

RESTITUCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL USURPADO ANTES DEL SIGLO XX Y LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

ARTÍCULO

JOSUÉ A. RODRÍGUEZ CRUZ*

INTRODUCCIÓN.....	9
I LIMITACIONES DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES ROBADOS	11
A. <i>Tratados, Convenciones y Acuerdos Internacionales</i>	11
i. Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.....	12
ii. Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales	14
iii. Convenio De UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente.....	15
B. <i>Competencia de la Corte Internacional de Justicia en Procedimientos Contenciosos</i>	17
II. EL PACTO Y LA OPINIÓN CONSULTIVA: VÍAS ALTERNAS HACIA LA CORTE	20
A. <i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	20
i. Derecho a participar en la vida cultural.....	21
B. <i>Opiniones consultivas</i>	23
CONCLUSIÓN.....	24

INTRODUCCIÓN

Es difícil concebir que la comunidad internacional no penalice a un Estado por usurpar artefactos culturales que pertenecen a otros países. Para poner en contexto la discusión, imaginemos el siguiente escenario hipotético: durante un evento

* Estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. El artículo fue redactado para el Seminario de Temas en Derecho Internacional: Tribunal Internacional de Justicia. Reconozco y agradezco las invaluable aportaciones de la profesora Yanis Blanco Santiago, quien me guió durante el curso, la investigación y la redacción de este artículo. Mi gratitud al profesor Efrén Rivera Ramos por brindar de su tiempo para consultar sobre el derecho al patrimonio cultural. De igual forma aprecio la ayuda de Elaine Tornés Blanco por su ayuda en el proceso de redacción.

de recaudación de fondos en el Museo Nacional del Prado en España, el presidente de la República Dominicana divisa una pequeña estatuilla dorada que pertenecía a los habitantes precolombinos de su isla y que fue robada por los invasores españoles en el año 1500. Al día siguiente, la República Dominicana presenta una demanda en contra de España ante un Tribunal Internacional, reclamando la restitución de la estatuilla. Dicho Tribunal examina la evidencia y valida su veracidad. Sin embargo, se ve con las manos atadas y desestima la demanda de la República Dominicana. Aunque para algunos este resultado parecería controversial, en este escrito examinaremos los posibles factores que impiden la restitución del patrimonio cultural que se expolió antes de la creación de los tratados internacionales que existen hoy día y que protegen el patrimonio cultural.

La noción de dañar los bienes culturales de terceros no es una idea nueva, pues se ha considerado un acto incivilizado desde la época de Cicerón.¹ Sin embargo, los primeros indicios de esta práctica en el continente americano surgieron durante el siglo XVI, cuando el imperio español, mediante el uso de la fuerza comenzó a coleccionar bienes culturales a lo largo de las Américas.² Los pueblos que sufrieron los ataques de los colonizadores fueron despojados de sus obras maestras irremplazables y privados de su patrimonio cultural.³ A pesar de que algunas de estas piezas fueron devueltas a su lugar de origen como resultado de pleitos legales,⁴ muchas continúan secuestradas alrededor del mundo.⁵ Son precisamente aquellas piezas que nunca regresaron a su lugar de origen las que han suscitado el debate internacional respecto al retorno y restitución de bienes culturales.

Las discusiones que giran en torno a la restitución de bienes culturales suelen ser complejas. El asunto se complica con relación a los bienes culturales expropiados en el siglo XVI durante la colonización de América, debido a la falta de tratados internacionales y jurisprudencia internacional que guíen la resolución de controversias de esta índole.⁶ Se complican aún más cuando se traen a colación las siguientes justificaciones en contra de la restitución: (1) el país de origen no valora los bienes; (2) el país de origen no es capaz de

1 Véase Evelien Campfens, *The Bangwa Queen: Artifact or Heritage?*, 26 INT'L J. CULTURAL PROP. 75, 86 (2019) (citando a Margaret M. Miles, *Cicero's Prosecution of Gaius Verres: A Roman View of the Ethics of Acquisition of Art*, 11 INT'L J. CULTURAL PROP. 28, 31 (2002)).

2 Véase Paz Cabello, *La formación de las colecciones americanas en España: evolución de los criterios*, 9 ANALES DEL MUSEO DE AMÉRICA 303, 303 (2001); véase también Julie Jones & Heidi King, *Gold of the Americas*, THE METROPOLITAN MUSEUM OF ART BULLETIN, primavera 2002, 1, 57 (en el cual se discute un ejemplo de los abusos de los colonizadores europeos durante la conquista de la ciudad de Tenochtitlán, en donde Hernán Cortés apresó a Montezuma II para saquear sus tesoros y enviarlos a España).

3 Amadou-Mahtar M'Bow, *A Plea for the Return of an Irreplaceable Cultural Heritage to Those Who Created It*, 31 MUSEUM INT'L 58 (1979); (hablando sobre una petición para que devolvieran los artefactos culturales, que han sido robados, a su lugar de origen. Se explica brevemente la importancia de estos bienes).

4 Véase JEANETTE GREENFIELD, *THE RETURN OF CULTURAL TREASURES* 260-61 (1989), para una lista de ejemplos de algunas de las piezas devueltas a su lugar de origen.

5 Véase Mariana Françoze & Amy Strecker, *Caribbean Collections in European Museums and the Question of Returns*, 24 INT'L J. CULTURAL PROP. 451, 453 (2017).

6 Véase Zsuzanna Veres, *The Fight Against Illicit Trafficking of Cultural Property: The 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention*, 12 SANTA CLARA J. INT'L L. 91, 97, 99, 106 (2014); (en el cual se discute la aprobación en el año 1970 de una disposición a nivel internacional que permite reclamar bienes culturales robados. Sin embargo, esta no permite su aplicación retroactiva a sucesos que ocurrieron antes del año 1970. Este acuerdo se conoció como la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales*).

conservar los objetos; (3) los objetos pertenecen a la comunidad mundial; (4) la cultura a la cual pertenecían los objetos desapareció y por ende quienes los poseen tienen el mismo derecho, y (5) mantenerlos en museos extranjeros aumentará el turismo del país de origen.⁷ Sería ideal que dichas controversias fueran aclaradas por un foro como la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “la Corte”). No obstante, resulta difícil que la Corte asuma jurisdicción en estas controversias debido a la falta de tratados internacionales que otorgan jurisdicción sobre controversias de tal naturaleza. Así, surgen las siguientes interrogantes: ¿qué vías existentes permiten a la Corte resolver las disputas de los Estados que exigen la restitución del patrimonio cultural que les fue arrebatado durante la colonización de América en siglo XVI? y ¿Qué mecanismos existen para que los estados puedan expresarse sobre las normas de derecho internacional aplicable?

En adelante abordaremos el tema de la restitución del patrimonio cultural, limitándolo en torno a la jurisdicción de la Corte para atender casos de restitución de objetos culturales expropiados durante la época de colonización de América. Examinaremos las dificultades que enfrentan los Estados que desean presentar una acción legal ante la Corte, las normas internacionales aplicables y las alternativas que tiene un Estado para presentar una aplicación de restitución ante la Corte, tal y como solicitar una opinión consultiva a la Corte.

I. LIMITACIONES DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES ROBADOS ANTES DEL SIGLO XX

El Derecho Internacional protege, mediante tratados sobre el patrimonio cultural, los bienes culturales debido al valor intangible patrimonial que tienen como símbolos de identidad para su pueblo.⁸ Esto no significa que no deba lucharse, a capa y espada, para restituirlos a su lugar de origen, pues los acuerdos multilaterales internacionales—que dan jurisdicción a la Corte para atender dichos asuntos—nacieron en el siglo XX y no aplican retroactivamente.⁹ Por tal razón, la Corte no ha resuelto casos sobre el tema. A continuación, escudriñaremos las limitaciones de las normas internacionales aplicables y las restricciones que tiene la Corte para restituir los patrimonios culturales a su lugar de origen.

A. *Tratados, convenciones y acuerdos internacionales*

Los bienes culturales gozarían de una mayor protección si los Estados ratificaran y cumplieran con las disposiciones de los tratados internacionales que protegen el patrimonio

⁷ Véase Harvey E. Oyer III, *The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict—Is It Working?—A Case Study: The Persian Gulf War Experience*, 23 COLUM.-VLA J. L. & ARTS 49, 64 (1999).

⁸ Evelien Campfens, *The Bangwa Queen: Artifact or Heritage?*, 26 INT’L J. CULTURAL PROP. 75, 86-87 (2019).

⁹ Véase *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, 14 de mayo de 1954, 249 U.N.T.S. 215; *UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*, 14 de noviembre de 1970, 823 U.N.T.S. 231; *UNIDROIT Convention On Stolen Or Illegally Exported Cultural Objects*, 24 de junio de 1995, 2421 U.N.T.S. 457, <https://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/1995culturalproperty-e.pdf>.

cultural,¹⁰ ya que los Estados que ratifican un tratado quedan obligados a cumplir con sus disposiciones.¹¹ Sin embargo, como señala la Profesora Phelan, en ocasiones, los Estados no ratifican los tratados porque los intereses individuales de cada Estado les impiden participar en dichos acuerdos, eliminándose así la posibilidad de crear un sistema global para resolver las preguntas relacionadas a la posesión y propiedad de los tesoros culturales.¹² A pesar de la falta de apoyo generalizado a este tipo de acuerdo, actualmente existen varios tratados sobre la protección de los bienes culturales. No obstante, la norma general encarnada en el Artículo 28 de la Convención de Tratados no provee para la aplicación retroactiva de los tratados, a menos que así se disponga expresamente.¹³ Aun así, dicha regla no es definitiva, y en las próximas secciones examinaremos alternativas que pueden dar paso a un pleito en la Corte sobre hechos sucedidos antes del siglo XX. En esta sección nos enfocaremos en los tratados que surgieron a partir de la creación de la Carta de las Naciones Unidas con el propósito de exponer sus debilidades.¹⁴ Veamos cuáles son estos tratados.

i. Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado

La Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (en adelante, “la Convención Haya 1954”) se adoptó en el año 1954 luego de las dos guerras mundiales que se desataron durante la primera mitad del siglo XX, con el objetivo de impedir que los bienes culturales se convirtieran en armas y víctimas de la guerra.¹⁵ Su desarrollo estuvo a cargo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante, “UNESCO”), la cual convocó la Convención Haya 1954 para suplementar las antiguas Convenciones de la Haya del 1899 y 1907 y otros acuerdos internacionales y regionales.¹⁶ Tales acuerdos surgieron tras los nuevos métodos

¹⁰ Véase Marilyn E. Phelan, *Cultural Property—Who Owns it and What Laws Protect It*, 74 TEX. B. J. 202, 204 (2011).

¹¹ Véase Natalie Baird, *To Ratify or Not to Ratify?—An Assessment of the Case for Ratification of International Human Rights Treaties in the Pacific*, 12 MELB. J. INT’L. 249, 252 (2011).

¹² Phelan, *supra* nota 10, en la pág. 204.

¹³ Véase Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 28, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331; véase también Mariana Francozo & Amy Strecker, *Caribbean Collections in European Museums and the Question of Returns*, 24 INT’L J. CULTURAL PROP. 451, 463-64 (2017).

¹⁴ Sobre la creación de la Carta de las Naciones Unidas, Hernán Santa Cruz narra lo siguiente:

El 25 de abril de 1945 se inauguró en la ciudad de San Francisco la Conferencia sobre la Organización Mundial, convocada por las cuatro grandes potencias. Fue entonces, y lo es hasta ahora, el más importante congreso de la historia. Dio nacimiento a la Carta de las Naciones Unidas, un tratado internacional de amplitud y significación sin precedentes. Ciento ochenta y cuatro naciones hoy forman parte de este tratado.

Hernán Santa Cruz, *La creación de las Naciones Unidas y de la CEPAL*, 57 REV. CEPAL 17, 19 (1995).

¹⁵ Anthi Helleni Poulos, *The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: An Historic Analysis*, 28 INT’L J. LEGAL INFO. 1, 3 (2000); véase Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14 de mayo de 1954, 249 U.N.T.S. 215.

¹⁶ Véase Convention between the United States and Other Powers Respecting the Laws and Customs of War on Land, 18 de octubre de 1907, 36 Stat. 2277, T.S. No. 539; Convention between the United States of America and Certain Powers with Respect to the Laws and Customs of War on Land, 29 de julio de 1899, 32 Stat. 1803, T.S. No. 403.

de guerra usados en la Segunda Guerra Mundial que representaban una amenaza sin precedentes para el patrimonio cultural.¹⁷ De esta manera se convirtió en el primer tratado internacional enfocado exclusivamente en la protección del patrimonio cultural durante conflictos armados.¹⁸ La Convención Haya 1954 protege el patrimonio cultural mueble e inmueble, que incluye monumentos arquitectónicos, obras de arte, manuscritos, libros, objetos artísticos o de interés arqueológico y colecciones científicas, indistintamente de su origen o dueños.¹⁹ Es importante señalar que algunas porciones significativas de la Convención Haya 1954 se han convertido en derecho consuetudinario, que es el derecho que consiste en las costumbres que son aceptadas como reglas obligatorias de conducta y que son esenciales en los sistemas económicos y sociales.²⁰ Sin embargo, Kelly Culbertson argumenta que la Convención Haya 1954 no es derecho consuetudinario porque no constituye *opinio juris*, lo cual es un principio que establece que las conductas y prácticas se convierten en derecho consuetudinario una vez los países crean que dichas prácticas son parte del derecho internacional y no meras obligaciones morales.²¹

Ahora bien, los Estados signatarios de la Convención Haya 1954 se comprometen a tomar las siguientes medidas para proteger el patrimonio cultural: (1) salvaguardar los bienes culturales durante tiempos de paz; (2) respetar el patrimonio cultural de su propio Estado al igual que el del enemigo; (3) establecer refugios para proteger los objetos de alto valor cultural; (4) marcar los edificios y monumentos con emblemas distintivos; (5) imponer sanciones por quebrantar la Convención; (6) crear unidades militares dedicadas a la protección de la propiedad cultural; y (7) promover la Convención entre el público en general y grupos dedicados a este asunto.²²

La Convención Haya 1954 hizo varias aportaciones significativas a nivel internacional.²³ Por un lado, introdujo la definición legal de un bien cultural, pues las convenciones previas simplemente hablaban de bienes y lugares. Esta definición permitió diferenciar los bienes culturales del término *botín*, el cual históricamente se utilizaba para referirse a recursos

17 Harvey E. Oyer III, *The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict—Is It Working?—A Case Study: The Persian Gulf War Experience*, 23 COLUM.-VLA J. L. & ARTS 49, 51 (1999).

18 Zsuzanna Veres, *The Fight against Illicit Trafficking of Cultural Property: The 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention*, 12 SANTA CLARA J. INT'L L. 91, 96 (2014).

19 Véase *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, art. 1, 14 de mayo de 1954, 249 U.N.T.S. 215.

20 Véase David A. Meyer, *The 1954 Hague Cultural Property Convention and Its Emergence into Customary International Law*, 11 B.U. INT'L L. J. 349, 373 (1993); *Customary law* BLACK'S LAW DICTIONARY (Bryan A. Garner, ed.) (11th ed. 2019).

21 Kelly Culbertson, *Contemporary Customary International Law in the Case of Nefertiti*, 17 ART ANTIQUITY & L. 27, 36-37 (2012); *Opinio juris sive necessitatis* BLACK'S LAW DICTIONARY (Bryan A. Garner, ed.) (11th ed. 2019).

22 Véase *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, arts. 2-7, 14 de mayo de 1954, 249 U.N.T.S. 215.

23 Véase UNESCO, *1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Two (1954 and 1999) Protocols: Status of Ratification* (nov. 2020), <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/List-State-members-electoral-group-EN-Final-2020.pdf> (para un reporte de Estatus de Ratificación de la Convención Haya 1954, publicado en el año 2020, en el cual se constata que un total de 129 Estados Partes han ratificado la Convención Haya 1954, de los cuales 20 de los países pertenecen al hemisferio occidental).

naturales o manufacturados y divisas.²⁴ Otra aportación fue ser la primera convención en enfocarse en los actos criminales en contra de los bienes culturales, ya que en el pasado estos crímenes se definían someramente en los códigos militares.²⁵ Incluso reconoció los bienes culturales como bienes de la humanidad.²⁶ Evidentemente, la Convención Haya 1954 representó un avance significativo respecto a la protección de los bienes culturales. Sin embargo, su falta de aplicación retroactiva deja a la deriva a los países que sufrieron los estragos del robo de su patrimonio cultural durante el siglo XVI.²⁷

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

En el año 1970, se implementó la *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales* (en adelante, la “Convención UNESCO 1970”)²⁸ con el fin de proteger los bienes culturales durante las épocas de paz.²⁹ Esta iniciativa surgió en la década de los sesenta, luego de que las colonias recién independizadas se opusieran a que sus colonizadores intercambiaran con otros países los bienes culturales que robaron,³⁰ cosa que se veía como un atentado al patrimonio cultural de los países de origen.³¹

Incluso, la Convención UNESCO 1970 establece que los Estados Partes deben imponer medidas para combatir el tráfico ilegal de artefactos culturales tales como: (1) redactar legislación doméstica para la prevención de tráfico ilegal; (2) establecer y mantener un inventario nacional del patrimonio cultural protegido; (3) promover el desarrollo de museos; (4) organizar la supervisión de las excavaciones arqueológicas; (5) crear conciencia a través de programas educativos; (6) asegurar que se den a conocer los robos y desapariciones de objetos culturales, y (7) establecer controles de importación y exportación, además de crear un certificado de exportación.³²

²⁴ Anthi Helleni Poulos, *The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: An Historic Analysis*, 28 INT'L J. LEGAL INFO. 1, 3 (2000).

²⁵ *Id.* en la pág. 4.

²⁶ Joshua E. Kastenberg, *The Legal Regime for Protecting Cultural Property During Armed Conflict*, 42 A.F. L. REV. 277, 298 (1997).

²⁷ Poulos, *supra* nota 24, en la pág. 42 (explicando que, a su entender, el no poder aplicar la Convención Haya 1954 retroactivamente fue una de las razones por la que fue aceptada ampliamente por la comunidad internacional).

²⁸ UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 14 de noviembre de 1970, 823 U.N.T.S. 231.

²⁹ Alexandra Love Levine, *The Need for Uniform Legal Protection Against Cultural Property Theft: A Final Cry for the 1995 UNIDROIT Convention*, 36 BROOK. J. INT'L L. 751, 753 (2011).

³⁰ Marilyn E. Phelan, *Cultural Property— Who Owns it and What Laws Protect It*, 74 TEX. B.J. 202, 205 (2011).

³¹ Zsuzanna Veres, *The Fight against Illicit Trafficking of Cultural Property: The 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention*, 12 SANTA CLARA J. INT'L L. 91, 97 (2014).

³² UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, *supra* nota 28, arts. 5-6, en las págs. 238, 240; Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (explicando que los Estados Parte son aquellos que han “consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor”).

La Convención UNESCO 1970, la cual ha sido ratificada por un total de ochenta y cuatro Estados —dentro de los cuales más de quince pertenecen al hemisferio occidental—³³ no prohíbe la exportación de objetos culturales. Más bien, la Convención crea una obligación que no es ejecutable por sí misma y que requiere a los Estados Partes implementar legislaciones domésticas para combatir el robo, el tráfico ilegal y las excavaciones clandestinas de objetos culturales.³⁴ Al igual que la Convención Haya 1954, la Convención UNESCO 1970 no es derecho consuetudinario por no haberse formado una *opinio juris* al respecto entre los Estados que no la han ratificado.³⁵

El artículo 17(5) de la Convención UNESCO 1970 provee para que la UNESCO sirva de árbitro en aquellas disputas entre los Estados Partes que así lo acuerden.³⁶ Además, permite la imposición de penalidades o sanciones administrativas y la utilización de cualquier medio que esté al alcance de los Estados para oponerse a prácticas prohibidas por la Convención UNESCO 1970.³⁷

Nuevamente vemos una iniciativa a favor de la protección de los bienes culturales que se queda corta porque al igual que la Convención Haya 1954, tampoco provee una aplicación retroactiva a hechos que ocurrieron previo a que entrara en vigor.³⁸

iii. Convenio De UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente

En la década de los años ochenta, la UNESCO solicitó al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, por sus siglas en inglés) que preparara un segundo tratado para combatir el robo y tráfico ilegal de bienes culturales.³⁹ Fue entonces que nació el Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente (en adelante, el “Convenio UNIDROIT”),⁴⁰ con el objetivo de incluir al resto de los Estados que sirven como mercado de objetos culturales y que no

³³ Véase United Nations Treaty Collection, *United Nations Treaty Series Online*, https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002801170ec&clang=_en (última visita 30 de octubre de 2021).

³⁴ Veres, *supra* nota 31, en las págs. 97-98.

³⁵ Kelly Culbertson, *Contemporary Customary International Law in the Case of Nefertiti*, 17 *ART ANTIQUITY & L.* 27, 36-37 (2012).

³⁶ UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, *supra* nota 28, art. 17(5), en la pág. 246; véase también Michael P. Goodyear, *Keeping the Barbarians at the Gates: The Promise of the UNESCO and UNIDROIT Conventions for Developing Countries*, 41 *MICH.J. INT'L L.* 581, 601 (2020).

³⁷ Veres, *supra* nota 31, en la pág. 97.

³⁸ Mariana Francozo & Amy Strecker, *Caribbean Collections in European Museums and the Question of Returns*, 24 *INT'L J. CULTURAL PROP.* 451, 463 (2017).

³⁹ Harold S. Burman, *Introductory Note*, en UNIDROIT: FINAL ACT OF THE DIPLOMATIC CONFERENCE FOR THE ADOPTION OF THE DRAFT UNIDROIT CONVENTION ON THE INTERNATIONAL RETURN OF STOLEN OR ILLEGALLY EXPORTED CULTURAL OBJECTS, 34 *I.L.M.* 1322, 1322 (1995); véase además UNIDROIT, *Overview*, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> (última visita 29 de octubre de 2021) (en la cual se describe a UNIDROIT como una organización intergubernamental independiente con sede en Roma. Su propósito es armonizar y modernizar el Derecho Privado, en particular el Derecho Comercial entre los Estados y grupos de Estados).

⁴⁰ UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, art. 8 (1), 24 de junio de 1995, 2421 *U.N.T.S.* 457.

formaron parte de la Convención UNESCO 1970.⁴¹ A diferencia de esta última, el Convenio UNIDROIT no permite reservas por parte de los Estados signatarios; por ende, los Estados Partes están obligados a implementar todas las disposiciones del Convenio.⁴²

El Convenio UNIDROIT atiende los asuntos desde la perspectiva del Derecho Privado,⁴³ estableciendo principalmente: (1) la obligación de devolver los objetos robados, sujeto a las disposiciones de la Convención; y (2) nuevos fundamentos para la devolución de objetos que fueron exportados ilegalmente.⁴⁴ El artículo 2 del Convenio UNIDROIT define los bienes culturales como aquellos que, por motivos seculares o religiosos, son importantes para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, las artes o las ciencias, y pertenecen a alguna de las categorías enlistadas en el anejo del mismo.⁴⁵ Esta definición —a diferencia del lenguaje de la Convención UNESCO 1970— extiende el alcance a objetos que no han sido designados por el Estado como bienes culturales, quedando protegidos los artefactos que no han sido descubiertos,⁴⁶ o que no estén incluidos en el inventario del país.⁴⁷

El artículo 8 del Convenio UNIDROIT es útil para resolver disputas que giren en torno a la restitución de artefactos culturales.⁴⁸ Bajo este artículo, los Estados Partes que sufrieron un robo cultural podrán demandar ante los tribunales del Estado Parte que posea los artefactos robados para que estos le sean devueltos.⁴⁹ Los Estados Partes también podrán someter las disputas ante cualquier autoridad competente o a arbitraje.⁵⁰ Una vez inicie el proceso contencioso, el peso de la prueba recae sobre el Estado demandante, quien deberá probar que hubo una violación a sus leyes de exportación de bienes culturales y que la remoción del artefacto perjudica algún interés del Estado o que la pieza es importante para la cultura del país.⁵¹

Al igual que las dos Convenciones previamente discutidas, esta Convención no aplica de forma retroactiva a hechos previos a su creación.⁵² El artículo 10 del Convenio UNIDROIT establece cuáles son los reclamos de restitución de bienes culturales permitidos respecto a la fecha de los supuestos hechos.⁵³ Señala que las disposiciones del Convenio UNIDROIT sólo aplican desde el momento en que el Convenio entró en vigor en el Estado donde se presente la demanda y, en adición, establece que el objeto debió ser robado luego de que el Convenio entrase en vigor en el Estado de origen.⁵⁴ A

41 Burman, *supra* nota 39.

42 Veres, *supra* nota 31, en la pág. 100.

43 *Id.* en la pág. 100.

44 Burman, *supra* nota 39, en la pág. 1323.

45 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, *supra* nota 40, art. 2.

46 David N. Chang, *Stealing Beauty: Stopping the Madness of Illicit Art Trafficking*, 28 HOUS. J. INT'L L. 829, 858 (2006).

47 Veres, *supra* nota 31, en la pág. 111.

48 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, *supra* nota 40, art. 8.

49 *Id.* art. 8 (1).

50 *Id.* art. 8 (2).

51 Veres, *supra* nota 31, en la pág. 101.

52 Mariana Françoza & Amy Strecker, *Caribbean Collections in European Museums and the Question of Returns*, 24 INT'L L J. CULTURAL PROP. 451, 464 (2017).

53 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, *supra* nota 40, art. 10.

54 *Id.* art. 10(1)(a).

pesar de sus limitaciones, el convenio también tiene sus virtudes, pues el artículo 10 (3) aclara que ninguna transacción será legítima, aunque haya ocurrido antes de que el Convenio UNIDROIT entrara en vigor.⁵⁵ Pese a que son inválidas aquellas transacciones que ocurrieron antes de la efectividad del Convenio UNIDROIT, el acuerdo no provee remedios para estas situaciones y consecuentemente los objetos robados antes del siglo XX quedan a la merced de sus captores.

B. Competencia de la Corte Internacional de Justicia en procedimientos contenciosos

De la misma forma que los foros adjudicativos nacionales en ocasiones no tienen jurisdicción en disputas internacionales —tal y como sucedió en el caso *Federal Republic of Germany v. Philipp*—,⁵⁶ hay ocasiones en que la Corte no tiene jurisdicción para resolver asuntos contenciosos pues no es un tribunal de jurisdicción generalizada. Más bien, la capacidad de los Estados para llevar a la Corte una disputa sobre el tema de nuestra discusión depende de si la Corte tiene o no competencia. Para hacer dicho análisis hay que partir de la premisa de que únicamente los Estados tienen *locus standi* frente a la Corte,⁵⁷ lo cual es el estatus de estar cualificado para presentarse ante un tribunal.⁵⁸ Bajo este supuesto, vemos entonces que la Corte solo tendrá competencia si los Estados han aceptado su jurisdicción de alguna de la siguientes maneras: (1) en virtud de un acuerdo especial entre los Estados con el propósito de someter la controversia a la Corte; (2) en virtud de una cláusula jurisdiccional establecida en un tratado, que prevé que de surgir una disputa en el futuro acerca de la interpretación de dicho tratado, cualquiera de las partes podrá someterla a la Corte; y (3) por el efecto recíproco de declaraciones hechas por los Estados aceptando la jurisdicción de la Corte como obligatoria en el caso de controversia con otro Estado que aceptó la misma obligación.⁵⁹ Si no se cumplen estos requisitos, la Corte no debe atender el asunto.⁶⁰ Debemos tener presente que un Estado podrá hacer

⁵⁵ *Id.* art. 10(3).

⁵⁶ Véase *Fed. Republic of Germany v. Philipp*, 141 S. Ct. 703 (2021) (en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que no tenía jurisdicción para resolver una disputa sobre artefactos que alegadamente Alemania obtuvo de sus nacionales presuntamente mediando coacción, aunque los demandantes alegaban que la excepción de expropiación del *Foreign Sovereign Immunities Act* permitía la intervención. La Corte Suprema de los Estados Unidos argumentó que el derecho internacional no aplica cuando un estado soberano expropia los bienes de sus propios nacionales, pues esto no interfiere con las relaciones entre los Estados).

⁵⁷ Xiaobing Liu, *Clinical Legal Education in China and the Issue of Locus Standi in Criminal Defense*, 23 WILLAMETTE J. INT'L L. & DISP. RESOL. 93, 94 (2015); véase también Corte Internacional de Justicia, *Funcionamiento de la corte*, NACIONES UNIDAS, <https://www.un.org/es/icj/how.shtml> (última visita 30 de octubre de 2021) (explicando que por Estados debemos entender: “los Estados Miembros de las Naciones Unidas y otros Estados que sean partes en el Estatuto de la Corte o que hayan aceptado su jurisdicción bajo ciertas condiciones”).

⁵⁸ Véase Eleni Polymenopoulou, *Cultural Rights in the Case Law of the International Court of Justice*, 27 LEIDEN J. INT'L L. 447, 450 (2014).

⁵⁹ Statute of the International Court of Justice, art. 36, I.C.J. ACTS & DOCS. 73, <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/acts-and-documents-en.pdf> (última visita 16 de abril de 2022).

⁶⁰ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia*, 5 REV. JUR. UIPR 3, 3 (1955-1957).

reservas a un tratado si este así lo permite.⁶¹ El artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la —Convención de Tratados de Viena—) establece que “un Estado podrá formular reservas en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse al mismo”.⁶² Los Estados no podrán hacer reservas contrarias al fin del tratado o que estén prohibidas por las disposiciones del tratado.⁶³

Es importante escudriñar las reservas de los tratados para descartar la posibilidad de toparse con reservas —relacionadas a la jurisdicción de la Corte— que tronchen el futuro de un pleito para restituir bienes culturales. La Corte ha confirmado la validez de las disposiciones de la Convención de Tratados de Viena y abundó en cuanto a las dinámicas que surgen luego de que un Estado hace una reserva. En la Opinión Consultiva acerca de las Reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, la Corte concluyó que el Estado que presente una reserva continuará siendo parte del tratado aunque otros Estados objeten a dicha reserva.⁶⁴ Sin embargo, los Estados que objeten la reserva tendrán la libertad de no considerar como miembro del tratado al Estado que hizo la reserva, mientras que los demás Estados que no objetaron podrán continuar considerando al Estado que hizo la reserva como miembro. En esa misma opinión, la Corte añadió que las reservas no tienen efecto legal si estas son hechas por Estados que no han ratificado ni firmado el tratado. En todo caso, estas expresiones son meros deseos y no reservas.

Ahora bien, además de lo que ya se ha discutido sobre la jurisdicción de la Corte, hay que tomar en consideración los conceptos de jurisdicción compulsoria y jurisdicción voluntaria. Veamos el siguiente ejemplo hipotético —en conjunto con el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, el “Estatuto”)—⁶⁵ para explicar los conceptos de jurisdicción voluntaria y compulsoria. Considérese un caso hipotético en el cual Argentina y el Reino Unido están en un pleito acerca de una partitura sagrada del tango que fue robada durante una guerra. Mientras tanto, el Reino Unido exhibe la partitura sagrada en su Museo Nacional sin la autorización de Argentina. Para propósitos del ejemplo, asúmase que ambos Estados aceptaron la jurisdicción de la Corte, pero el Reino Unido la aceptó antes de que surgiera la disputa, mientras que Argentina aceptó la jurisdicción de la Corte después de que surgiera la disputa. En este caso hipotético, el Reino

⁶¹ Véase Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 2, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (traducción suplida) (en el cual se define reserva como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar, o aprobar o adherirse a un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”); (cabe señalar que el Convenio UNIDROIT es un ejemplo de un tratado que no permite reservas, ya que su artículo 18 así lo dispone) UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, *supra* nota 40, art. 18, (mientras que hay tratados como la Convención UNESCO 1970 que no cuentan con cláusulas que prohíben las reservas) UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 14 de noviembre de 1970, 823. U.N.T.S. 231.

⁶² Vienna Convention on the Law of Treaties, *supra* nota 61, art. 19.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, 1951 I.C.J. 15 en la pág. 24 (28 de mayo de 1951).

⁶⁵ “La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”. Statute of the International Court of Justice, 24 de octubre de 1945, art. 36, 33 U.N.T.S. 993 (traducción suplida).

Unido, al aceptar la jurisdicción antes de que surgiera la disputa, estableció la jurisdicción compulsoria de la Corte. Dicha jurisdicción se da cuando los tratados y convenciones estipulan la jurisdicción compulsoria de la Corte, ya sea mediante un acuerdo especial como el Pacto de Bogotá, o a través de una cláusula compromisoria en donde se acepta la jurisdicción de la Corte para resolver disputas futuras relativas a la interpretación del tratado.⁶⁶ La jurisdicción compulsoria, conocida como la cláusula opcional, está contemplada en las últimas palabras de los artículos 36 (1) y 36 (2) del Estatuto.⁶⁷

En cambio, al Argentina someterse a la jurisdicción de la Corte luego del surgimiento de la disputa, hablamos de jurisdicción voluntaria. Es decir, si el Estado acude a la Corte y no existe un acuerdo en el cual se acepta la jurisdicción de la misma previo al nacimiento de la controversia, entonces la jurisdicción es voluntaria.⁶⁸ La legitimidad de la jurisdicción voluntaria surge de la primera parte del artículo 36 (1) del Estatuto: “[I] a competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan”.⁶⁹ Al igual que la jurisdicción compulsoria, la jurisdicción voluntaria permite a los Estados presentar demandas unilaterales.⁷⁰ En el caso del canal de Corfú,⁷¹ la Corte estableció este precedente y expresó: “a pesar de no existir consentimiento previo que comprenda la controversia, un Estado puede demandar a otro unilateralmente ante la Corte”.⁷² Si el demandado comparece ante la Corte, esta adquiere jurisdicción a base del principio del *forum prorogatum*, el cual es el foro diferido.⁷³ Dicho en otras palabras, el éxito de una demanda unilateral ante la Corte depende de que el demandado se haya sometido respecto a ese tipo de controversia antes de la demanda o se someta a la jurisdicción de la Corte al ser demandado.

Ante el marco de derecho internacional que hemos discutido, es evidente la complejidad de presentar ante la Corte una disputa para reclamar el patrimonio cultural robado antes de la creación de los tratados examinados en este escrito, pues el principio de restitución ha quedado subordinado a un principio legalista de no retroactividad.⁷⁴ La Corte está obligada a decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, aplicando tratados internacionales, el derecho consuetudinario, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas o las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.⁷⁵ A continuación, veamos un ejemplo que expone los retos para acceder al arreglo judicial de la Corte.

66 Jiménez de Aréchaga, *supra* nota 60, en la pág. 10.

67 *Id.* en las págs. 10 y 13.

68 *Id.* en la pág. 4.

69 *Id.* en la pág. 8 (*citando a* Statute of the International Court of Justice, 24 de octubre de 1945, art. 36, 33 U.N.T.S. 993 (traducción suplida).

70 Jiménez de Aréchaga, *supra* nota 60, en la pág. 7.

71 The Corfu Channel Case (U.K. v. Alb.), Preliminary Objection, 1948 I.C.J. 15 (25 de marzo de 1948).

72 Jiménez de Aréchaga, *supra* nota 60, en la pág. 5.

73 *Id.*; *Forum prorogatum*, BLACK'S LAW DICTIONARY (11th ed. 2019).

74 Sophie Bégin, *Entre herederos y ladrones: disputas en torno a la (re)apropiación del patrimonio prehispánico en México*, 38 REVISTA CANADIENSE DE ESTUDIOS HISPÁNICOS 55-56 (2013).

75 Statute of the International Court of Justice, art. 381.

II. EL PACTO Y LA OPINIÓN CONSULTIVA: VÍAS ALTERNAS HACIA LA CORTE

Anteriormente señalamos la posibilidad de encontrar una vía alterna que le permita a la Corte asumir jurisdicción sobre una disputa que gira en torno a hechos que ocurrieron siglos atrás. El entendido general es que, según el artículo 28 de la Convención de Tratados,⁷⁶ los tratados internacionales no aplican retroactivamente. Por otro lado, es posible sobrepasar la barrera del tiempo si concebimos los reclamos de restitución del patrimonio cultural bajo el manto de los derechos humanos y reconocemos que no son hechos aislados que ocurrieron en el pasado, si no que son violaciones que continúan existiendo desde el día en que se cometieron los hechos. En otras palabras, al igual que un secuestrador continúa cometiendo el delito de secuestro hasta tanto no libere a su víctima, las violaciones a los derechos culturales continúan cometándose desde el momento en que se robaron los bienes culturales hasta el momento en que los devuelvan.

Teniendo en cuenta dicha perspectiva, evaluaremos la posibilidad de comparecer ante la Corte por un pleito de restitución de bienes culturales robados siglos atrás utilizando los siguientes mecanismos: (1) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Pacto DESC” y “Pacto”);⁷⁷ y (2) la jurisdicción consultiva de la Corte.⁷⁸ Comencemos atendiendo el asunto del Pacto DESC.

A. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Luego de un proceso que tomó casi dos décadas, la Asamblea General de la Naciones Unidas —en adelante Asamblea General— adoptó el Pacto DESC en el año 1966, el cual entró en vigor en 1976.⁷⁹ De entrada se unieron varios países aliados de los Estados Unidos, como Australia y Alemania Occidental, y hoy día, setenta y uno son Estados Signatarios y 171 estados son Estados Partes.⁸⁰ En sus inicios, el Pacto DESC no contaba con un mecanismo para hacer denuncias, lo cual algunos académicos piensan que se debió a la Guerra Fría, al contraste de visiones sobre el papel de la responsabilidad internacional, a las percepciones de justicia económica, cultural y social y a los diferentes puntos de vista de los Estados.⁸¹ El Pacto DESC refleja un grupo de derechos conocidos como derechos

⁷⁶ Véase Vienna Convention on the Law of Treaties art. 28, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

⁷⁷ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *abierto a signatarios*, 16 de diciembre de 1966, 993 U.N.T.S. 4.

⁷⁸ Jiménez de Aréchaga, *supra* nota 60, en la pág. 34 (discutiendo que la Corte posee la competencia para emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica).

⁷⁹ Giorgio Baruchello & Rachael Lorna Johnstone, *Rights and Value: Construing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights as Civil Commons*, 5 *STUD. SOC. JUST.* 91, 92 (2011).

⁸⁰ *Id.* en pág. 92; véase también International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *supra* nota 77, en las págs. 52 y 60; United Nations Treaty Collection, *United Nations Treaty Series Online*, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en (última visita 31 de octubre de 2021).

⁸¹ Catarina de Albuquerque & Malcolm Langford, *The Origins of the Optional Protocol*, en *THE OPTIONAL PROTOCOL TO THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A COMMENTARY* 17-18 (Malcolm Langford et. Al. eds., 2016) (explicando que los Estados occidentales apoyaban un acuerdo que incluyera un mínimo de derechos civiles y políticos, mientras que los Estados orientales les interesaba que se incluyeran derechos sociales y económicos, y por otro lado, los estados de América Latina les interesaba que se incluyeran la mayor cantidad de derechos).

de segunda generación.⁸² Esta categoría también la podemos encontrar en la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁸³ Dentro de este grupo caen varios derechos,⁸⁴ tales como los derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁵ Para propósitos de nuestra discusión nos enfocaremos en los derechos culturales.

i. Derecho a participar en la vida cultural

El derecho a participar en la vida cultural —plasmado en el artículo 15 del Pacto DESC—⁸⁶ se ha concebido como un conjunto de libertades que incluyen el acceso a los bienes culturales.⁸⁷ Consecuentemente, este derecho es un derecho humano que toda persona posee, ya sea en su carácter individual o colectivo.⁸⁸ En la Observación General Núm. 21 del Consejo Económico y Social (en adelante, “Observación 21”⁸⁹ se afirmó que los Estados tienen la obligación de salvaguardar el patrimonio cultural en todas sus formas.⁹⁰ Como dijo la experta en derechos culturales, Farida Shaheed: “[e]l patrimonio cultural está vinculado a la dignidad e identidad humana. El acceso al patrimonio cultural y su disfrute es una característica importante de un miembro de una comunidad, un ciudadano y, de una forma más amplia, un miembro de la sociedad”.⁹¹ Las palabras de Shaheed nos permiten apreciar el vínculo inseparable entre el patrimonio cultural y los derechos humanos.

82 Véase ANTONIO RIVA PALACIO LAVÍN, *EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES* 13 (2012) (llamándose derechos de segunda generación debido a que están relacionados a la igualdad).

83 MIREYA CASTAÑEDA, *EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU RECEPCIÓN NACIONAL* 78-79 (2012).

84 Véase UNIDROIT *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*, *supra* nota 40, art. 8 (3).

85 Según Antonio Riva Palacio Lavín “[l]os derechos económicos, sociales y culturales incluyen el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, los derechos de protección a la familia y los menores, el derecho a la educación y el derecho a participar, tener acceso y contribuir a la vida cultural”; PALACIO LAVÍN, *supra* nota 82.

86 *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *supra* nota 77, art. 15 (1); véase también María J. Ochoa Jiménez, *Reapropiación de bienes culturales y derechos humanos*, 21 *DERECHO Y REALIDAD* 116, 127 (2013) (estableciendo que “[e]l derecho a participar en la vida cultural también se encuentra en el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUHD”).

B Véase Luis Pérez-Prat Durbán, *Observaciones sobre el derecho al patrimonio cultural como derecho humano*, 15 *PERIFÉRICA* 319, 332 (2014).

88 Véase Ana Filipa Vrdoljak, *Human Rights and Cultural Heritage in International Law*, en *INTERNATIONAL LAW FOR COMMON GOODS: NORMATIVE PERSPECTIVES ON HUMAN RIGHTS, CULTURE AND NATURE* 154 (Federico Lenzerini & Ana Filipa Vrdoljak eds., 2014).

89 Secretaría de las Naciones Unidas, *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos: Nota de la Secretaría*, ¶ 176, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (12 de mayo de 2004); también véase Pérez-Prat Durbán, *supra* nota 87, en la pág. 331 (planteando que “[l]a interpretación canónica del derecho a participar en la vida cultural se debe a la Observación general n° 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto del derecho contenido en el art. 15.1.a del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”).

90 Pérez-Prat Durbán, *supra* nota 87, en la pág. 334.

91 Farida Shaheed (experta independiente en la esfera de los derechos culturales), *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, 3, U.N. Doc. A/HRC/17/38 (21 de marzo de 2011).

Al igual que otros derechos humanos, el derecho a la participación en la vida cultural implica la obligación del Estado de respetar, proteger y satisfacer dicho derecho.⁹² Para cumplir con estas obligaciones, los Estados Partes “deben adoptar medidas, individualmente y con asistencia y cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, con vistas a lograr progresivamente el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”.⁹³ La profesora Ochoa Jiménez señala que el derecho a la participación en la vida cultural conlleva una obligación de reapropiación de bienes culturales.⁹⁴ Es decir, el Estado tiene la obligación de garantizar que los bienes culturales —expropiados ilegalmente— puedan ser reapropiados por la sociedad o grupo originario que sufrió la ausencia de objetos que son importantes para su cultura.⁹⁵

Los Estados que incumplan dichas obligaciones incurrirán en una violación a los derechos del Pacto.⁹⁶ En resumen y puesto en el contexto de este escrito, un Estado viola el derecho a la participación de la vida cultural al no garantizar el acceso al patrimonio cultural, o no intentar devolver o recuperar los bienes culturales a los grupos que sufrieron la expropiación forzosa. Así pues, un tercero ocasiona un daño cuando se apropia del patrimonio cultural de una comunidad sin consentimiento de dicha comunidad.

Ante la necesidad de atender las violaciones a los derechos culturales, en el año 1985 se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés), con el objetivo de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto y atender las denuncias presentadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.⁹⁷ El CESCR cuenta con dieciocho expertos independientes encargados de supervisar que los Estados Miembros apliquen el Pacto a través de la examinación de reportes que someten los Estados periódicamente, en donde se explican las medidas que han tomado para incorporar las disposiciones del Pacto.⁹⁸ El CESCR cumple con una función importante, pero es insuficiente al no proveer un mecanismo de comunicación para las víctimas que sufren violaciones a sus derechos culturales.⁹⁹

92 Vrdoljak, *supra* nota 88, en la pág. 156.

93 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, 23, Folleto informativo Núm. 7/Rev.2 (2013), https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev2_sp.pdf (última visita 31 de octubre de 2021).

94 María J. Ochoa Jiménez, *Reapropiación de bienes culturales y derechos humanos*, 21 DERECHO Y REALIDAD 116, 127 (2013).

95 *Id.* en la pág. 120.

96 *Conceptos fundamentales relativos a los ESCR- ¿Qué casos constituyen ejemplos de vulneraciones de derechos económicos, sociales o culturales?*, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, <https://www.ohchr.org/sp/issues/escr/pages/whatareexamplesofviolationsofescr.aspx#:~:text=Una%20violaci%C3%B3n%20de%20los%20derechos,de%20respetarlos%2C%20protegerlos%20y%20realizarlos> (última visita 31 de octubre de 2021).

97 *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx> (última visita 31 de octubre de 2021).

98 Catarina de Albuquerque, *Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights—The Missing Piece of the International Bill of Human Rights*, 32 HUM. RTS. Q. 144, 147-48 (2010).

99 *Id.* en la pág. 148.

B. Opiniones consultivas

La Corte tiene potestad para emitir opiniones consultivas en virtud del artículo 96 (1) de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, “Carta UN”),¹⁰⁰ y el artículo 65 (1) del Estatuto de la Corte,¹⁰¹ siempre y cuando tengan relación con alguna cuestión jurídica.¹⁰²

El artículo 96 (1) de la Carta UN expresa que “[l]a Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar que la Corte Internacional de Justicia emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica”.¹⁰³ Según el artículo 96, la Asamblea General podría solicitar una opinión respecto a una disputa entre Estados sobre la restitución de un bien cultural.

Las opiniones consultivas, a pesar de no ser vinculantes, se han utilizado para aclarar cuál es el Derecho Internacional aplicable a las controversias entre los estados.¹⁰⁴ Por ende, sería un error decir que las opiniones consultivas no tienen efecto legal alguno por no ser vinculantes.¹⁰⁵ Según Sadot Santana, “las opiniones consultivas se han convertido en los mecanismos que la [Corte Internacional de Justicia] utiliza para lograr su fin de resolver controversias jurídicas entre países”.¹⁰⁶ Este argumento se sostiene en otros escritos que demuestran que las opiniones consultivas pueden ser más importantes que las adjudicaciones de la Corte en cuanto a las relaciones internacionales, pues su naturaleza persuasiva es superior a la fuerza y coerción.¹⁰⁷ A pesar de que podríamos argüir a favor de las opiniones consultivas como alternativas para repatriar los bienes culturales, el carácter político del tema podría ser un contratiempo. Al escudriñar la casuística de la Corte, hallamos que algunos estados se han opuesto a cualquier intervención de la Corte cuando el caso involucra temas políticos.¹⁰⁸ Ciertamente, este tipo de argumento podría ser un percance al momento de reclamar el patrimonio cultural, ya que el tema de repatriaciones de objetos culturales está plagado por un matiz político. Evidenciamos la convergencia entre la política y el patrimonio cultural tras el esfuerzo en conjunto que llevan a cabo los adinerados y agencias gubernamentales de China para repatriar objetos culturales bajo el lema de patriotismo.¹⁰⁹ No obstante, la existencia de controversias

¹⁰⁰ U.N. Charter art. 96, ¶ 1.

¹⁰¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia art. 65, ¶ 1.

¹⁰² Jiménez de Aréchaga, *supra* nota 60, en la pág. 34.

¹⁰³ U.N. Charter, *supra* nota 100, en la pág. 18.

¹⁰⁴ Jiménez de Aréchaga, *supra* nota 60, en la pág. 35.

¹⁰⁵ Véase Sadot Santana Miranda, *Israel y Palestina a diez años de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia: La seguridad del estado versus los derechos de los individuos*, 84 REV. JUR. UPR 1309, 1314 (2015) (citando a Pieter H.F. Bekker, *The World Court's Ruling Regarding Israel's West Bank Barrier and the Primacy of International Law: An Insider's Perspective*, 38 CORNELL INT'L L. J. 553, 564 (2005) (traducción suplida)).

¹⁰⁶ Santana Miranda, *supra* nota 105, en la pág. 1316.

¹⁰⁷ Véase Teresa F. Mayr & Jelka Mayr-Singer, *Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law*, 76 HEIDELBERG J. INT'L L. 425, 430 (2016).

¹⁰⁸ *Id.* (en el 1970, aunque Sudáfrica alegó que la Corte se debía inhibir de emitir una opinión consultiva debido a las presiones políticas a las que estaría sujeta); véase, Santana Miranda, *supra* nota 105, en la pág. 1315.

¹⁰⁹ Véase Magnus Fiskesjö, *Politics of Cultural Heritage*, en *RECLAIMING CHINESE SOCIETY: THE NEW SOCIAL ACTIVISM* 225 (You-tien Hsing & Ching Kwan Lee, eds., 2010).

entre Estados salpicadas de asuntos políticos no impide que la Corte emita opiniones consultivas.¹¹⁰

Examinemos los argumentos contemporáneos que abogan por las opiniones consultivas como la vía para repatriar los patrimonios culturales que fueron usurpados antes del siglo XX. Como Juez Apelativo de las Naciones Unidas en el Tribunal Especial para Sierra Leona y abogado especialista en derechos humanos, Geoffrey Robertson respalda fervientemente el uso de las opiniones consultivas.¹¹¹ Para demostrar su punto, el juez Robertson alude al caso de los mármoles del Partenón de Atenas,¹¹² y alega que Grecia podría recuperar su patrimonio cultural mediante una opinión consultiva.¹¹³ En *Who Owns History?*, Robertson explica que Grecia podría conseguir el apoyo de otros Estados para que la Asamblea General solicite a la Corte una opinión consultiva.¹¹⁴ Por otro lado, el autor clarifica que una opinión consultiva no garantiza que la Corte establezca una norma de Derecho Internacional que exija que se devuelvan los bienes culturales expropiados ilegalmente.¹¹⁵ Entonces, si esta opción está disponible, ¿por qué no la han utilizado? Robertson opina que algunos diplomáticos no están totalmente convencidos y temen perder, lo cual podría atrasar los esfuerzos de restitución.¹¹⁶ Pero el temor a la derrota no debe ser razón para amedrentarse, pues aún el fracaso serviría para fomentar la creación de un tratado internacional que identifique las reglas y procedimientos para recobrar antigüedades que fueron adquiridas indebidamente en el pasado.¹¹⁷

CONCLUSIÓN

La colonización de América, al igual que todas las colonizaciones, fue una agresión ilegal en donde las potencias europeas robaron el patrimonio cultural de los pueblos colonizados.¹¹⁸ En la actualidad, miles de estos bienes culturales siguen sin haber sido restituidos.¹¹⁹ Esto representa una negación al acceso de dichos patrimonios y, por ende,

¹¹⁰ Santana Miranda, *supra* nota 105, en la pág. 1315-16 (aclarando que, en el 1970, a pesar de las objeciones de Sudáfrica respecto a la participación de la Corte en un caso que involucraba asuntos políticos, la Corte emitió una opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas que tiene para los estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia).

¹¹¹ GEOFFREY ROBERTSON, *WHO OWNS HISTORY?: ELGIN'S LOOT AND THE CASE FOR RETURNING PLUNDERED TREASURE* 211 (2019).

¹¹² Véase David Rudenstine, *Lord Elgin and the Ottomans: The Question of Permission*, 23 *CARDOZO L. REV.* 449 (2002) (resaltando además que, en el año 1816, Lord Eglin vendió al Museo Británico de Londres los mármoles del Panteón de Atenas, luego de ordenar que los desmantelaran mientras fungía como el embajador británico del imperio otomano).

¹¹³ ROBERTSON, *supra* nota 111, en la pág. 211.

¹¹⁴ *Id.* en la pág. 214.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.* en las págs. 214, 286.

¹¹⁸ Alessandro Chechi, *The Return of Cultural Objects Removed in Times of Colonial Domination and International Law: The Case of the Venus of Cyrene*, 18 *ITALIAN YEARBOOK OF INT'L L. ONLINE* 159, 174 (2008).

¹¹⁹ Mariana Françoço & Amy Strecker, *Caribbean Collections in European Museums and the Question of Returns*, 24 *INT'L. CULTURAL PROP.* 451, 456 (2017) (proveyendo ejemplos de objetos que no han sido restituidos).

una violación al tan reconocido derecho de participación de la vida cultural según dicta el Derecho Internacional.¹²⁰

Las disputas de restitución de patrimonio cultural robado durante el siglo XVI todavía no se han resuelto en un tribunal internacional por las limitaciones en cuanto a retroactividad de los tratados y el asunto de jurisdicción de tribunales. No obstante, el Pacto DESC, por ser un tratado internacional que define el acceso al patrimonio cultural como un derecho humano de rango internacional,¹²¹ puede ser un instrumento para utilizarse en conjunto con la Carta UN y el Estatuto de la Corte para que la Asamblea General solicite una opinión consultiva a la Corte en representación de los Estados que reclamen la restitución de su patrimonio cultural. Si partimos de esta noción y la aplicamos al caso hipotético de la estatuilla dorada, ¿resolvería el tribunal a favor de la República Dominicana para que España les devolviera la estatuilla? Lamentablemente, no sabremos la contestación hasta que se solicite una opinión consultiva a la Corte respecto a este tema. No obstante, basándonos en las ideas de Geoffrey Robertson, existe la posibilidad de que la Corte emita una opinión consultiva a favor de la República Dominicana.¹²²

Más que obstáculos que puedan afectar el éxito de esta propuesta, debemos ver las relaciones entre los Estados, el derecho doméstico de cada Estado, los aspectos procesales y el derecho sustantivo respecto a la propiedad como retos intelectuales y de gran trascendencia que nos toca resolver creativamente. Es imprescindible realizar estudios adicionales sobre dichos factores y alternativas. Un ejemplo es el asunto del acceso a las cortes nacionales al amparo del artículo 8 de la Convención UNIDROIT,¹²³ que permite el arbitraje para resolver disputas y examinar si los robos de los artefactos son delitos continuados en el Derecho Internacional.

A pesar de la necesidad de profundizar en las complejidades que hemos mencionado, este escrito fomenta el desarrollo de un discurso a favor de la restitución del patrimonio cultural que fue saqueado de las islas del Caribe durante la época de colonización, y a su vez, impulsa la investigación acerca del paradero de dicho patrimonio. Este trabajo es un punto de partida para que los Estados caribeños diseñen estrategias que les permitan recuperar sus tesoros a partir de las opiniones consultivas. Igualmente, buscamos visibilizar los atropellos cometidos en contra de la cultura de los pueblos del Caribe y de la urgencia de reunir los pueblos con su patrimonio cultural. Ciertamente, hay un largo camino por recorrer, pero esto no puede ser motivo para desfallecer, pues no lejos de estas palabras existen pueblos ultrajados que continúan sufriendo los estragos culturales producto de las atrocidades de la colonización.

120 Luis Pérez-Prat Durbán, *Observaciones sobre el derecho al patrimonio cultural como derecho humano*, 15 PERIFÉRICA 319, 332 (2014).

121 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *supra* nota 77, art. 15 (1)(a).

122 GEOFFREY ROBERTSON, WHO OWNS HISTORY?: ELGIN'S LOOT AND THE CASE FOR RETURNING PLUNDERED TREASURE 214 (2019).

123 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, *supra* nota 40, art. 8.