

Compensación de bienes culturales

Augusto Ferrero

Entiéndese por bienes culturales los objetos y documentos históricos y etnográficos, incluyendo manuscritos, obras de artes plásticas y decorativas, objetos paleontológicos y arqueológicos, así como especímenes zoológicos, botánicos y minerales (artículo 3 de los Estatutos del Comité Intergubernamental para fomentar el retorno de los bienes culturales a sus países de origen o su restitución en caso de apropiación ilícita).

Estos bienes tienen una categoría jurídica muy particular. De acuerdo a su naturaleza, pueden ser muebles o inmuebles. De acuerdo a su titular, pueden ser de propiedad del Estado o de los particulares, dependiendo de la forma como estén normados por las legislaciones internas. Pero, en ambos casos, hay un interés público nacional en protegerlos y conservarlos. Se rigen internamente por disposiciones constitucionales, administrativas y por las contenidas en los códigos civiles.

Dada la importancia de su integridad, las cartas magnas dictan pautas sobre ellos; en especial, sobre los bienes inmuebles; consagrando la idea de que el patrimonio cultural de la nación, representado por sus riquezas artísticas e históricas, esté debidamente tutelado por el Estado. Cuando son de dominio público, entran íntegramente en el campo del Derecho Administrativo, debiendo el Estado atender como titular de dominio su cuidado y protección. Cuando la dominicalidad sobre ellos es privada, se rigen por el Derecho Civil, con las limitaciones a la propiedad que dicta el Derecho Administrativo.

No existe, sin embargo, un criterio diferenciador sobre estos bienes, determinando los casos en que la dominicalidad debe ser pública o priva-

da. Resulta difícil definir el concepto jurídico de dominio público si tratamos de identificarlo con un conjunto de bienes de acuerdo a su carácter, a su naturaleza jurídica o a su destino o afectación. Lo que sí resulta definitivo es que está constituido por un conjunto de bienes sometido a un régimen jurídico sustancialmente distinto al que rige el dominio privado. La determinación para integrar un bien en la dominicalidad pública o privada depende, en última instancia, de la voluntad del legislador. Treilhard, en su Exposición de Motivos del Código de Napoleón, dijo que el código civil debía ocuparse únicamente de los bienes que pertenecen a los particulares, siendo los demás materia de un código de Derecho Público o de las leyes administrativas.

Los bienes culturales, sean inmuebles o muebles, están sujetos a los fines de la tutela del Estado, a la jurisdicción de la nación. Y es que son de interés público nacional. Así, el Estado impone limitaciones al uso o goce de esos bienes, sean restricciones, servidumbres o expropiaciones, además de dictar normas relativas a regular su disponibilidad, custodia y conservación. Constituyen limitaciones a la propiedad privada teniendo en mira el interés público.

Al Derecho Internacional le interesa la identificación de estos bienes con un determinado territorio, por ser partes integrantes de la nacionalidad. Viendo la nación como un complejo de elementos naturales y culturales, o sea, como un conjunto de elementos geográfico, lingüístico, ético, antropológico e histórico, la identificamos con un conjunto de hombres unidos por una comunidad espiritual que tiene como factor fundamental la tradición. Se forja por la convivencia histórica en el mismo territorio, y tiene como elemento esencial la afinidad, sentimiento que se expresa en la conciencia social.

Ese concepto de nación, jurídicamente organizado como Estado, adquiere en la convivencia internacional determinados deberes y derechos.

Los deberes de los Estados, como correlativos de los derechos, pueden ser jurídicos o morales. Son jurídicos cuando el cumplimiento puede exigirse por los medios que autoriza el Derecho Internacional. Son morales cuando no tienen otra sanción que la de la opinión pública.

En el Derecho Internacional, cada uno de los derechos fundamentales de los Estados envuelve la existencia simultánea de un deber. "No habrá auténticos derechos fundamentales sino cuando haya frente a ellos deberes

fundamentales correlativos" (1). La posesión de uno de esos derechos por parte de un Estado tiene como elemento correlativo la obligación de éste de respetarlo en los demás. Alberto Ulloa (2) señala que así como los derechos fundamentales pueden reducirse a uno solo, el de conservación, los deberes también pueden reducirse a uno solo: respetar la conservación de los otros Estados. "Y así como los derechos no son convencionales, sino que existen *per se*, confundidos con los fundamentos de la vida internacional, los deberes tampoco son convencionales, sino que tienen correlativamente, vida por sí mismos" (3).

Hildebrando Accioly (4) nos dice que el primero, de entre los derechos de los Estados, es el derecho a la existencia, derivándose de éste, como consecuencias necesarias, otros derechos; a los que, como a aquél, se podrá denominarlos esenciales. Una vez que el Estado existe, la comunidad internacional debe reconocerle el derecho a seguir existiendo. "De este derecho se derivan necesariamente el de defensa y conservación y el de libertad o independencia" (5). La conservación nace así como un derecho inherente a la existencia.

Díaz Cisneros (6), recogiendo la clasificación de Fauchille, nos explica como del derecho de existencia emanan el de conservación y el de libertad, y cómo el primero engendra el de perfectibilidad. Supone este "desarrollar el progreso de la nación en todos sus aspectos, económico y cultural, conservación y acrecentamiento de las riquezas, intelectuales y artísticas, etc." (7)

El derecho de conservación tiene así una connotación material y espiritual. Por un lado, comprende la facultad del Estado de adoptar todas las disposiciones necesarias a la preservación y al desarrollo de sus instituciones, de sus habitantes, de sus riquezas. Por otra parte, tiene im-

(1) VERDROSS, Alfred: Derecho Internacional Público, traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid, Aguilar, 1955, p. 280.

(2) ULLOA, Alberto: Derecho Internacional Público, tomo II. Madrid, Ediciones Iberoamericanas S.A., 1957, p. 351.

(3) Loc. cit.

(4) ACCIOLY, Hildebrando: Tratado de Derecho Internacional Público, traducción de José Luis de Azcárraga, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 227.

(5) Loc. cit.

(6) DÍAZ CISNEROS, Cesar: Derecho Internacional Público, tomo I. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1955, p. 432.

(7) Ibíd., p. 433.

portantes manifestaciones espirituales. "No solo representa el cuidado la defensa y el desenvolvimiento del patrimonio territorial, institucional económico, sino de los altos valores de la ciencia y del arte que se expresan por la existencia de una cultura. Esta forma del derecho de conservación se revela en las leyes y tratados de protección a la propiedad literaria y artística, a los inventos y descubrimientos; en las prohibiciones de extraer o exportar riquezas históricas. Por una extensión natural, tratándose de la fuerza expansiva de la inteligencia, los Estados tienen derecho a la difusión universal de su cultura" (8).

Algunos autores sostienen que hay un solo derecho fundamental o primordial: el derecho a la existencia. De acuerdo a esta tesis, los demás se derivan de éste. Entre ellos, el derecho de conservación. Y desprendiéndose de este derecho aparece el derecho del equilibrio, y, como un elemento de política internacional para mantener éste, el derecho de compensación, cuya juridicidad en aplicación a los bienes culturales se plantea en el presente trabajo.

Teniendo los bienes culturales una condición especialísima, cual es la de formar parte de esa identidad que forma la nacionalidad, su apoderamiento por otro Estado o un particular de éste mediante la conquista u ocupación o apropiación ilícita, constituye una violación del derecho internacional fundamental de un Estado a existir, y específicamente a conservarse. El Estado agresor o beneficiado es responsable como consecuencia del incumplimiento de un deber. Y, por tanto, está obligado a reparar el daño. No debe olvidarse que la descapitalización del acervo cultural conlleva a que los pueblos pierdan su identidad histórica.

La conquista es el resultado de la aplicación de la ley del más fuerte como consecuencia de una guerra victoriosa. En los tiempos modernos, ello resulta inadmisibles en la comunidad internacional. La integridad y conservación de los Estados entraña la negación de la conquista. Y no únicamente como derecho, sino aun como posibilidad de hecho. "El derecho público americano repudia la conquista como medio de adquisición de la soberanía territorial. Se considera que la ocupación militar de un territorio enemigo sólo concede al ejército ocupante los derechos de usufructo, que cesan con el advenimiento de la paz" (9).

(8) ULLOA, Alberto: *Derecho Internacional Público*, tomo I, Madrid, Ediciones Ibéricas, 1957, p. 305.

(9) ANTOKOLETZ, Daniel: *Tratado de Derecho Internacional Público*, tomo II, Buenos Aires, Librería y Editorial La Facultad, 1951, p. 308.

Cuando como consecuencia de la guerra se produce la ocupación, el Estado ocupante extiende *de facto* su autoridad sobre el territorio enemigo. Como señala Moreno Quintana (10), se trata de una operación de guerra que tiene efectos jurídicos y requiere, para tal la reunión, de dos elementos. Uno en relación al *corpus*, referido a la ocupación material. Otro en relación al *animus* referido a la voluntad del agente de mantener la ocupación durante la guerra. El ocupante de un territorio por acción de guerra no tiene sino facultades limitadas: obra como gestor, por subrogación implícita de su dueño originario.

El Derecho Internacional Público admite ciertas limitaciones a la propiedad como consecuencia de la ocupación. En relación a la propiedad privada, el Estado ocupante puede imponer tributos y apoderarse de los implementos bélicos de propiedad particular, tales como armas, municiones y vehículos de transporte. Respecto a los bienes públicos, la doctrina acepta la incautación de los bienes muebles del Estado que puedan ser utilizados para la acción bélica, incluyéndose el dinero. Tal como lo estableció el artículo 52 del Reglamento de La Haya, las requisiciones en cosas y en servicios no pueden ser reclamadas de las comunas y de los habitantes sino para las necesidades del ejército ocupante, determinándose el pago de las prestaciones.

El Derecho Internacional consagra las requisiciones, despojo, confiscación o destrucción de bienes, como los hechos lesivos que originan la responsabilidad internacional del Estado. Tratándose de bienes culturales, ésta es mucho más grave, pues en caso de guerra, hay responsabilidad internacional cuando en el curso de las operaciones bélicas los beligerantes se apartan de las leyes y usos de la guerra reconocidos. Por ello es un principio de Derecho Internacional que el saqueo se halla formalmente prohibido.

El Reglamento de La Haya estableció en su artículo 56 la prohibición de apoderarse de monumentos históricos, obras de arte y de ciencia, destruirlos o dañarlos intencionalmente, expresando que dichos actos deberán ser reprimidos. La doctrina jurídica ratifica unánimemente este concepto. Así, Díaz Cisneros (11) señala que todo apoderamiento, destrucción, o daño intencional de monumentos históricos y obras de arte y de ciencia,

(10) MORENO QUINTANA, Lucio M.: Tratado de Derecho Internacional, tomo II, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1963, p. 652.

(11) DIAZ CISNEROS, César: Derecho Internacional Público, tomo II, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1955, p. 374.

queda prohibido y debe ser castigado. En el mismo sentido, Moreno Quintana (12) expresa que queda prohibida la incautación, destrucción o degradación internacional de los monumentos históricos, y de las obras de arte y de ciencia.

Cuando, por efecto de la guerra u ocupación, un Estado se apodera de bienes culturales de otro, al concertarse la paz debe restaurarse el orden de cosas existente antes de la guerra, en virtud del *jus postliminii*. Y ello apareja que la condición jurídica de los bienes debe ser restaurada tal como anteriormente existía.

Existe responsabilidad internacional de los Estados y ésta puede ser moral o jurídica. Bien explica Antokoletz (13) que la primera proviene de la violación de un deber sancionado por la conciencia internacional mientras la segunda deriva de la violación de un derecho fundado en un contrato (tratado), cuasi-contrato, delito, cuasi-delito o costumbre. Cuando el acto es realizado por el gobierno mismo o por sus funcionarios, nos encontramos ante una responsabilidad directa. La responsabilidad es indirecta cuando el acto es efectuado por particulares en una forma imputable al gobierno. Para que exista responsabilidad indirecta es necesario que haya negligencia grave del Estado, o que éste omita la adopción de medidas elementales de previsión o de seguridad. De lo contrario, el Estado no responde de los actos de los particulares.

El deber internacional trae consigo la responsabilidad internacional. Para que tenga trascendencia en el campo del Derecho Internacional Público, la violación que produzca un daño material o moral tiene que infringir un deber internacional. La violación debe estar dirigida en perjuicio de una entidad o un individuo que tenga situación internacional.

La idea de la responsabilidad internacional aparece como una limitación a la soberanía, la cual en el pasado era absoluta y no admitía responsabilidad alguna. La necesidad de la convivencia internacional hizo que los Estados se viesen obligados a reparar los agravios inferidos por unos a otros.

La responsabilidad del Estado deviene de un hecho propio o por intervención de sus representantes internacionales, de un hecho realizado

(12) MORENO QUINTANA. Op. cit. p. 655.

(13) ANTOKOLETZ: Op. cit., p. 141.

por sus funcionarios o de un hecho efectuado por sus nacionales. En este último caso, el Estado es responsable cuando se trata de hechos realizados por su encargo, con su aprobación o con su tolerancia.

El hecho propio del Estado o por intervención de sus representantes internacionales puede ser lícito o ilícito. Es lícito cuando el hecho responde a un acto de soberanía que lesiona derechos de otros Estados, violando un deber internacional. Y es que la soberanía del Estado está limitada por la interdependencia real de los Estados, existiendo responsabilidad de los mismos ante la violación de un deber internacional. Cuando el hecho es ilícito, la responsabilidad se establece automáticamente.

Cuando el Estado es responsable, internacionalmente, tiene el deber de reparar el daño causado o dar una satisfacción adecuada. El Estado perjudicado tiene el derecho a la reparación o satisfacción.

La obligación de reparar consiste en el restablecimiento de las cosas a su primitivo estado, figura que el derecho romano consagró como *restitutio in integrum*.

El principio de la equivalencia entre la reparación y el perjuicio reconoce en la práctica internacional que la víctima ha de quedar en el mismo estado en que se encontraría si el acto perjudicial no se hubiera producido. "Dentro de lo posible, la reparación debe ser idéntica al perjuicio" (14).

Distinguiendo los conceptos de reparación y satisfacción, Accioly (15) explica que en la primera idea está implícita la del daño material y la de restablecimiento de las cosas a su estado anterior o, cuando esto sea imposible, la de conceder una indemnización pecuniaria razonable. En la idea de satisfacción está implícita la de daño material o moral y la de compensación también moral, proporcional al daño.

La reparación puede hacerse mediante el restablecimiento de la situación anterior, indemnización de daños y perjuicios y satisfacción. En esta última no existen normas precisas sobre la forma de realizarla, gozando el Estado ofendido de un amplio margen para precisar la clase de reparación que estime equivalente al acto como satisfacción.

(14) ROUSSEAU, Charles: Derecho Internacional Público, traducción de F. Giménez Artigues, Barcelona, Ediciones Ariel, 1957, p. 368.

(15) ACCIOLY: Op. cit., p. 377.

La doctrina jurídica separa los daños y perjuicios en patrimoniales y extra-patrimoniales, correspondiendo los primeros a los que afectan a los bienes materiales; y, los segundos, a los referentes a los demás bienes.

Los bienes culturales tienen ambas condiciones. Los daños y perjuicios patrimoniales están referidos al valor económico de estos bienes, en la mayoría de los casos de muy difícil estimación. Los extra-patrimoniales están en relación a su valor intrínseco, vale decir, en relación a su identidad con el concepto de nacionalidad explicado.

Accioly (16) señala que las reparaciones pueden ser de dos naturalezas. En primer lugar, la restitución material o restitución en la misma especie (*restitutio naturalis*), o sea, en el restablecimiento mayor posible del estado de hecho perturbado por el acto ilícito. Cuando la restitución sea imposible o no pueda ser íntegra se recurre para sustituirla o compensarla a la indemnización o compensación pecuniaria, la cual en el caso de los bienes culturales no es aplicable por estar imbuidos del concepto de extra-patrimonialidad.

La restitución puede entrañar un problema material o jurídico. El primero se deriva de la inexistencia del bien. El segundo ocurre cuando el acto restitutorio viola una norma de Derecho Internacional susceptible de oponerse al Estado que reclama la restitución; o cuando, como admiten algunos, la imposibilidad resulta de la legislación interna del Estado responsable. Pero en ambos casos, la responsabilidad del Estado subsiste. Al darse la dificultad o imposibilidad, como bien apunta Accioly (17), "quizá sea más razonable que, para satisfacer o reparar el daño, se recurra a la indemnización o a cualquier otra compensación". Dentro de esta última figura es que debe analizarse la reparación cuando se trata de bienes culturales.

La reparación significa "restablecer, en principio, el estado anterior (restitución natural); y, caso de ser imposible, la de intervenir en su lugar una reparación subsidiaria que guarde proporción adecuada con el daño, y a ello hay que añadir que, a falta de la costumbre internacional, han de traerse a colación los principios generales del derecho sobre indemnización y reparación de daños, reconocidos universalmente por los países civilizados" (18).

(16) *Ibíd.*, p. 378.

(17) *Ibíd.*, p. 379.

(18) VERDROSS: *Op. cit.*, p. 329.

Los bienes culturales pertenecientes a una Nación pueden estar en el patrimonio de particulares de otros Estados, sin que por esta razón se elimine la responsabilidad de éstos. "El deber jurídico internacional de restablecer la situación anterior no queda, en principio, descartado por el hecho de que terceras personas hayan adquirido derechos privados sobre el objeto. De ahí que, en su caso, el Estado esté obligado a procurarse el objeto mediante expropiación" (19).

La compensación de bienes culturales tiene un fundamento moral: el damnificado debe ser reparado. Si la restitución natural del objeto se hace difícil o imposible, por qué no pensar en la reparación por medio de bienes culturales de la civilización agresora o beneficiada, o de otras civilizaciones si están debidamente representadas en los acuerdos o tratados correspondientes.

El fundamento jurídico de este instituto lo encontramos en el principio del *do ut des*. El Estado perjudicado tiene derecho a exigir un resarcimiento al Estado que ha infringido un deber internacional y que, por lo tanto, es responsable de reparar el daño mediante la entrega de bienes de su cultura.

La tesis se basa en que los Estados no siempre están interesados en mantener la totalidad de sus bienes culturales. Inclusive, puede serles de interés que algunos de ellos se encuentren en otros territorios con el objeto de difundir su pasado histórico y poder mostrar y exhibir su cultura fuera del país. Asimismo, a algunos países puede no convenirles la devolución de ciertos bienes culturales, por poseer iguales o superiores en sus museos y colecciones. El problema se presenta con los bienes muebles que son susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro. No puede desconocerse el derecho de los Estados a mantener estos bienes y conservarlos, en vista que constituyen una extensión de su nacionalidad.

La compensación tiene un aliciente para ambos Estados: la entrega de bienes culturales procedentes de otras civilizaciones estimula la creatividad nacional, así como contribuye a tomar conciencia de la propia cultura. Se formarían así diversas colecciones de arte universal y otros países podrán concentrar todas las culturas.

La teoría de la compensación no significa una renuncia a la tesis de la devolución de los bienes culturales. Todo lo contrario. Es una opción

(19) *Ibíd.*, p. 331.

libremente elegida. La restitución significa el restablecimiento de un derecho violado y, en consecuencia, puede hacerse mediante la devolución de los mismos bienes o compensándolos con otros. Como dice Rousseau (20), "la reparación debe cubrir todo el perjuicio y compensarlo en su integridad". La compensación se presenta así como un reconocimiento paralelo a la reparación prioritaria, que es la restitución en la misma especie. Debe considerarse como una modalidad de la restitución a invocarse en casos concretos, cuando las circunstancias lo permitan y exista consenso entre los Estados que la acuerden mediante negociaciones bilaterales.

La compensación es el acto en cuya virtud dos o más Estados se reconocen recíprocamente determinadas ventajas internacionales deslindando sus respectivos intereses (21). Su objeto es determinar una libertad de acción exclusiva mediante una compensación análoga. Como, con claridad definió Modestino en el Digesto, "*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*" (Compensación es el balance de una deuda y de un crédito).

Por la compensación, una potencia permite o tolera que otra adquiera un territorio o zona de influencia, mediante permiso equivalente (22). Y es que "la reparación no ofrece carácter punitivo, sino compensatorio" (23).

Ejemplos históricos de la aplicación de este principio los encontramos en la evacuación del valle del Nilo por Francia, en favor de Gran Bretaña, reconociendo ésta a aquélla su influencia sobre la cuenca del lago Tchad (1899), y en la cesión de Francia a Alemania de una parte del Congo a cambio del reconocimiento de ésta a Francia de la influencia en Marruecos (1911).

Un Estado, para poder exigir la reparación mediante la restitución o la compensación, debe garantizar dos aspectos. En primer lugar, tendrá que asegurar la conservación y seguridad de los bienes culturales, para cuyo efecto requerirá de las instalaciones técnicas necesarias, siendo importante la actuación de UNESCO para el logro de esta finalidad. En segundo término, deberá poner los bienes culturales restituidos o entregados en compensación al acceso de la mayor cantidad de gente posible.

(20) ROUSSEAU: Op. cit., p. 368.

(21) MORENO QUINTANA: Op. cit., p. 53.

(22) ANTOKOLETZ, Daniel: Tratado de Derecho Internacional Público, tomo III. Buenos Aires, Librería y Editorial La Facultad, 1951, p. 215.

(23) ROUSSEAU: Op. cit., p. 367.

UNESCO sustenta actualmente la doctrina de la restitución, habiéndola recomendado la Conferencia General en 1964 y 1970, ratificándola en 1976 y relevando su importancia, en 1978, con el llamado formulado por el Director General de la UNESCO a favor del retorno a su país de origen de los bienes del patrimonio cultural irremplazable, y la reacción del Comité Intergubernamental encargado de este asunto. La compensación surge de esta forma como una solución alternativa. El origen de ambos institutos es el mismo. Persiguen la reparación del daño causado por guerra, ocupación, robo, contrabando, operaciones fraudulentas, legados ilegales, etc. El fin también es común: por el valor espiritual de los bienes culturales, por la herencia cultural que representan, por constituir testimonios irremplazables del pasado, por la importancia que el pasado cultural no se encuentre disperso, es necesario que el Estado agraviado recupere sus bienes culturales, o cuando esta devolución sea ilusoria, reciba en valor equivalente otros bienes de otras culturas.