperio, hacen parte de todo lo que el imperio puede procurarse de los territorios colonizados, sin tener que responder por ello ante ninguna corte o juez. Los bienes culturales cobran un valor intrínseco, pero desprovisto de su característica patrimonial nacional. Con esta visión, los últimos siglos fueron testigos del traslado de joyas de la cultura de muchas naciones hacia los museos y manos particulares de los Estados o potencias colonizadoras.

Conceptos más modernos hablan de una visión doble del bien cultural. Por un lado, un bien social al servicio de la mejora de las

condiciones de la ciudadanía; y, por otro lado, un bien de consumo o mercancía (que por ende puede ser objeto de comercialización), que, adicionalmente, dan al bien una concepción de cultura de corte comunitaria con énfasis en lo local, para ser vivida, y no para ser consumida.⁴ Aunque en este concepto no se configura la calidad patrimonial del bien, y, más bien, se refiere a objetos que pueden ser comercializados legal y lícitamente, tal podría ser el caso de una obra de arte, una pintura o una artesanía, cuyas transacciones, en general, gozan de la protección de los distintos marcos nacionales.

Otros autores piensan en estos bienes como “Obras de arte que son considerados como parte del patrimonio cultural, la historia o la etnicidad de una nación”. Sin embargo, el término “obras de arte” podría ser un poco restrictivo para lo que ahora se comprende por bien cultural; y, una separación entre el concepto de patrimonio cultural, la etnicidad y la historia, como sugiere esta definición, desproveería también, al patrimonio de algunas de sus características, como veremos más adelante. Otros conceptos más avanzados conciben al bien cultural como un bien que forma parte del patrimonio cultu-

3 Oteiza, Aravena Rodrigo, “¿Qué es el bien cultural? Elementos para una crítica a las políticas culturales chilenas 2005-2010. El caso del Parque Cultural ex cárcel de Valparaíso” Tesis para grado, Universidad de Chile – Facultad de Artes Departamento de Teoría de las Artes, 2011. 18. En: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2011/ar-oteiza_r/pdfAmont/ar-oteiza_r.pdf.

4 *Ibid.* 9.

ral, inalienable e irrenunciable, de un país o nación, y que no puede ser objeto de comercio.

El bien cultural se diferencia de la propiedad cultural, en que el primero expresa una forma material de herencia que debe ser guardada de manera segura y entregada a las generaciones futuras, mientras que el segundo incluye también elementos inmateriales de la cultura como el baile, el folclore, etc.⁵, así como objetos de arte de transacción legal, que no forman parte, necesariamente, del patrimonio cultural inalienable e irrenunciable de un país.

La idea del tiempo no está estrictamente ligada al bien cultural, aunque, en ciertos casos, se lo toma en consideración, como, por ejemplo, la Unión Europea en el anexo que acompaña su regulación 3911/92, adoptada por el Consejo de Ministros sobre la exportación de bienes culturales, en el cual aborda los criterios para la calificación de un artículo como un objeto cultural, propone entre los elementos para dicha calificación, la edad del objeto (que puede variar de 100 hasta 50 años mínimo), para poder ser llamado objeto cultural (o bien cultural).⁶

El concepto del bien cultural en la legislación internacional y nacional

La Convención de La Haya por la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, y de su primer protocolo (1954), en su artículo 1 presenta una lista de los objetos que deben ser considerados como bienes culturales; entre ellos, los muebles o muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer dichos objetos, y los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados. De esta lista, podemos rescatar el criterio de la materialidad del bien cultural y su “gran importancia” para el patrimonio cultural de los pueblos.

*La Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de 1970, de la UNESCO.*⁷ Rescata la importancia y la ubicación del patrimonio cultural en la identidad de cada pueblo. El artículo 1 de esta Convención establece como bienes culturales:

5 Manlio Frigo. *Cultural property V. Cultural Heritage: A “Battle of Concepts” in international law?* Volúmen 86. En: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_854_frigo.pdf, junio 2004: 369

6 *Ibid.*, 374-375.

7 UNESCO. “Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, 1970, (Convención de 1970)”.

(...) los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación: (...),⁸

y enseguida pasa a designar dichas categorías.⁹

De aquel primer párrafo, podemos inferir que para que un bien sea considerado como cultural, a más de constar en la lista determinada en ese artículo, es necesario que reúna las siguientes características:

- Que sea un objeto: Esto descarta consideraciones de índole inmaterial.
- Que haya sido expresamente designado por un Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia.
- Que dicha designación haya sido por razones religiosas o profanas.- Esto permite abrir el espectro de consideración del bien cultural, no solo por índole religioso sino también por otras motivaciones.

Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente. Define como bienes culturales a los bienes que, por razones religiosas o profanas, revisten importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, y que pertenecen a alguna de las categorías enumeradas en el anexo de dicho Convenio.¹⁰

La Constitución del Ecuador. La Constitución concibe al patrimonio cultural como irrenunciable que forma, por ende, parte del acervo jurídico material e inmaterial del país. El artículo 21 garantiza el "(...) derecho a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural".¹¹

La expresión "memoria histórica" puede referirse tanto al patrimonio inmaterial, tradiciones, costumbres, usos, ritos, lengua, etc., así como al patrimonio cultural material. El derecho a acceder al patrimonio cultural implica poder tener el bien al alcance del ciudadano, en su territorio. No se puede aceptar, bajo esta garantía, que dichos bienes se encuentren en otro país, salvo acuerdo contrario, por razones específicas y por un tiempo limitado, entre el Estado propietario y el Estado usuario del bien. Dicho acuerdo debería ser siempre excepcional, puesto que

8 UNESCO. "Convención..."

9 Ibid.

10 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 de junio de 1995).

11 Asamblea Constituyente. Constitución del Ecuador, 2008.

cuando un bien se encuentra en otro país, se menoscaba el derecho de los ciudadanos de acceder a su patrimonio cultural, y se beneficia a los residentes o visitantes del otro país.

Adicionalmente, el desplazamiento del bien a otro país impide a los ciudadanos del Estado de origen a conocer e interactuar con la memoria histórica de su país, y, en algunos casos, impide la continuación de la práctica de la celebración de un rito o tradición que utiliza el bien exportado.

La Codificación de Ley del Patrimonio Cultural del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial 465 de 19 de noviembre de 2004,¹² opta por numerar los bienes que son considerados como patrimonio cultural, conforme lo indica su artículo 7 y el artículo 9.

Esta lista incorpora tres figuras recientes como partes de los bienes culturales:

- Su entorno ambiental y paisajístico necesario para proporcionarle una visibilidad adecuada, los cuales deben conservar las condiciones de ambientación e integridad en que fueron construidas las obras de la naturaleza cuyas características o valores hayan sido rescatados por la intervención del hombre.
- Otro tema incorporado en la legislación ecuatoriana es el de-

terminado en la segunda parte del párrafo i de este artículo 7 que se refiere a las obras de la naturaleza que tengan interés científico para el estudio de la flora, la fauna o la paleontología.

- El bien que sea producto del patrimonio cultural ecuatoriano, pasado o presente, que haya sido declarado como tal por el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, sin consideración a su situación legal patrimonial actual.

Estas tres figuras constituyen un progreso en la legislación nacional que reforzará el ámbito de protección del patrimonio cultural del Estado.

Definición del autor

Sin ánimo de ser exhaustivo, podríamos decir, que un bien cultural (parte del patrimonio cultural), es un bien material, mueble o inmueble, que por razones religiosas, históricas, artísticas, antropológicas, etnológicas, arqueológicas, científicas, literarias o culturales, forma parte del patrimonio nacional cultural irrenunciable de un Estado, designado de manera expresa o no, y que es objeto de protección por la legislación nacional y/o internacional.

¹² H. Congreso Nacional, "Ley de Patrimonio cultural", Codificación, Codificación 27. En: *Registro Oficial Suplemento 465*, de 19 de noviembre de 2004.

La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales

El tráfico ilícito de bienes culturales, como se dijo previamente, se ha convertido en uno de los mayores tráficos ilícitos del mundo entero. Nuevas técnicas y herramientas informáticas desarrolladas con tecnología de vanguardia permiten acordar robos de bienes culturales al pedido por catálogo, subastas por internet, etc., exponenciando el impacto destructivo que provoca este comercio ilícito en el patrimonio cultural mundial.

Sin embargo, el tráfico de bienes culturales no es un fenómeno reciente en la historia de la humanidad, se tiene conocimiento de denuncias tan antiguas como la contenida en uno de los documentos legales más antiguos en Egipto del tiempo de los faraones, el Papiro Amherst que data del año 1134 antes de Cristo.¹³

Tal vez la actualidad del tratamiento de este delito se debe a su crecimiento vertiginoso. El mercado de la cultura y el arte se ha transformado en un sector activo y protagonista de la economía en el cual los inversionistas tratan de obtener la mayor cantidad de beneficios posibles en el menor tiempo posible. La creciente demanda

de bienes culturales profundiza el problema, mientras mayor es la demanda, mientras más suministradores de materia prima, los traficantes e intermediarios de todo tipo se apresurarán más para satisfacer dicha demanda, y si el objeto es considerado raro, la especulación del mercado es feroz.¹⁴

Pierre Tabel, antiguo jefe de la Oficina Central de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales (OCBC), indica: “La demanda se ha vuelto muy fuerte y el mercado lícito apenas logra satisfacerla, el tráfico ilícito ha venido a compensar la oferta faltante”. Tomando en cuenta la insatisfacción de la oferta por la demanda que crece exponencialmente, la especulación sobre los mercados de bienes culturales ha trasladado las transacciones al mercado internacional ilícito.¹⁵

Instrumentos jurídicos internacionales

*La Convención de La Haya por la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado y de su primer protocolo (1954)*¹⁶

Llama a los Estados a preparar la salvaguarda del patrimonio cultural durante los tiempos de paz (Art. 2), respetarlos en todo lugar, luchar contra su tráfico o vandalismo, a no

13 ICOM, *The Illicit traffic of cultural property throughout the world, 1997*. En: <http://www.museum-security.org/illlicit-traffic.htm>.

14 Ibid.

15 P-Gou, *Le trafic illicite des biens culturels comme phénomène mondialisé, Mémoire*, 2011. En : <http://www.ihei.fr/wp-content/uploads/2011/10/M%C3%A9moire-P.-Gout.pdf>

16 UNESCO, TEXTO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA POR LA PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO, Y DE SU PRIMER PROTOCOLO, 14 de mayo de 1954, <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/the-hague-convention/text-of-the-convention-and-its-1st-protocol/>

confiscar dichos bienes situados en territorio de otra Alta Parte Contratante (Art. 4), y a protegerlos en caso de ocupación (Art. 5).

La experta Cecilia Bakula considera que la Convención para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, conocida comúnmente como la Convención de La Haya de 1954, puede ser considerada como un documento antecesor a la Convención de 1970.¹⁷

*El Protocolo a la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 1954*¹⁸

Llama a las Altas Partes Contratantes a impedir la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado por ella durante un conflicto armado, a proteger los bienes culturales importados en su territorio (Art. 2), devolver, al término de las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio anteriormente ocupado, los bienes culturales que se encuentren en el suyo, si dichos bienes han sido exportados en contravención del principio establecido en el párrafo primero (Art. 3), e indemnizar a los poseedores de buena fe de los bienes culturales que hayan de ser devueltos con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente. (Art. 4).

El Segundo Protocolo a la Convención de 1954

En su artículo 1 indica que por tráfico “ilícito” se entenderá realizado bajo coacción o de otra manera, en violación de las reglas aplicables de la legislación nacional del territorio ocupado o del derecho internacional.¹⁹ Este instrumento desarrolla la necesidad de implementar medidas preparatorias durante los tiempos de paz.²⁰ El artículo 9 llama a los Estados que ocupen total o parcialmente un territorio a prohibir e impedir: toda exportación y desplazamiento o transferencia de propiedad ilícitos de bienes culturales; toda excavación arqueológica, salvo cuando sea absolutamente indispensable para salvaguardar, registrar o conservar bienes culturales; toda transformación o modificación de la utilización de bienes culturales con las que se pretenda ocultar o destruir testimonios de índole cultural, histórica o científica.

Se solicita a los Estados ocupantes que toca excavación arqueológica y toda transformación o modificación del uso de bienes culturales en un territorio ocupado se efectúe en cooperación con las autoridades competentes del territorio ocupado, a menos que las circunstancias no lo

17 Cecilia Bakula, *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, la Convención de 1970. Balances y perspectivas*. En: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Bakula_es_01.pdf

18 *Ibid.*

19 UNESCO, “Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1999”, Artículo 1. En: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/the-2nd-protocol-1999/>, 26 de marzo de 1999.

20 *Ibid.*

permitan.²¹

El artículo 10 estatuye la protección reforzada para el patrimonio cultural que sea de la mayor importancia para la humanidad, este protegido por medidas nacionales adecuadas, y no esté siendo utilizado o no se pretenda utilizar con fines militares.

La Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales

Generalidades

Es el instrumento internacional más conocido en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Fue adoptada por la Conferencia General de la UNESCO, en París, el 14 de noviembre de 1970 y entró en vigor el 24 de abril de 1972. Su adopción fue impulsada debido al incremento de robos que se dio entre finales de los años 1960 y comienzos de 1970, siendo el principal mercado receptor en esos países del norte, los coleccionistas privados, y, a menudo, a las instituciones oficiales, a las cuales se les proponían cada vez más obras de origen ilícito.²²

Para junio de 2014, el número de países que han ratificado la Convención era de 127 Estados Partes.²³

Ecuador accedió a este instrumento por Aceptación, el 24 de marzo de 1971.

Herramientas que aporta

A.- Determinación de los bienes culturales.- Constante en sus artículos 1 y 4.

B.- Establecimiento de principios.- Tales como la Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional que la Conferencia General aprobó en su 14a reunión, y los aspectos positivos del intercambio legal y voluntario de bienes culturales entre las naciones con fines científicos, culturales y educativos.

El sexto párrafo introductorio estatuye que todo Estado tiene el deber de proteger el patrimonio constituido por los bienes culturales existentes en su territorio contra los peligros de robo, excavación clandestina y exportación ilícita.

El séptimo párrafo preambular recuerda a los Estados la necesidad de desarrollar una conciencia de las obligaciones morales inherentes al respeto de su patrimonio cultural y del de todas las naciones.

El noveno párrafo preambular establece como principio la colaboración entre los Estados. El artículo 2, numeral 2, obliga a los Estados a combatir al tráfico ilícito de bienes

21 Ibid., art. 9.

22 UNESCO, "Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales".

23 UNESCO, "Tráfico ilícito de bienes culturales". En: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-traffic-ing-of-cultural-property/#c163749>, consultado el 15 de noviembre de 2014.

culturales con los medios de que dispongan, sobre todo suprimiendo sus causas, deteniendo su curso y ayudando a efectuar las reparaciones que se impongan.

C.- Medidas preventivas a implementarse por parte de los Estados Parte.- A través del artículo 5 de la Convención, los Estados se comprometen a implementar servicios de protección del patrimonio cultural idóneos, o, en su ausencia, implementar el marco legislativo y reglamentario para garantizar la protección del patrimonio cultural y la represión del tráfico ilícito, implementar un inventario nacional de los bienes culturales cuya exportación implicaría un “empobrecimiento considerable” del patrimonio cultural nacional; fomentar el desarrollo o creación de las instituciones científicas y técnicas necesarias para garantizar la conservación y la valorización de los bienes culturales; controlar las excavaciones arqueológicas, y la protección de los bienes culturales y las zonas reservadas para futuras investigaciones arqueológicas; dictar normas que se ajusten a los principios éticos formulados en la Convención; desarrollar una acción educativa para estimular y desarrollar el respeto al patrimonio cultural de todos los Estados y difundir las disposiciones de la Convención; realizar una publicidad apropiada para todo caso de desaparición de un bien cultural.

El artículo 6 obliga a los Estados

a establecer un certificado de exportación, prohibir la salida de bienes culturales que no estén acompañados por dicho certificado, y dar la adecuada difusión a esta prohibición especialmente entre las personas que pudieran exportar e importar bienes culturales.

El artículo 7, constriñe a los Estados a impedir la adquisición de bienes de otros Estados Partes si esos bienes se hubieren exportado ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención. A prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, de otro Estado Parte, “después de la entrada en vigor de la misma en los Estados en cuestión”, y “siempre que se pruebe que tales bienes figuran en el inventario de la institución interesada”; y a decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte, todo bien cultural robado e importado “después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados”.

El artículo 10 obliga a los Estados Partes a restringir la transferencia ilegal de bienes culturales y a obligar a los anticuarios a llevar un registro que mencione la procedencia de cada bien cultural, el nombre y la dirección del proveedor, la descripción y el precio de cada bien vendido, y a informar al comprador del bien cultural de la prohibición de exportación de que puede ser objeto ese bien; y, concienciar al público so-

bre el valor de los bienes culturales y de los peligros que el robo, las excavaciones clandestinas y las exportaciones ilícitas representan para el patrimonio cultural.

A través del artículo 13 los Estados se obligan a impedir por todos los medios adecuados, las transferencias de propiedad de bienes culturales que tiendan a favorecer la importación o la exportación ilícitas de esos bienes; a colaborar entre sus servicios competentes para la restitución de “los bienes culturales exportados ilícitamente”; admitir una acción reivindicatoria de los bienes culturales perdidos o robados, ejercitada por sus “propietarios legítimos” o en nombre de los mismos; a reconocer el derecho imprescriptible de cada Estado Parte de clasificar y declarar inalienables determinados bienes culturales, de manera que no puedan ser exportados, y a facilitar su recuperación por el Estado interesado si lo hubieren sido.

El artículo 14 llama a los Estados a proveer de un presupuesto suficiente a sus servicios de protección de patrimonio cultural. El artículo 15, abre la posibilidad de acuerdos particulares que no pueden ser impedidas por la Convención, sobre la restitución de los bienes culturales salidos de su territorio antes de haber entrado en vigor la Convención.

D.- Medidas para luchar contra el ilícito una vez cometido.- El artículo 9 invita a los Estados a dirigir un llamamiento a los Estados

interesados en caso de pillajes arqueológicos o etnológicos para determinar y aplicar las medidas concretas necesarias, incluso el control de la exportación, la importación y el comercio internacional de los bienes culturales de que concretamente se trate. Mientras se transmita el establecimiento de un acuerdo, cada Estado interesado deberá tomar disposiciones provisionales para evitar que el patrimonio cultural del Estado peticionario sufra daños irreparables.

E.- Sanciones penales y administrativas para aquellos que participen directa o indirectamente en la comisión del delito de exportación o importación ilícita de casos específicos.- El artículo 8 obliga a los Estados a imponer sanciones penales o administrativas a toda persona responsable de infringir las disposiciones del artículo 6 apartado b, y del artículo 7 apartado b.

F.- Seguimiento de la implementación de la Convención.- Contenido en el artículo 16 a través de la presentación de informes periódicos por parte de los Estados Parte sobre la implementación de esta Convención.

G.- Asistencia de la UNESCO.- El artículo 17 define los roles de asistencia de la UNESCO a los Estados Partes, en cuanto a información, educación, consultas, dictámenes de expertos, coordinación, buenos oficios a petición de dos Estados Partes en controversia respecto a la aplicación de la Convención, cooperación

con organizaciones no gubernamentales.

Principales dificultades para su implementación

a) Aspectos legales

1.- La carga de la prueba.- El artículo 7 literal ii) de la Convención de 1970, indica que “las peticiones de decomiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática. “El Estado requirente deberá facilitar, a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición de decomiso y restitución.”

Este es, posiblemente, el problema principal que contiene la Convención de 1970. Se trata de que en caso de disputa sobre un bien cultural, le corresponde al Estado denunciante probar que el bien en disputa ha sido traficado ilícitamente. Esta prueba, para los casos de necesidad urgente como las subastas públicas en donde se dispone de unos días para reaccionar, es imposible de aportar de manera oportuna. Asimismo, en casos de bienes robados en excavaciones ilícitas, tampoco es posible aportar la prueba de su extracción, ni el tiempo, las personas responsables, y las características del bien que se alega traficado ilícitamente.

El problema se extiende incluso para los procesos en donde se cuenta con mayor tiempo, en general los Estados afectados aportan indicios

probatorios insuficientes. Esto pone en desventaja a los Estados frente a los comerciantes de los bienes traficados, que son protegidos por disposiciones legales que los reputan como poseedores de buena fe, lo que constituye un justo título legal.

El resultado es innumerables casos perdidos ante los tribunales extranjeros, que traen deuda al país y ningún resultado favorable. Se podría añadir que la acción legal que realiza el país para intentar detener una subasta pública y probar la ilicitud de su comercialización, y que conduce a la decisión de juez que reafirma la propiedad del comerciante, ayuda, más bien, a legalizar y sacralizar la propiedad del bien y su transacción.

2.- La compensación del justo poseedor.- El mismo artículo 7, literal ii) de la Convención llama a los Estados a decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados, “a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes”.

Adicionalmente de ser afectado por la carga de la prueba, el Estado afectado denunciante deberá pagar una compensación económica al tenedor del bien. Esto lleva al Estado afectado a sufrir una triple victimi-

zación, por una parte por el daño sufrido por el tráfico de un bien de su propiedad, por otra parte por los gastos de recursos en los que debe incurrir para poder localizar el bien y obtener su devolución, y, finalmente, por el pago que debe realizar para compensar al poseedor del bien que es suyo.

Este principio de la Convención es una alteración de los principios generales del derecho civil, en los cuales el poseedor de un bien comercializado ilegal o ilícitamente que ha debido devolver el bien al legítimo propietario, no tiene el derecho a recibir una compensación del propietario, sino que tiene el derecho de repetición contra su vendedor.

3.- El enfoque a la sanción de la exportación.- Aunque tiene ciertos casos en que se penaliza la importación de ciertos bienes culturales, de manera general, la Convención de 1970 parece concentrar su interés en que las sanciones sean para los exportadores ilícitos, de parte de los países de origen. Esto se puede ver en el Artículo 6 de dicho instrumento, en el cual se determina la prohibición de la salida de un territorio de los bienes culturales no acompañados del certificado de exportación respectivo. Sin embargo, poco se dice de la prohibición de "importar" bienes culturales que no estén debidamente acompañados de dichos certificados, lo cual habría sido un gran avance en el tema.

Este enfoque de la Convención resulta una grave omisión y, en cierta manera, culpabiliza a los Estados por no evitar la salida de bienes culturales de sus territorios.

4.- La irretroactividad de la Convención de 1970.- Este es un principio legal intrínseco a todo instrumento jurídico. El problema se presenta en el momento de definir el momento de entrada en vigor de la Convención. El pensamiento aceptado es que esta depende del momento de ratificación de cada país, que, en muchos casos, se han dado a inicios del siglo 21. Esto deja fuera de la protección a innumerables bienes culturales que fueron robados a mediados y finales del siglo 20.

b) Protección de los bienes culturales.-

1.- La indefinición de bienes huequeados o excavados ilícitamente.- Muchos bienes culturales permanecen todavía sin ser descubiertos, su localización presenta innumerables dificultades para los países en vías de desarrollo. Los traficantes, a su vez, están dotados de la última tecnología para localizar los sitios arqueológicos no descubiertos, o los recién descubiertos y aún no plenamente protegidos, y robar sus bienes, antes aún que los Estados tengan la posibilidad de conocerlos y menos aún definirlos en su lista de protección. Cuando dichos bienes son comercializados internacionalmente, los Estados de origen, lamentablemente,

no pueden proveer documentos de prueba, registros, ni características que permitan definir la propiedad de los bienes cuya propiedad disputa.

2.- La falta de actualización de las listas rojas por parte de los Estados de origen.- A nivel de países de origen, muchos no utilizan todas las herramientas a su disposición para la defensa de, al menos, una parte de sus bienes. En este caso, la falta es no mantener actualizada la lista roja, o lista de bienes culturales del país, que debe ser debidamente comunicada a la INTERPOL y demás organizaciones pertinentes.

3.- La poca institucionalización de los países de origen para proteger sus bienes.- Los Estados en vías de desarrollo aún no han desarrollado adecuadamente sus instituciones de protección del patrimonio cultural, puesto que debe afrontar otras necesidades más urgentes previamente. Por otro lado, debido a las características propias de los países en desarrollo, la importancia y rol del patrimonio cultural no son plenamente comprendidos por sus líderes ni por sus poblaciones.

4.- La falta de elaboración de certificados de exportación específicos para los bienes culturales.- Los países afectados, en muchas ocasiones, no han elaborado los certificados de exportación de bienes culturales como lo indica la Convención de 1970. Esto es otra debilidad al momento de realizar un reclamo ante un tribunal internacional.

5.- Las situaciones de conflicto.- En la actualidad varias regiones del mundo sufren de una crisis humana y cultural inesperadas, con efectos catastróficos para el patrimonio cultural mundial. La destrucción total de patrimonios culturales milenarios se vuelve a mirar como una señal de victoria de una población sobre otra, y el tráfico de bienes culturales se convierte en fuente de ingresos para apoyar las partes en el conflicto.

6.- La no utilización de todas las herramientas a su disposición por parte de los países afectados.- Además de la falta de elaboración de certificados de exportación, y listas rojas de bienes culturales, existen otros instrumentos como los que constan en el artículo 5 de la Convención de 1970 que son poco utilizados por los Estados en la defensa de su patrimonio.

7.- La falta de recursos por parte de los Estados afectados.- Impide realizar una adecuada defensa de sus intereses en la defensa del patrimonio cultural en el extranjero, lo cual puede resultar muy oneroso para la mayoría de países en desarrollo.

c) Otros aspectos.-

1.- La importancia económica de este tráfico.- Conforme a la información que presentamos al inicio del presente trabajo, este tipo de tráfico tiene una alta importancia económica, que podría explicar las falencias de la Convención de 1970 y el dato inédito que desde el año de 1970

hasta el año 2012, los Estados Parte se reunieron una sola vez, por lo que es de esperar que cualquier cambio del estatus quo a fin de avanzar en la lucha contra este mal enfrente mucha oposición de los delegados de los países llamados mercado.

2.- Avances actuales.- Gracias a la acción de Ecuador, México y Perú, se logró realizar en la UNESCO, en el año 2012 la Segunda Reunión de Estados Parte de la Convención de 1970, en la cual se convocó una Reunión Extraordinaria de los Estados Parte en el año 2013, que eligió un Comité Subsidiario de la Convención de 1970 con seis funciones, cuyo objetivo sería el mejorar la implementación de la Convención de 1970.

Los tres países llevaron un trabajo coordinado de un año con los países afines, desde dicha reunión y hasta antes de la reunión extraordinaria que se decidió convocar para julio de 2013, a fin de impulsar la presentación de candidaturas de nuestros países para la conformación de ese Comité Subsidiario. A nivel de América Latina y El Caribe, esos tres países fueron escogidos como representantes del grupo para ante el Comité Subsidiario.

El Comité Subsidiario desarrolló las Directrices Operativas de la Convención de 1970, en las cuales abordó los problemas presentados en este trabajo, entre otros muchos puntos. El grupo aprobó por consenso el documento, y lo presentará

para su adopción por los Estados Parte de la Convención de 1970, durante la Tercera Reunión de Estados Parte de dicha Convención que tendrá lugar en mayo 2015. Por motivos de limitación de espacio dichas Directivas serán objeto de otro trabajo de investigación del autor.

Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente

Fue aprobado el 24 de junio de 1995, tiene como avance el fortalecimiento del principio de restitución del bien que ha sido exportado ilícitamente. Sin embargo tiene algunos aspectos que no la alejan de las fallencias de la Convención de 1970, como el limitar el tiempo para presentar el reclamo para la restitución de un bien cultural (3 años del conocimiento de su paradero, o 50 años en otros casos), lo cual no se compece con la legislación de la mayoría de países afectados que declaran imprescriptibles al patrimonio cultural. La convención obliga al poseedor inocente a probar que realizó todo lo necesario para confirmar la procedencia legítima del bien cultural en su posesión, pero, desafortunadamente, mantiene la obligación de los Estados afectados de indemnizar a dicho poseedor, aunque permite que el Estado demande a otra persona el pago realizado, (el vendedor o exportador ilícito), esto en la práctica reviste mucha dificultad probatoria. Así mismo, esta Convención

da paso a una posible legalización de la transacción y posesión de un bien por parte del comprador o importador del bien, aunque éste haya salido ilícitamente de un territorio. Esto se puede ver en el artículo 7 que indica: “Artículo 7, 1) Las disposiciones del presente Capítulo no se aplicarán cuando: a) la exportación del bien cultural no sea más ilícita en el momento en que se solicite la devolución”.²⁴

Conclusión

El tráfico ilícito de bienes culturales por su importancia económica a nivel mundial es uno de los fenómenos de mayor crecimiento en la actualidad y más difíciles de combatir. La normativa existente no es plenamente útil para enfrentar esta problemática por lo que se requiere una revisión de los instrumentos jurídicos relacionados, especialmente de la Convención de 1970 de la UNESCO, que es el instrumento más ratificado en este campo.

Los países afectados necesitan desarrollar estrategias coordinadas para luchar contra este mal, así como hacer uso de todas las herramientas disponibles a nivel nacional e internacional. Probablemente el instrumento más adaptado y útil para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, si se llega a aprobar, serán las Directrices Operativas de la Convención de 1970.

La visibilidad del tema, el reconocimiento de la importancia y rol que cumplen los patrimonios culturales, finalmente, son aspectos centrales para poder lograr avances significativos en la lucha contra este mal.

Bibliografía

Africa-EU Partnership. Morocco-Africa-EU. *Workshop on the Fight against Illegal Trafficking of Cultural Goods*. En: <http://www.africa-eu-partnership.org/news-room/all-news/morocco-africa-eu-workshop-fight-against-illegal-trafficking-cultural-goods>. 27 de enero de 2014.

Asamblea Constituyente. *Constitución del Ecuador*. Quito, 2008.

Bakula, Cecilia. La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, la Convención de 1970. Balances y perspectivas. En: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Bakula_es_01.pdf

Frigo, Manlio. *Cultural Property V. Cultural Heritage: A “Battle of Concepts” in International Law?* vol. 86. En: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_854_frigo.pdf

Congreso Nacional. “Ley de Patrimonio Cultural”. Codificación 27. En: *Registro Oficial* Suplemento 465, de 19 de noviembre de 2004.

ICOM. *The Illicit Traffic of Cultural Property Throughout The*

World. En : <http://www.museum-security.org/illicit-traffic.htm>.

Lenzner, Nina. « The Illicit International Trade in Cultural Property : does de UNIDROT Convention provide an effective remedy for the shortcomings of The UNESCO Convention ». *Journal of International Law*, vol. 15 : 473.

Oteiza, Aravena Rodrigo. “¿Qué es el bien cultural? Elementos para una crítica a las políticas culturales chilenas 2005-2010. El caso parque cultural ex cárcel de Valparaíso”. Tesis para grado, Universidad de Chile – Facultad de Artes Departamento de Teoría de las Artes, 2011. En: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2011/ar-oteiza_r/pdfA-mont/ar-oteiza_r.pdf.

P-Gou. *Le Trafic illicite des biens culturel comme phénomène mondialisé. Mémoire*. En: <http://www.ihei.fr/wpcontent/uploads/2011/10/M%C3%A9moire-P.-Gout.pdf>

UNESCO. “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”. 14 de noviembre de 1970, París, Francia - UNESCO.

_____. “Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1999”. En: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/the-2nd-protocol-1999/>, 26 de marzo de 1999.

_____. “Texto de la Convención de La Haya por la protección de

bienes culturales en caso de conflicto armado, y de su primer protocolo, 14 de mayo de 1954. En: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/the-hague-convention/text-of-the-convention-and-its-1st-protocol/>

_____. Tráfico de Bienes Culturales. En: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/#c163749>

UNIDROIT. *Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente*. Roma: Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado, 1995.