DEPARTAMENTO ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST- IJU -498-2018

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

"APROBACIÓN DEL CONVENIO DE PROTECCIÓN Y RESTITUCIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO NATURAL Y CULTURAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA Y EL GOBIERNO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA"

EXPEDIENTE Nº 20.841

INFORME JURÍDICO

ELABORADO POR:

GUSTAVO RIVERA SIBAJA
ASESOR PARLAMENTARIO

SUPERVISADO POR:

Mª MAYELA CHAVES VILLALOBOS
JEFE DE ÁREA

REVISIÓN FINAL Y AUTORIZACIÓN POR:

FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ
DIRECTOR A.I.

15 DE NOVIEMBRE DE 2018

ASAMBLEA LEGISLATIVA
de la República de Costa Rica

TABLA DE CONTENIDO

I.- RESUMEN DEL PROYECTO 3

II.- ANÁLISIS DE FONDO 3

AUSENCIA DE PROBLEMAS JURÍDICOS 4
CONTENIDO REITERATIVO DE OTROS INSTRUMENTOS VIGENTES 4
OTRAS INICIATIVAS Y CONVENIOS SIMILARES POR LA MATERIA 5

III.- ANÁLISIS DEL ARTICULADO 6

IV.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO 11

Votación 11
Delegación 11
Consultas Preceptivas 11
Consultas Facultativas 11

AL-DEST- IJU -498-2018
INFORME JURÍDICO

"APROBACIÓN DEL CONVENIO DE PROTECCIÓN Y RESTITUCIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO NATURAL Y CULTURAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA Y EL GOBIERNO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA"

EXPEDIENTE Nº 20.841

I.- RESUMEN DEL PROYECTO

El Gobierno presenta para la aprobación legislativa el Convenio de protección y restitución de bienes del patrimonio natural y cultural entre Costa Rica y Bolivia suscrito en San José, el pasado 16 de abril de 2018.

El objetivo del Convenio es comprometer a las Partes a evitar por todos los medios el expolio o saqueo de bienes culturales producto del tráfico ilícito de estos objetos, tal como se define en el Artículo I.

El artículo II contiene la obligación sustancial, que es el compromiso de restitución de este tipo de bienes cuando se detecte su tráfico ilícito, para lo cual se dan las respectivas reglas de procedimiento relacionadas con los gastos de custodia y de la propia restitución (artículo III).

Se define además en forma genérica el deber de cooperar en intercambio de información y otras modalidades como capacitación, todas destinadas a combatir el tráfico ilícito (artículo IV)

Hay una norma genérica en que las Partes también se comprometen a la salvaguardia de su propio patrimonio cultural inmaterial (artículo V) y otras en que las Partes se comprometen a aplicar las sanciones a los hechos ilícitos según su propia legislación nacional (artículo VII).

El Convenio cierra con las tradicionales normas del derecho de los tratados sobre vigencia, terminación, posibilidad de modificaciones y establece como medio de solución de diferencias las negociaciones diplomáticas (artículos VII al X).

II.- ANÁLISIS DE FONDO

El presente proyecto es una aprobación legislativa a un Tratado, lo cual no es actividad legislativa ordinaria, sino una potestad especial de control político (artículo 121 inciso 4° de la Constitución Política). Corresponde, por tanto, a la

Asamblea únicamente “aprobar o improbar” el Convenio sin que sea válido modificar el texto sometido a aprobación.

Ausencia de problemas jurídicos

Todas las disposiciones del Convenio son normales y comunes y están por entero dentro del ámbito de disponibilidad dentro del cual los Estados pueden asumir compromisos libremente.

En este caso la principal obligación que asume el Estado costarricense es la cooperación en combatir el tráfico ilícito de bienes culturales de la otra Parte, para lo cual se compromete a acciones concretas como la incautación y posterior restitución de bienes culturales cuando se detecte su tráfico ilícito, y a medidas de colaboración como intercambio de información y otras similares.

El Convenio no pretende de ninguna forma modificar el ordenamiento jurídico de las Partes, sino que más bien las acciones que propone son en general remisión a la propia normativa interna de los Estados.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, no se observa ningún tipo de problema jurídico con respecto al tratado; y su aprobación o no, es enteramente una decisión de carácter discrecional que deben valorar los señores y señoras diputadas en ejercicio de sus potestades.

Contenido reiterativo de otros instrumentos vigentes

El objeto y contenido esencial de este Tratado, que es acordar medidas para combatir el tráfico ilícito de bienes culturales, es similar o reiterativo de otros instrumentos internacionales multilaterales, de los cuales ambos países, tanto Costa Rica como Bolivia, también son miembros.

Significa lo anterior, que las medidas y acciones que propone este Convenio bilateral perfectamente podrían ser tomadas en el marco de otros instrumentos ya vigentes, que no solo el mismo Convenio reconoce, sino incluso a los que remite para completar sus contenidos.

Estos Convenios son: en el ámbito de la UNESCO (mundial o nivel global) se encuentra la Convención de París (14 de noviembre de 1970) sobre Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y la transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, conocida simplemente como La Convención contra la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, la cual fue aprobada en nuestro país mediante Ley N° 7526 del 10 de julio de 1995, y fue ratificada por Decreto Ejecutivo N° 24.729 del 9 de octubre de 1995 (en adelante nos referiremos a este Convenio simplemente como el Convenio UNESCO).

Por su lado, Bolivia ratificó dicho instrumento y entró a formar Parte de dicha Convención desde el 04 de octubre de 1976.

Este instrumento contiene las principales medidas que reproduce el Convenio ahora sometido a aprobación, en particular el compromiso de restitución de bienes cuando se detecta su tráfico ilícito.

En el ámbito de la OEA, ambas Partes también comparten ser miembros de la Convención de Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, conocida como Convención de San Salvador, por la ciudad en que fue suscrita el 5 de setiembre de 1979, la cual está en vigor para Costa Rica desde el 14 de mayo de 1980, y para Bolivia desde el 7 de enero de 2003.

Nuevamente, este instrumento tiene un contenido muy similar al Convenio UNESCO y por ende, también al contenido de este Convenio sometido ahora a aprobación.

Como se verá con más detalle en el apartado del análisis del articulado, estos dos Convenios vigentes prácticamente cubren la totalidad de los contenidos del Convenio (por lo cual decimos que es reiterativo) con muy pocos cambios y realmente menores (sobre todo lo referido a la asunción de gastos de custodia y la regla expresa que no reconoce el deber de indemnizar).

En todo caso, y según las reglas del derecho internacional, los tres Tratados pueden convivir simultáneamente, sencillamente porque cada uno tiene un ámbito de aplicación distinto, y aunque las Partes comparten ser miembros en los dos anteriores, a la hora de un caso concreto, simplemente según el principio de elección del foro, perfectamente podrían escoger por cual de los instrumentos hacen la reclamación.

Aunque este Tratado no tiene reglas específicas, claramente no está destinado ni a modificar ni sustituir ningún otro instrumento vigente, por lo que reiteramos que perfectamente podrían convivir los tres instrumentos internacionales simultáneamente sin problema alguno, más allá de la reiteración de contenidos.

Como se mencionó antes, el Convenio no tiene problemas jurídicos de ningún tipo, y su aprobación es un asunto de oportunidad política.

Otras iniciativas y Convenios similares por la materia

En el pasado, nuestro país ha suscrito Convenios muy similares con otros países de la región: así por ejemplo, el Convenio de Protección y Recuperación de bienes culturales con Ecuador, cuya aprobación se presentó a la corriente legislativa bajo el expediente N° 15.847, el cual fue archivado por vencimiento de plazo cuatrienal el 31 de marzo de 2009.

Mejor suerte corrió el Convenio sobre protección y restitución de bienes culturales con la República del Perú, el cual sí fue aprobado mediante la Ley N° 9308 del 25 de agosto de 2015.

Aparte de los anteriores, nuestro país también suscribió y ratificó el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954, para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado.[1]

III.- ANÁLISIS DEL ARTICULADO

Artículo I.- Objeto

Dispone la obligación fundamental del Convenio que "*se comprometen a combatir e impedir por todos los medios a su alcance, el ingreso a sus respectivos territorios de todo bien del patrimonio cultural, proveniente de la otra Parte, y que haya sido objeto de apropiación o exportación ilícita…"*

De este párrafo, lo primero que salta a la vista es que el Convenio no tiene ninguna definición para los bienes que pretende proteger, o sea "patrimonio cultural", por lo que habría que recurrir a la legislación interna de las Partes (lo cual obviamente sería problemático en cuanto a su aplicación) o a los Convenios internacionales que ambas Partes comparten en el marco de sus legislaciones vigentes, tal como lo enuncia expresamente el Preámbulo.

Pero esta necesidad de remitir a otros instrumentos vigentes para ambas Partes nos lleva directamente al cuestionamiento: ¿Qué aporta entonces específicamente este Convenio, que no esté ya regulado en esos Convenios anteriores a los que necesariamente remite?

Y desde aquí, en términos estrictamente jurídicos, la defensa o la necesidad de aprobar este Convenio se vuelve relativa, porque las diferencias en su contenido con respecto a otros instrumentos vigentes es muy poca, e incluso, la legislación vigente, a través de los instrumentos que ambas Partes comparten, es mejor o más detallada en muchos casos.

El Convenio de la OEA en esta materia tiene exactamente el mismo contenido "*la identificación, registro, protección y vigilancia de los bienes que integran el patrimonio cultural de las naciones americanas, para: a) impedir la exportación o importación ilícita de bienes culturales",* pero es mucho más concreto porque propone medidas específicas, como el registro y la autorización para exportación, pero además, contiene en su artículo 2 una definición de los bienes que el

[1] Aprobado en nuestro país mediante Ley N° 8282 del 6 de junio de 2006.

Convenio está destinado a proteger, como también lo hace el Convenio de la UNESCO en su primer artículo.

El párrafo segundo del Convenio en estudio es todavía más impreciso, pues compromete a las Partes a la "*protección de la propiedad intelectual colectiva*". Este concepto, además de indeterminado y abstracto, es definitivamente otro orden de ideas y es sujeto de otros Convenios totalmente distintos, como los referidos a la protección de la propiedad intelectual.

Son dos mundos distintos y dos cosas totalmente diferentes. La propiedad intelectual no se puede "restituir" ni "importar ni exportar", menos la "colectiva", sino es por un tipo de medidas muy diferentes a la protección que se otorga a los bienes físicos y materiales que podrían constituir el patrimonio cultural.

Pero esta confusión o simplemente mezcla de conceptos, produce un texto, quizás con buenas intenciones, pero carente de técnica jurídica, lo cual hace aun más discutible la bondad o necesidad del mismo; reiteramos, si lo comparamos con instrumentos y mecanismos ya vigentes.

El artículo continúa en el párrafo tercero y cuarto con temas relativos de protección de bienes culturales, y reitera disposiciones ya contenidas en otros instrumentos como lo son la autorización de ingreso temporal, y la incautación de bienes, cuando se percibe un intento de internación no autorizado.[2]

Finalmente, el párrafo quinto reitera las obligaciones u compromisos de cooperación, y llega a incluir entre los bienes culturales sujetos de importación o exportación no autorizada, "medios audiovisuales", los cuales obviamente solo podrían ser sujetos de una protección intelectual, con lo cual vuelve a confundir y mezclar términos de diferente naturaleza y régimen jurídico de protección.

Quizás el problema de técnica jurídica más grave de este artículo es la falta de definición de los bienes y hasta derechos, que son objeto de protección.

En todo caso, el objetivo es reiterado con los Convenios tanto de la UNESCO como el de la OEA en esta materia, los cuales al actuar como normativa complementaria o supletoria, o hasta de remisión directa, excluyen los problemas de indeterminación antes mencionados.

[2] En cuanto a la incautación, esta figura está expresamente prevista en el artículo 7.b.ii) "*medidas apropiadas para decomisar y restituir*" del Convenio UNESCO.

Artículo II Restitución

Este artículo contiene uno de los compromisos esenciales del Convenio: la restitución de objetos que hayan sido objeto de tráfico ilícito y que pertenecen a la otra Parte.

Establece un procedimiento, que en realidad es solo la debida comunicación a la otra Parte, la verificación de la autenticidad del objeto en cuestión, y la obligación de restitución inmediata. A diferencia de los Convenios de la UNESCO y de la OEA, que implementan en primer lugar medidas específicas de protección como lo son un registro, del que deriva un certificado, del que se hace depender la licitud o no del tráfico[3], este Convenio no establece nada al respecto, sino que solo lo remite en términos genéricos "*documentos y elementos necesarios para la reclamación*", pero no hay acuerdo sobre un sistema común de reconocimiento mutuo, al punto que prevé las reclamaciones por vía judicial en procesos decisorios de conocimiento (inciso f), lo cual realmente no es una vía acordada de cooperación, porque sería el camino a seguir en caso de que no existiera ningún otro Acuerdo.

Como se observa, nuevamente esta norma es menos detallada si se la compara con la normativa vigente o aplicable actualmente, y para su efectiva operatividad debería apoyarse en los Convenios vigentes, a los cuales no agrega nada nuevo, sino de los que más bien depende.

Artículo III Gastos de Recuperación y de Restitución de Bienes

El Convenio reproduce el principio de que los gastos de restitución corren a cargo del Estado requirente, el cual es el mismo principio que establece el Convenio UNESCO en su artículo 7 párrafo final, y en términos similares el artículo 12 del Convenio de la OEA, si bien este prevé que el Estado requerido asume los gastos provisionalmente y solo después tiene derecho al resarcimiento de dichos gastos.
La principal diferencia que contiene es que mientras el Convenio UNESCO contempla algún tipo de indemnización a poseedores de buena fe, este Convenio bilateral expresamente contempla que no hay derecho a ningún tipo de indemnización.

Ambas situaciones son válidas y posibles. Realmente el sistema de autorizar indemnizaciones, existiendo un registro y deber de contar un certificado oficial es contradictorio con esa condición de poseedor de buena fe de un bien cultural transado ilícitamente.

[3] Así el artículo 6 del Convenio de la UNESCO, en el inciso 1) las Partes se comprometen a establecer un "*certificado adecuado*"; y en el artículo 7 del Convenio de la OEA, en los incisos a (y c) las Partes se comprometen a elaborar un registro de bienes patrimoniales e impedir el tráfico o el comercio sin dicho registro.

En este aspecto consideramos que el Convenio bilateral sí es mejor que los Convenios vigentes.

Artículo IV Intercambio de información y capacitación

Esta es una norma genérica de cooperación de intercambio de información (casi de tipo policial) para prevenir el tráfico ilícito de bienes culturales y para capacitación y pasantías.

El intercambio de información que prevé no es nunca información confidencial, y en todo caso, la norma utiliza la norma abierta de que se hará "*de conformidad con su legislación interna"*, razón por la que excluye cualquier problema jurídico.

Por ese motivo, y por tratarse evidentemente de intercambio de información pública y nunca de información privada o confidencial, es que la norma ni califica la votación ni tiene problemas de inconstitucionalidad ni de ningún otro tipo.

Artículo V Patrimonio inmaterial

Se ha querido aprovechar el Convenio para introducir un tema que quizás solo tiene una relación tangencial con la materia de fondo, pues la protección del patrimonio inmaterial realmente significa un tipo distinto de medidas de protección por la naturaleza de los derechos que se pretenden proteger.

Como sea, la norma es genérica y más que todo de carácter habilitante, pero no tiene compromisos específicos que sean exigibles jurídicamente, pues es lo que se conoce como una obligación de medios y no de resultados, lo que excluye la posibilidad de que presente problemas jurídicos.

La obligación que asumen los Estados es la salvaguardia de sus propias manifestaciones de este patrimonio cultural e inmaterial, lo que de todas maneras es una simple remisión al Convenio específico de la UNESCO en la materia, de la que igualmente tanto Costa Rica como Bolivia son Estados miembros[4], por lo que la disposición realmente es reiterativa de otros compromisos ya asumidos en otro instrumento internacional con mucho mayor detalle.

[4] Nos referimos a la Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, la cual fue aprobada en nuestro país mediante Ley N° 8560 del 16 de noviembre de 2006, y que Bolivia ratificó el 28 de febrero, también del 2006, según la información que consta en el portal electrónico: https://ich.unesco.org/es/estado/bolivia-estado-plurinacional-de-BO (visitada el 13 de noviembre de 2018).

Artículo VII Sanciones

El Convenio compromete a las Partes a imponer sanciones "*de conformidad con su legislación interna*" a quienes participen en el tráfico ilícito de este tipo de bienes.

El artículo 8 del Convenio de la UNESCO ya contiene la obligación de imponer sanciones penales o administrativas a los infractores de las obligaciones que contempla, en tanto que el Convenio de la OEA compromete a las Partes en su artículo 10 a "*tomar las medidas necesarias para prevenir y reprimir*" el tráfico ilícito de bienes culturales, y en todo caso, somete los delitos en esta materia a ser objeto expreso de régimen de extradición entre las Partes (artículo 14).

El compromiso de aplicar la legislación interna es en todo caso una remisión a las potestades soberanas, que siempre están obligadas a aplicar su propia legislación sin necesidad de compromiso especial.

En el caso de Costa Rica, esta remisión a la legislación interna estaría referida principalmente a la Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico, Ley N° 6703 del 28 de diciembre de 1981, la cual a partir de su artículo 19 contempla un capítulo de Sanciones, dentro de las que se incluyen penas de prisión de una hasta tres o cuatro años, a quien comercialice ilícitamente este tipo de bienes (artículo 26) o a quien intente sacar del país ilícitamente estos bienes protegidos (artículo 27).

La norma es meramente de remisión al derecho interno, y por tanto se excluye todo problema jurídico.

Artículos VII al X Normas del derecho de los Tratados

Los artículos VII al X contienen las tradicionales normas del derecho de los tratados que no buscan regular la materia sustantiva del Convenio, sino tan solo la aplicación del mismo Convenio.

Se definen así las normas de vigencia, terminación, solución de diferencias que solo contempla las negociaciones diplomáticas y no contiene ningún recurso a la jurisdicción; y las modificaciones respecto a las cuales solo dice que serán por Acuerdo de las Partes (lo que es lógico y natural tratándose de un Convenio bilateral) y aunque no lo dice, está claro que debe suponerse que esas modificaciones deben seguir sus propios procedimientos internos de orden constitucional, ello conforme al principio natural del derecho Internacional que exige interpretarlo de esta forma.

Todo este tipo de normas son normales y comunes, y no se observan ningún problema jurídico en ellas.

IV.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Votación

Este proyecto puede ser aprobado con la mayoría absoluta de los presentes, según dispone el artículo 119 de la Constitución Política.

Delegación

En tratándose de la competencia especial de aprobación de Tratados, expresamente excluida de la posibilidad de ser delegada a conocimiento de una Comisión Legislativa con Potestad Plena según establece el artículo 124 párrafo 3° de la Constitución Política, este proyecto necesariamente deberá ser conocido y votado en el Plenario Legislativo.

Consultas Preceptivas

- Tiene consulta obligatoria con la Sala Constitucional después de aprobado en primer debate.

Consultas Facultativas

- Se recomienda su consulta con el Ministerio de Cultura y Juventud y;
- Museo Nacional de Costa Rica

- En lo que se refiere a los aspectos operativos de su aplicación, se recomienda su consulta con la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda.

Elaborado por: grs
/*lsch//15-11-2018
C. Archivo